

An den Vorsitzenden des Ausschusses
für Kommunale Fragen, Innere Sicherheit und Sport,
MdL Dr. Florian Herrmann
Maximilianeum
81627 München

Prof. Dr. Josef Franz Lindner

Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
Medizinrecht und Rechtsphilosophie
[Juristische Fakultät](#)

Universitätsstraße 24
86159 Augsburg

Telefon +49 (0) 821 598 – 4970
Telefax +49 (0) 821 598 – 14 4970

Josef.Lindner@jura.uni-augsburg.de
www.jura.uni-augsburg.de

Augsburg, den 19. März 2018

Anhörung der Ausschüsse für Kommunale Fragen, Innere Sicherheit und Sport sowie für Verfassung, Recht und Parlamentsfragen des Bayerischen Landtags zu den Gesetzentwürfen der Staatsregierung für ein Gesetz zur Neuordnung des bayerischen Polizeirechts (Drs. 17/20425) und zur Änderung des Bayerischen Verfassungsschutzgesetzes (Drs. 17/20763)

hier: schriftliche Stellungnahme

Sehr geehrter Herr Vorsitzender,

für die Einladung zu der o.g. Anhörung darf ich herzlich danken. Ich leiste ihr gerne Folge. Zu dem mit Schreiben vom 22.1.2018 übermittelten Fragenkatalog darf ich bereits vorab nachfolgend schriftlich Stellung nehmen. Die Stellungnahme beschränkt sich auf eine verfassungsrechtliche Perspektive und blendet Aspekte der Zweckmäßigkeit des Gesetzentwurfes ebenso aus wie das Problem der Praxistauglichkeit, das in einigen Fragen durchscheint. Dazu kann ich aus rechtswissenschaftlicher Sicht nicht kompetent Stellung beziehen.

Angesichts ihrer Vielzahl kann nicht zu allen Fragen substantiiert Stellung genommen werden. Im Hinblick auf die Komplexität des PAG-Gesetzentwurfes und der damit verbundenen verfas-

sungsrechtlichen Fragestellungen und unter Berücksichtigung der zeitlichen Nähe der Anhörung muss die Stellungnahme auf eingehendere gutachtliche Ausführungen verzichten und sich darauf beschränken, jeweils eine summarische Einschätzung in Gestalt einer kurzen zusammenfassenden Bewertung zu geben, die auf Nachfrage in der Anhörung gerne präzisiert wird.

A. PAG

Vorbemerkungen

Zum Gesetzentwurf zur Neuordnung des bayerischen Polizeirechts seien einige Vorbemerkungen erlaubt: Das Ziel des Gesetzentwurfes, die Richtlinie der EU 680/2016 umzusetzen, wird aus meiner Sicht ebenso erreicht wie die Anpassung des polizeirechtlichen Datenschutzregimes an die verfassungsrechtlichen Vorgaben, die das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) im Urteil zum BKAG vom 16.4.2016 (BVerfGE 141, 200) formuliert hat. Beides führt allerdings dazu – was seitens des bayerischen Gesetzgebers in der Sache freilich nicht zu ändern ist –, dass das Polizeiaufgabengesetz (PAG) allmählich das Stadium der Unlesbarkeit erreicht. Zumal die Normen über den polizeirechtlichen Datenschutz (Art. 30 ff. PAG) haben mittlerweile ein Maß an Komplexität erreicht, dass es selbst für mit der Materie einigermaßen vertraute Personen einen erheblichen Aufwand und eine beachtliche Schwierigkeit darstellt, das Regelungsgeflecht des polizeilichen Informationsrechts zu durchdringen. Dies ist aus polizeirechtswissenschaftlicher Sicht zu bedauern, aber angesichts der externen Einflüsse wohl unabänderlich. Das ursprünglich am Musterentwurf (MEPolG) orientierte und lange Jahre gut handhabbare, ob seiner griffigen Kürze geschätzte PAG hat mit den Vorgaben durch die EU-Richtlinie und die bis ins Detail gehenden Anordnungen des BVerfG Komplexitätsschübe erfahren, die ihrerseits miteinander kaum kompatibel sind. Während die Vorgaben der EU-Richtlinie nicht die materiellen Handlungs- und Eingriffsvoraussetzungen und -bedingungen informationeller Eingriffe, sondern überwiegend verfahrensrechtlich-technische Flankierungen (freilich auch subjektivrechtlicher Natur) betreffen, sind die Vorgaben des BVerfG im BKAG-Urteil, die

das Gericht weitgehend im Wege freier Rechtsschöpfung aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz abgeleitet hat, auch materiell-rechtlicher Natur. Beide externen, konzeptionell unterschiedlichen Einflussdimensionen in einen Gesetzentwurf zu integrieren und auf das vorhandene, gut etablierte PAG-Regime „aufzusetzen“, stellt eine regelungstechnische sowie systematische Herkulesaufgabe dar, der sich der bayerische Gesetzgeber weder faktisch noch rechtlich entziehen kann. Auch wenn beide Umsetzungen nach einer summarischen Analyse als in der Sache gelungen qualifiziert werden können, so ist der Preis dafür hoch: Die Lesbarkeit, Verständlichkeit und Handhabbarkeit des Gesetzes haben stark gelitten. Man hat es mit einem Paradoxon zu tun: Die rechtsstaatlichen und grundrechtlichen Vorgaben der Bestimmtheit und Normenklarheit in ihren bundesverfassungsgerichtlichen Überzeichnungen haben zu einem Regelungsgeflecht geführt, das nur noch schwer durchdringbar ist. Das Gebot der Normenklarheit führt zur so zur Verdunkelung. Dies ist nicht nur aus der Perspektive der Polizeirechtswissenschaft und ihrem Anspruch auf dogmatische Strukturierung dieses so wichtigen Rechtsgebiets bedauerlich, sondern auch im Sinne einer rechtssicheren Anwendung durch die Polizeibeamtinnen und Polizeibeamten „vor Ort“ bedenklich. Zumal ist zu berücksichtigen, dass das Polizeirecht eine schnelle und effektive Aufgabenerfüllung, d.h. Gefahrenabwehr ermöglichen soll. Je komplexer das Polizeirecht jedoch wird, je schwieriger die Eingriffsnormen zu handhaben sind, desto größer ist die Gefahr, im Zweifelsfalle zögerlich zu handeln, um nur datenschutzrechtlich „auf der sicheren Seite“ zu sein. Dies gilt nicht nur für die Erhebungs-, sondern zumal auch für die Übermittlungsbefugnisse, wo hochkomplexe hypothetische Erwägungen unter Bezugnahmen auf andere Regelungskontexte angestellt werden müssen. Bis diese abgeschlossen sind, hat sich die Gefahr möglicherweise realisiert. Ich sehe mithin das Risiko von Defensivstrategien im Einzelfall. Maßnahmen unterbleiben oder kommen zu spät, weil die Prüfung der Rechtmäßigkeitsbedingungen zu schwierig und zeitaufwändig ist. Dem Polizeirecht droht hier eine Entwicklung, die aus dem Medizinrecht unter dem Stichwort „Defensivmedizin“ bekannt ist und diskutiert wird: Die insbesondere verfahrensrechtlichen Anforderungen an den Arzt (Aufklärung, Dokumentation etc.) sind mittlerweile so komplex, dass sie eine lähmende Wirkung entfalten können – nicht selten zu Lasten des Patienten.

Dies alles ist nicht den Entwurfsverfassern anzulasten, denn sie sind insofern Gefangene des BVerfG. Immerhin ist es teilweise gelungen, regelungssystematisch zusammenhängende Fragen, die zuvor im PAG an verschiedenen Stellen normiert waren, zu bündeln: Dies gilt etwa für die Benachrichtigungspflichten (Art. 50 PAG-E), den Kernbereichsschutz (Art. 49 PAG-E) oder die Zusammenführung der Verfahrensregelungen zu den Richtervorbehalten (Art. 92 PAG-E).

Was die Erweiterungen der polizeilichen Befugnisse im Übrigen angeht, ist es ein legitimes Anliegen des demokratisch legitimierten Gesetzgebers, diese an den naturwissenschaftlich-technischen Fortschritt anzupassen (DNA-Analysen, Einsatz von Drohnen, Durchsuchung von Speichermedien, „intelligente“ Videoüberwachung). In der befugnisrechtlichen Ausrüstung der Polizei („auf Augenhöhe“) manifestiert sich die besondere Verantwortung des Staates für die innere Sicherheit, die von der Bayerischen Verfassung eigens mit Verfassungsrang, als Verfassungsauftrag sowie als Grundrecht der Bürgerinnen und Bürger ausgestaltet ist (Art. 99 BV). Angesichts der vielfältigen rechtsstaatlichen Einhegungen dieser Befugnisse (Eingriffsschwellen, partielle Richtervorbehalte, Verhältnismäßigkeitsgebot, Bestehen nachträglicher Rechtsschutzmöglichkeiten) erscheint es mir nicht gerechtfertigt, von einer unvertretbaren Überwachungsbilanz zu sprechen. Das Erfordernis praktischer Konkordanz von Sicherheit und Freiheit ist gewahrt.

- 1. Ist der Gesetzentwurf geeignet, die aus der Richtlinie (EU) 2016/680 erwachsenden Umsetzungserfordernisse abzubilden, insbesondere in den nachfolgend genannten Teilbereichen?**
 - a) Wurden die Pflichten des Verantwortlichen wie beispielsweise die Hinweis- und Belehrungspflichten ausreichend umgesetzt?**
 - b) Wurden die Rechte der betroffenen Person wie zum Beispiel das Recht auf Berichtigung Datenlöschung und Auskunft ausreichend umgesetzt?**
 - c) Wie bewerten Sie die Tatsache, dass neben der neu eingeführten Datenschutzfolgenabschätzung in Art. 64 Gesetzentwurf PAG-Neuordnungsgesetz (nachfolgend: PAG-E) das Instrument der Errichtungsanordnung beibehalten und soweit dies rechtspraktisch möglich war, mit der Folgenabschätzung verbunden wurde?**

Die Vorgaben der Richtlinie sind in dem Gesetzentwurf nach meiner überschlägigen Einschätzung umgesetzt. Eine – allerdings lediglich summarisch mögliche – Überprüfung hat ergeben, dass alle wesentlichen Artikel der Richtlinie im Entwurfstext und der Begründung Niederschlag gefunden haben. Freilich hätte man an mancher Stelle die Richtlinienvorgaben noch detailgenauer umsetzen oder gar „übererfüllen“ können, „mehr geht immer“. Dies hätte aber nur dazu geführt, dass der Gesetzentwurf noch detailfixierter und komplexer ausgefallen wäre. Im weiteren Gesetzgebungsverfahren sollte der Versuchung widerstanden werden, insoweit noch „nachlegen“ zu wollen. Insbesondere die Normen der Richtlinie zu den technischen Sicherungen (Art. 20 ff.) richten sich eher an die Vollzugspraxis als an den Gesetzgeber. Sie sind unmittelbar anwendbar. Etwa vorhandene Umsetzungslücken lassen sich zudem mit dem Instrument der richtlinienkonformen Auslegung schließen.

Die wesentlichen verfahrensrechtlichen *Rechtspositionen*, die die Richtlinie einräumt, sind aus meiner Sicht korrekt umgesetzt. Dies gilt insbesondere für das Auskunftsrecht (Art. 65 PAG-E) sowie für die Berichtigungs- und Löschungsrechte (Art. 62 PAG-E).

Dass das Instrument der Errichtungsanordnung beibehalten wurde (Art. 64 PAG-E), ist jedenfalls aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden. Auch die Richtlinie steht dem nicht entgegen, da sie lediglich Mindeststandards vorgibt (vgl. Art. 1 Abs. 3 RiLi).

- 2. Wie beurteilen Sie gemessen an den Maßgaben des BVerfG, besonders in seinem Urteil vom 20.04.2016 zum BKAG, dass Befugnisse, die tief in die Privatsphäre hineinreichen und zudem noch verdeckt erfolgen, insbesondere**
- **auf den Schutz oder die Bewehrung hinreichend gewichtiger Rechtsgüter begrenzt sein müssen,**
 - **Gefährdungen der gewichtigen Rechtsgüter hinreichend konkret absehbar sein müssen,**
 - **die Befugnisse sich nur unter eingeschränkten Bedingungen auf nichtverantwortliche Dritte erstrecken dürfen,**

- **besondere Regelungen zum Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung und von Berufsgeheimnisträgern normiert werden müssen,**
- **die Befugnisse bestimmten Transparenzanforderungen unterliegen müssen,**
- **durch Regelungen zur Erlangung individuellen Rechtsschutzes und aufsichtlicher Kontrolle flankiert sein müssen,**
- **mit Löschungspflichten im Hinblick auf die erhobenen Daten ergänzt sein müssen,**

—
die Ausgestaltung der Befugnisse im III. Abschnitt 2. Unterabschnitt PAG-E nach Art. 33 bis 47 PAG-E und erläutern Sie im Hinblick auf die Maßgaben des BVerfG im BKAG-Urteil vom 20.04.2016 bitte Folgendes:

Der Gesetzentwurf wird den Maßgaben des Bundesverfassungsgerichts aus dem BKAG-Urteil (BVerfGE 141, 200) nach meiner vorläufigen Einschätzung gerecht. Dies gilt für alle in der Frage genannten Aspekte.

—
a) Wie ist die Neugestaltung von einzelnen Befugnisnormen in folgender Hinsicht zu bewerten:

aa) Wurden die geforderten Richtervorbehalte ausreichend umgesetzt?

Der Richtervorbehalt findet sich bei allen grundrechtsintensiven Eingriffsbefugnissen (jeweils i.V.m. Art. 92 PAG-E):

- Elektronische Aufenthaltsüberwachung: Art. 34 Abs. 3 PAG-E
- Postsicherstellung: Art. 35 Abs. 2 PAG-E
- längerfristige Observation: Art. 36 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 4 Satz 1 PAG-E
- Abhören des nichtöffentlich gesprochenen Wortes außerhalb von Wohnungen: Art. 36 Abs. 1 Nr. 2c, Abs. 4 Satz 1 PAG-E
- Einsatz verdeckter Ermittler: Art. 37 Abs. 2 PAG-E
- Einsatz von Vertrauenspersonen: Art. 38 Abs. 2 PAG-E
- Einsatz technischer Mittel in Wohnungen: Art. 41 Abs. 4 PAG-E
- TKÜ: Art. 42 Abs. 5 PAG-E

- verdeckter Zugriff auf informationstechnische Systeme: Art. 45 Abs. 3 PAG-E
- Rasterfahndung: Art. 46 Abs. 3 PAG-E

bb) Wie bewerten Sie die Neuausrichtung der polizeilichen Befugnisnormen hin zu einer konsequent rechtsgüterschutzorientierten Ausgestaltung bei gleichzeitiger Abschaffung der bislang enthaltenen Straftatenkataloge?

— Diese Entwicklung liegt in der Tendenz bundesverfassungsgerichtlicher Postulate, bricht sich jedoch partiell mit der Tradition des bayerischen Polizeirechts, das die Unversehrtheit der Rechtsordnung (wozu eben maßgeblich die Strafrechtsordnung gehört) im besonderen Fokus hatte und hat. Allerdings sprechen durchaus auch Argumente für eine stärkere Rechtsgutsorientierung. Die Bezugnahme auf Straftatenkataloge ist regelungstechnisch unübersichtlich und angesichts häufiger — Änderungen der Kataloge hochgradig anpassungsbedürftig. Zudem ist das Abstellen auf die zu schützenden Rechtsgüter dem Polizeirecht als Gefahrenabwehrrecht insofern adäquat, als es nicht nur auf die Verhinderung von (Katalog-)Straftaten gerichtet ist, sondern auf die Abwehr von Gefahren für Rechtsgüter – zumal es auch Gefahren und Störungen gibt, die sich nicht (ausschließlich) in der Begehung von Straftaten realisieren.

- b) Sehen Sie im Hinblick darauf, dass bei einigen polizeilichen Befugnissen – z.B. bei der neu geschaffenen Befugnis der Postsicherstellung (Art. 35 PAG-E), aber auch bei den bereits bisher im PAG bestehenden Befugnissen „Eingriffe in den Telekommunikationsbereich“ (Art. 42 PAG-E) und „Verdeckter Zugriff auf informationstechnische Systeme (vgl. Art. 45 PAG-E) - der mit dem Gesetz zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen zum 01.08.2018 in das PAG aufgenommene Gefahrenbegriff der drohenden Gefahr eingeführt wird, eine Herabsetzung der polizeilichen Eingriffsschwelle und wie bewerten Sie dies verfassungsrechtlich?**

Das BVerfG hat die Vorverlagerung der Gefahr im Sinne einer drohenden Gefahr gerade auch im Kontext polizeilicher Datenerhebung und -verarbeitung als verfassungsrechtlich

zulässig erachtet. Dies wurde bereits in der Anhörung zum Gesetz zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen ausgeführt. Das Gericht hat die Kategorie der drohenden Gefahr auch nicht auf bestimmte, nur geringfügige Eingriffsbefugnisse beschränkt. Zudem ist zu berücksichtigen, dass die jeweilige Eingriffsschwelle nicht nur durch den Gefahrengrad, sondern auch und zumal durch die Wichtigkeit des zu schützenden Rechtsguts bestimmt wird. Dies ist bei den in der Frage genannten Befugnisnormen durchweg der Fall. Sowohl bei Postsicherstellung als auch bei der TKÜ als auch beim verdeckten Zugriff auf informationstechnische Systeme werden die Befugnisse auf den Schutz hochrangiger Rechtsgüter im Sinn des Art. 11 Abs. 3 Satz 2 PAG-E begrenzt.

c) Wie ist die Ausgestaltung der hypothetischen Datenneuerhebung zu bewerten?

Die Regelungen über die Zweckbindung und die hypothetische Datenneuerhebung in Art. 48 PAG-E orientieren sich eng an den Vorgaben, die das BVerfG in seinem BKAG-Urteil formuliert hat.

d) Wie bewerten Sie die Ausgestaltung der polizeilichen Befugnisse in Art. 33 bis 47 PAG-E im Hinblick auf die rechtsstaatlichen Gebote der Normenklarheit und Bestimmtheit?

Hierfür darf auf die Vorbemerkungen (oben S. 2) verwiesen werden.

e) Wurden die Maßgaben des BVerfG zum Kernbereichs- und Berufsgeheimnisträgerschutz ausreichend umgesetzt?

Die Regelungen zum Kernbereichs- und Berufsgeheimnisträgerschutz (insbes. Art. 49 PAG-E) orientieren sich eng an den Vorgaben, die das Bundesverfassungsgericht im BKAG-Urteil postuliert hat. Ich habe im Rahmen der Vorbereitung dieser Stellungnahme längere Zeit benötigt, um das Regelungsgeflecht zum

Kernbereichsschutz unter Hinzuziehung der Begründung überhaupt zu durchdringen. Ob es mir gelungen ist, vermag ist nicht abschließend einzuschätzen, so dass ich auch kein belastbares Urteil dazu abgeben möchte, ob die Vorgaben des BVerfG vollständig beachtet worden sind.

Vor einer noch weiteren Anziehung der Komplexitätsschraube kann nicht nachdrücklich genug gewarnt werden. Da der bayerische Gesetzgeber jedenfalls nicht *unmittelbar* an die BKAG-Entscheidung des BVerfG gebunden ist (§ 31 BVerfGG greift hier nicht), wäre es für den bayerischen Gesetzgeber durchaus erwägenswert, sich an den Vorgaben des BVerfG stärker in Form von generalklauselartigen Schutzregeln zu orientieren. Insoweit wäre „weniger mehr“. Ein solches Bemühen um Komplexitätsreduktion sähe sich freilich dem Risiko ausgesetzt, vom BVerfG kassiert zu werden.

- f) **Ist die Aufhebung der Unterscheidung innerhalb der Berufsgeheimnisträger in Art. 49 PAG-E zwingend erforderlich oder kann der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts und der Datenschutzgrundverordnung auch dadurch Folge geleistet werden, dass eine Ausgestaltung des Art. 49 PAG-E entsprechend § 160a StPO bzw. § 62 BKAG-neu erfolgt?**

Eine Unterscheidung innerhalb der Berufsgeheimnisträger wäre aus meiner Sicht von der Rechtsprechung des BVerfG gedeckt.

- g) **Halten Sie eine besondere Rechtsgrundlage für die Maßnahme der Funkzellenabfrage für erforderlich?**

Ob und in welchem Umfang eine solche Maßnahme für die praktische polizeiliche Arbeit von Relevanz ist, kann ich aus eigener Anschauung nicht beurteilen.

- h) **Sind die vom BVerfG statuierten Unterrichtungspflichten ausreichend abgebildet?**

Ich verstehe den Begriff der Unterrichtung im Sinne von Benachrichtigung. Nach überschlüssiger Einschätzung werden die in Art. 50 PAG-E normierten Benachrichtigungspflichten den Vorgaben des BVerfG gerecht.

i) Wie bewerten Sie allgemein die Einrichtung einer „Zentralen Datenprüfstelle“ als unabhängige Stelle zur Vermeidung von Kernbereichsverletzungen (Art. 41 Abs. 5, 42 Abs. 7, Art. 45 Abs. 4 und Art. 53 Abs. 3 PAG-E; Art. 13 f. POG-E)?

aa) Ist es nach den Vorgaben des BVerfG möglich, die geforderte Sichtung der Daten einer solchen Stelle zu übertragen, die nicht bei der Judikative angesiedelt ist?

bb) Wie bewerten Sie die konkrete Ausgestaltung der Unabhängigkeit?

cc) Wie bewerten Sie die vorgesehene Möglichkeit, polizeilichen Sachverständigen hinzuziehen zu können (vgl. Art. 13 Abs. 4 POG-E)?

Die Fragen werden im Zusammenhang beantwortet. Die Sichtung der kernbereichsrelevanten Daten ist nach der Rechtsprechung des BVerfG zwar auf eine unabhängige Stelle, jedoch nicht zwingend auf die Judikative als solche zu übertragen. Die Lösung des Gesetzentwurfs, eine zentrale Datenprüfstelle als unabhängige Stelle zur Vermeidung von Kernbereichsverletzungen zu etablieren, ist daher verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Der Gesetzgeber legt in Art. 12 Abs. 1 POG-E fest, dass die zentrale Datenprüfstelle die ihr nach dem PAG übertragenen Aufgaben „unabhängig und in eigener Verantwortung“ ausübt. Damit ist eine Fachaufsicht ausgeschlossen. Eine völlige Herausnahme der Stelle aus der Behördenhierarchie hielte ich im Hinblick auf Art. 55 BV für verfassungsrechtlich problematisch. Dass sich die zentrale Datenprüfstelle nach Art. 12 Abs. 4 POG-E zur Aufgabenerfüllung der Unterstützung von Polizeidienststellen bedienen kann, ändert an der grundsätzlichen Unabhängigkeit dieser Stelle nichts. Der Gesetzentwurf stellt zudem klar, dass die inhaltliche Prüfung und Entscheidungsverantwortung alleine der zentralen Datenprüfstelle obliegt. Dies ist aus meiner Sicht verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

3. Zur Ergänzung polizeilicher Befugnisnormen:

a) **Wie bewerten Sie die DNA-Analyse als (neue) erkennungsdienstliche Maßnahme nach Art. 14 Abs. 3 PAG-E?**

Die Feststellung der Identität einer verantwortlichen Person gehört zu den für eine effektive Gefahrenabwehr elementaren Befugnissen der Polizei. Die Befugnis für die Polizei, die Identität des Betroffenen mittels eines DNA-Identifizierungsmusters molekularbiologisch festzustellen, stellt eine konsequente Ergänzung des bereits vorhandenen Instrumentariums an erkennungsdienstlichen Maßnahmen dar. Der damit verbundene körperliche Eingriff steht unter einem Arztvorbehalt und ist regelmäßig von geringer Intensität. Zudem sind die entnommenen Körperzellen unverzüglich nach der Untersuchung zu vernichten, ebenso wie die erkennungsdienstlichen Unterlagen nach Art. 14 Abs. 4 PAG-E. Schließlich steht die Maßnahme unter Richtervorbehalt. Angesichts dieser Flankierungen begegnet die Neuregelung aus meiner Sicht keinen verfassungsrechtlichen Bedenken.

b) **Wie bewerten Sie die Befugnis der Meldeanordnung nach Art. 16 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 PAG-E?**

Die Meldeanordnung ist eine gängige polizeirechtliche Maßnahme und wird nunmehr einer ausdrücklichen Normierung in einer Spezialbefugnisnorm zugeführt. Dies ist aus Gründen der Rechtsklarheit zu begrüßen. Freilich konnte und kann die Maßnahme auch ohne spezielle Regelung auf die Befugnisgeneralklausel in Art. 11 PAG gestützt werden. Verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Neuregelung bestehen nicht.

c) **Stellt die vorgesehene Regelung zur Sicherstellung von unbaren Vermögensrechten (Art. 25 Abs. 2 PAG-E) eine angemessene Reaktion auf die Rechtsprechung des BayVGh dar?**

Nach einer Entscheidung des Bayerischen Verwaltungsgeschichtshofs vom 23.2.2016, BayVBl. 2016, S. 808 ff., ermächtigt die bisherige Fassung des Art. 25 PAG nicht zur

Sicherstellung einer schuldrechtlichen Forderung. Auch eine analoge Anwendung ist nach Auffassung des BayVGH nicht zulässig. Schließlich lässt der VGH – weniger überzeugend – einen Rückgriff auf die Generalklausel nicht zu. Deshalb stellt die im Gesetzesentwurf vorgesehene Ergänzung zur Sicherstellung von unbaren Vermögenswerten eine angemessene Reaktion auf die Rechtsprechung des BayVGH dar. Es sind keine einleuchtenden Gründe erkennbar, weshalb die Polizei zwar Bargeld, nicht jedoch eine Forderung soll sicherstellen dürfen.

-
- d) **Halten Sie Art. 22 Abs. 1 Satz 1 PAG-E für eine verfassungsmäßige Rechtsgrundlage für die Durchsuchung vom Durchsuchungsobjekt räumlich getrennte Speichermedien? Halten Sie in Art. 22 Abs. 2 PAG-E Vorkehrungen zum Schutz von Daten, die dem Kernbereich privater Lebensgestaltung unterfallen oder über deren Inhalt nach §§ 53, 53a StPO das Zeugnis verweigert werden könnte, für erforderlich?**
- e) **Ist Art. 25 Abs. 3 PAG-E eine verfassungsgemäße Rechtsgrundlage für diese Befugnis oder halten Sie ist einen Richtervorbehalt für erforderlich?**
-

Zunächst ist zu begrüßen, dass der Gesetzgeber klarstellt, dass auch Daten und Speichermedien Gegenstand einer Durchsuchung (Art. 22) und Sicherstellung (Art. 25) sein können. Die Befugnis in Art. 22 PAG-E betrifft freilich nur die Durchsuchung als solche, nicht jedoch die weitere Datenerhebung und -verarbeitung. Solche weiteren, über die bloße Kenntnisnahme hinausgehenden Maßnahmen dürfen nur auf der Grundlage spezieller gesetzlicher Grundlagen, etwa nach Art. 32 PAG erfolgen. Da es sich nicht um eine verdeckte, sondern um eine offene Maßnahme handelt, sind speziellere verfahrensrechtliche Regelungen zum Kernbereichsschutz nach meiner Einschätzung nicht erforderlich. Insofern ist auch das Fehlen eines Richtervorbehalts verfassungsrechtlich unbedenklich. Auch für die Durchsuchung eines Koffers etwa auf der Basis der Art. 22 PAG ist ja weder ein spezieller verfahrensrechtlicher Kernbereichsschutz noch ein Richtervorbehalt vorgesehen. Insofern genügt die Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes bei der konkreten Durchsuchung im Einzelfall. Art. 25 PAG-E verweist im Fall der Sicherstellung ausdrücklich auf die Schutzvorschrift des Art. 49 Abs. 5 PAG-E.

- f) **Wie bewerten Sie die konkrete Ausgestaltung der Regelung zur molekulargenetischen Untersuchung aufgefundenen Spurenmaterials unbekannter Herkunft (Art. 32 Abs. 1 Satz 2 und 3 PAG-E) im Hinblick auf den Rechtseingriff?**

Im Hinblick auf mangelnde Kenntnisse der tatsächlichen Dimension dieser Maßnahme kann ich deren Eingriffstiefe nicht abschätzen.

- g) **Wie bewerten Sie die Regelungen der Bildaufnahmen und Übersichtsaufzeichnungen nach Art. 33 Abs. 1 Nr. 2 PAG-E?**

Gegen die Regelung in Art. 33 Abs. 1 Nr. 2 PAG-E drängen sich nach überschlägiger Einschätzung verfassungsrechtliche Bedenken nicht auf.

- h) **Stellt Art. 33 Abs. 4 PAG-E eine ausreichende Rechtsgrundlage für den Einsatz von Bodycams dar? Ergibt sich aus den am 28.02.2018 vorgestellten Ergebnissen der AG Bodycam Änderungsbedarf für die vorgesehene Regelung?**

Der Einsatz „körpernah getragener Aufnahmegeräte“ durch Polizeibeamte ist verfassungsrechtlich nicht nur zulässig, sondern im Hinblick auf die Schutzpflicht zu Gunsten der Polizeibeamten verfassungsrechtlich geboten. Der Staat hat nicht nur aus den Grundrechten, insbesondere aus dem Grundrecht zu Gunsten des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit von Polizeibeamten eine Schutzpflicht. Eine solche folgt auch aus dem beamtenrechtlichen Fürsorgegrundsatz. Der Staat bzw. der Dienstherr ist daher verpflichtet, alle möglichen und geeigneten Maßnahmen zu ergreifen, um die körperliche Unversehrtheit und das Leben von Polizeibeamten zu schützen. Hierfür genügt es, wenn das eingesetzte Mittel zweckförderlich ist. Das heißt, es muss nicht in jedem Fall den Schutz gewährleisten, wohl aber grundsätzlich in der Lage sein, schutzerhöhend zu wirken. Die Ergebnisse der „AG Bodycam“ erhärten die Annahme, dass es sich bei der Bodycam um ein insoweit geeignetes Mittel, jedenfalls nicht um ein offensichtlich ungeeignetes Mittel handelt. An der Verfassungskonformität der Regelung bestehen aus

meiner Sicht keine ernst zu nehmenden Zweifel. Ein Richtervorbehalt nach Art. 13 Abs. 4, 5 GG ist nicht geboten,

i) Stellen die vorgesehenen Regelungen zur Erhebung und Auswertung von Bild- und Videomaterial (Art. 33 Abs. 5 und 61 Abs. 1 und 2 PAG-E) eine ausreichende Rechtsgrundlage für den Einsatz sog. intelligenter Videoüberwachung durch Muster- und Gesichtserkennung dar?

Auch die Regelungen zur sog. „intelligenten Videoüberwachung“ in Art. 33 Abs. 5 und Art. 61 Abs. 1 und 2 PAG-E sind nach überschlägiger Beurteilung verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Eine gezielte Beobachtung und Fertigung von Aufzeichnungen einer Person aufgrund eines automatisierten Datenabgleichs ist nur zur Abwehr einer Gefahr oder drohenden Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut, also ein solches, das in Art. 11 Abs. 3 Satz 2 PAG genannt ist, zulässig. Die Maßnahme steht insofern unter einer gesteigerten Eingriffsschwelle. Zudem ist die Polizei nach Art. 33 Abs. 6 PAG-E verpflichtet, auf die Verwendung von Systemen im Sinne des Absatzes 5 gesondert hinzuweisen. Es handelt sich also um eine offene Maßnahme.

j) Sind bezüglich der Durchführung verdeckter polizeilicher Maßnahmen Annexkompetenzen anzuerkennen, wenn die Maßnahme ohne Überwindung besonderer (Zutritts-)Sicherungen etwa an Türen andernfalls nicht durchführbar wäre, oder bedürfte es hierzu einer ausdrücklichen Rechtsgrundlage?

Die Frage der Annahme von Annexkompetenzen ist in der Verwaltungsrechtsdogmatik umstritten. Die überwiegende Meinung dürfte dahin gehen, dass jede Maßnahme, die in eine Grundrechtsposition eingreift, einer eigenen gesetzlichen Grundlage bedarf und nicht allein in der Modalität des Annexes als von einer anderen Befugnisnorm erfasst angesehen werden kann. Eine allgemeine und endgültige Klärung dieser Frage liegt auch aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht vor. Aus meiner Sicht wird man eine Annexkompetenz letztlich unter drei Voraussetzungen annehmen können:

- (1) Die in einer Befugnisnorm zugelassene Maßnahme kann typischerweise oder denklogisch überhaupt nur dann realisiert werden, wenn auch eine andere eingreifende Maßnahme erfolgt.
- (2) Der Gesetzgeber hat die Befugnisnorm im Bewusstsein erlassen, dass damit auch andere Eingriffe typisch oder zwangsläufig verbunden sind.
- (3) Die durch die Annexkompetenz betroffenen Rechtsgüter dürfen nicht höherwertig sein als die durch die ursprüngliche Befugnisnorm betroffenen.

—

k) Halten Sie die Regelung des Art. 86 Abs. 1 Satz 2 PAG-E, wonach besondere Sprengmittel, wie z.B. Handgranaten, gegen Personen in bestimmten Sachlagen zulässig ist, für verhältnismäßig und - gemessen an den rechtsstaatlichen Geboten der Normenklarheit und Bestimmtheit - auch für bestimmt genug?

—

Der Einsatz von Sprengmitteln im Sinne des Art. 86 Abs. 1 Satz 2 PAG-E ist als ultima ratio-Maßnahme ausgestaltet. Art. 86 Abs. 1 Satz 2 PAG-E lässt den Einsatz von solchen Mitteln gegen Personen zu, wenn diese selbst erkennbar den unmittelbaren Gebrauch von Schusswaffen, Sprengmitteln oder im Einzelfall vergleichbar gefährlicher Mittel beabsichtigen *und* der vorherige Gebrauch anderer Waffen durch die Polizei ersichtlich aussichtslos oder unzureichend ist. In dieser Situation erscheint es gerechtfertigt, wenn der Gesetzgeber der Polizei auch den Einsatz von Sprengmitteln erlaubt.

l) Wird durch die neue Kostenpflicht des Art. 93 PAG-E die bislang unzureichende Kostenerhebungsmöglichkeit bei doppelunktionalen Maßnahmen einer praktikablen Lösung zugeführt?

Zur Frage der Praktikabilität kann ich aus rechtswissenschaftlicher Sicht nicht kompetent Stellung nehmen. Mir ist die in der Frage angesprochene Problematik nicht hinreichend präsent.

m) Wie bewerten sie die in Art. 94 PAG-E vorgesehene Möglichkeit, präventivpolizeiliche Opferschutzmaßnahmen treffen zu können?

An der in Art. 94 PAG-E geschaffenen Möglichkeit, präventivpolizeiliche Opferschutzmaßnahmen treffen zu können, sind aus verfassungsrechtlicher Sicht keine ernst zu nehmenden Zweifel anzubringen. Die grundrechtlichen Schutzpflichten des Staates erfordern eine solche Möglichkeit geradezu.

4. Zur Ergänzung des BayDSG:

Stellt die im allgemeinen Datenschutzrecht vorgesehene Regelung zur Erhebung und Verarbeitung von DNA-Material (Art. 29 Abs. 5 bis 6 BayDSG-E) eine ausreichende Rechtsgrundlage zur Errichtung einer DNA-Referenzdatenbank zum Ausschluss von Trugspuren dar?

Die Vermeidung von molekularbiologischen Trugspuren stellt eine essentielle Aufgabe polizeilicher und strafverfolgender Ermittlungstätigkeit dar. Hier geht es vor allem auch darum, „unschuldige“ Personen vor gefahrenabwehrenden oder strafverfolgenden Maßnahmen zu bewahren, die auf Trugspuren zurückzuführen sind. Die neu geschaffenen Regelungen in Art. 29 des bayerischen Datenschutzgesetzes zur Vermeidung von „DNA-Trugspuren“ begegnen von ihrer Zwecksetzung her keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. Dies zumal deswegen, als die Maßnahme eine schriftliche Zustimmung der Betroffenen voraussetzt. Zudem ist eine Pseudonymisierung vorgesehen.

B. BayVSG

1. Inwieweit sind die Vorgaben des BKAG-Urteils auf den Bereich des Verfassungsschutzes übertragbar? Hierbei sollen besonders folgende Aspekte berücksichtigt werden:

- a) **Welche Bedeutung kommt dabei der Aussage des ATDG-Urteils zu, die Rechtsordnung unterscheide zwischen einer grundsätzlich offen arbeitenden Polizei, die auf eine operative Aufgabenwahrnehmung hin ausgerichtet und durch detaillierte Rechtsgrundlagen angeleitet ist, und den grundsätzlich verdeckt arbeitenden Nachrichtendiensten, die auf die Beobachtung und Aufklärung im Vorfeld beschränkt sind und sich deswegen auf weniger**

ausdifferenzierte Rechtsgrundlagen stützen können (BVerfGE 133, 277 Rn. 122)?

- b) Welche verfassungsrechtliche Bedeutung kommt dabei dem Umstand zu, dass dem Verfassungsschutz als Nachrichtendienst keine exekutiv-polizeilichen Befugnisse zustehen (Art. 5 Abs. 2 BayVSG)?**
- c) Wie wirkt sich die durch das Trennungsgebot in Deutschland bewirkte Aufgliederung des Gefahrenabwehrprozesses in Gefahrenforschung (Nachrichtendienste) und Gefahrenintervention (Polizeibehörden) auf den Grundrechtsschutz des Betroffenen im Vergleich zu einem monistischen Modell aus, wie es z.B. in Gestalt des Österreichischen Bundesamts für Verfassungsschutz und Terrorismusbekämpfung verwirklicht ist?**
- d) Welche Bedeutung haben die Anforderungen des BKAG-Urteils an Transparenz, individuellen Rechtsschutz und aufsichtliche Kontrolle für den Verfassungsschutz? Insbesondere:**
 - aa) Wie wirkt es sich aus, dass Art. 10 Abs. 2 Satz 2 und Art. 45d GG den individuellen Rechtsschutz des Betroffenen gegenüber nachrichtendienstlichen Maßnahmen durch parlamentarisch bestellte Organe oder Hilfsorgane ersetzt?**
 - bb) Welche Bedeutung kommt dem Umstand zu, dass die EU-Polizei-Justiz-Richtlinie, deren Gleichlauf mit dem deutschen Verfassungsrecht das BKAG-Urteil betont (Rn. 134, 138), für Nachrichtendienste nicht gilt?**

Die miteinander zusammenhängenden Fragen werden gemeinsam beantwortet. Sie werfen einige grundsätzliche Probleme auf, die nachfolgend daher etwas eingehender beleuchtet werden.

(1) Das BVerfG versteht seine Entscheidung zum BKAG als Leitentscheidung für verdeckte Informationseingriffe. Daraus kann jedoch noch nicht gefolgert werden, dass sie eben auch für das Nachrichtendienstrecht in Gänze und in jedem Detail Geltung beanspruchen soll oder könnte, ohne dass Besonderheiten der Nachrichtendienste hierbei eine Berücksichtigung erfahren dürften. Ein derartiger Kurzschluss sollte dem BVerfG nicht ohne Weiteres unterstellt werden. Bereits die EU-Richtlinie 680/2016, die nicht für die Nachrichtendienste gilt, zeigt, dass es nachhaltige Unterschiede zwischen polizeilicher und nachrichtendienstlicher Tätigkeit gibt, die sich einem normativen Gleichlauf der Anforderungen an Eingriffsbefugnisse entziehen. Ob die Maßstäbe, die das BVerfG in seinem Urteil zum BKA-Gesetz entwickelt hat, für das Verfassungsschutzrecht relevant sind, hat das Gericht selbst nicht beantwortet. Im Gegenteil hat das

BVerfG wiederholt anerkannt, dass die unterschiedlichen Aufgaben und Befugnisse es grundsätzlich rechtfertigen, an Überwachungsermächtigungen im Nachrichtendienstrecht weniger strenge Anforderungen zu stellen als an entsprechende Ermächtigungen im Polizeirecht (BVerfGE 100, 313/383; 120, 274/330; 130, 151/206; 133, 177/325). Das BVerfG geht mithin in der Sache von einem grundsätzlichen Unterschied zwischen polizeilicher und nachrichtendienstlicher Aufgabenerfüllung aus. Dazu steht es nicht in Widerspruch, dass das BVerfG an anderer Stelle betont hat, dass sich die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die gesetzlichen Eingriffsschwellen mit zunehmender Eingriffsintensität der jeweiligen Überwachungsmaßnahme verschärfen (*BVerfG*, Urteil v. 27.2.2008 – 1 BvR 370/07 u.a. – BVerfGE 120, 274/342 f.). Denn dies bedeutet ja in der Sache nur, dass nachrichtendienstliche Eingriffsbefugnisse trotz des spezifischen nachrichtendienstlichen Informationsauftrags nicht ohne Weiteres verfassungskonform sind, sondern dass es auch insoweit Eingriffsschwellen zu geben habe und dass diese in ihrem verfassungsrechtlich gebotenen Niveau auf die Eingriffstiefe bezogen sein müssten. Damit ist indes keineswegs gesagt, dass bei der Formulierung der Eingriffsvoraussetzungen und deren verfahrensrechtlicher Flankierungen nicht die Besonderheiten nachrichtendienstlicher Aufgabenerfüllung Berücksichtigung finden können (und müssen). Und selbst wenn man eine Konvergenz von polizeirechtlichen und nachrichtendienstrechtlichen Eingriffsvoraussetzungen fordern würde, so stünde damit noch nicht fest, dass *sämtliche* Anforderungen des BVerfG aus dem BKA-Urteil detailscharf und ohne Berücksichtigung der Besonderheiten nachrichtendienstlicher Tätigkeit heranzuziehen wären.

(2) Insgesamt erscheint es also deutlich verfrüht, von einer konsolidierten Rechtsprechung des BVerfG zu den verfassungsrechtlichen Anforderungen an verdeckte Informationseingriffe insgesamt zu sprechen. Dies kann auf Grund des BKAG-Urteils allenfalls für den Bereich des Polizeirechts angenommen werden. Man wird das BVerfG zwar sicherlich nicht voreilig überinterpretieren, wenn man davon ausgeht, dass es die *Essentialia* seiner Rechtsprechung zu den polizeirechtlichen Informationseingriffen aus dem BKAG-Urteil auch für entsprechende nachrichtendienstliche Befugnisse für maßgeblich erachtet. Eine vollständige, detailgenaue und undifferenzierte Übertragung sollte dem BVerfG jedoch nicht einfach „untergeschoben“ werden. Ob, in welchem Umfang, unter welchen Modalitäten und in welcher Dichte das BVerfG „seine“ BKAG-Dogmatik für das Nachrichtendienstrecht als maßgeblich erachtet, ist derzeit mithin

Spekulation. Bemerkenswert ist aber jedenfalls, dass sich das BVerfG im maßgeblichen Teil zu verdeckten Überwachungsmaßnahmen des BKAG-Urteils nicht ausdrücklich zu den Nachrichtendiensten verhält, obwohl die Entscheidung doch als datenschutzrechtliche Leitentscheidung konzipiert sein sollte. Im Übrigen hat das Gericht in seiner Entscheidung vom 13. Juni 2017 (2 BvE 1/15 – EuGRZ 2017, 455) im Hinblick auf das Fragerecht des Bundestags auf die besondere Funktion der Nachrichtendienste und die Bedeutung verdeckter Informationsbeschaffung hingewiesen und damit zu erkennen gegeben, dass das Nachrichtendienstrecht auch von Verfassung wegen durchaus eine Sonderbehandlung erfahren darf: Zwar erstrecke sich das aus Art. 38 Abs. 1 Satz 2 und Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG folgende Frage- und Informationsrecht des Deutschen Bundestages, der Fraktionen und der einzelnen Abgeordneten auch auf den Bereich der Tätigkeit von Nachrichtendiensten. Allerdings lasse die besondere Funktionalität nachrichtendienstlicher Tätigkeit Ausnahmen zu: Angesichts der Bedeutung, die dem Einsatz verdeckter Quellen bei der Informationsbeschaffung der Nachrichtendienste zukomme, könne sich die Bundesregierung zur Auskunftsverweigerung trotz des erheblichen Informationsinteresses des Parlaments in diesem Bereich aber in der Regel auf eine Gefährdung des Staatswohls und der Grundrechte verdeckt handelnder Personen berufen, wenn deren Identität bei der Erteilung der begehrten Auskünfte offenbart würde oder ihre Identifizierung möglich erscheine (Leitsatz 2 der Entscheidung vom 13.6.2017). Das BVerfG erkennt zumindest insofern ein nachrichtendienstliches Sonderregime an. Vergleichbares ergibt sich aus der Entscheidung des BVerfG vom 13. Oktober 2016 (2 BvE 2/15 – BVerfGE 143, 101) zum Untersuchungsausschussrecht („NSA-Sektorenlisten“): Auch in dieser Entscheidung hat das BVerfG die besondere Rolle und Funktionalität von Nachrichtendiensten herausgestellt: Das (auf die Nachrichtendienste bezogene) Geheimhaltungsinteresse der Bundesregierung könne das parlamentarische Informationsinteresse überwiegen. Bereits im ATDG-Urteil betont das BVerfG die Besonderheiten der Nachrichtendienste: „Polizeibehörden und Nachrichtendienste haben deutlich voneinander unterschiedene Aufgaben. Dementsprechend unterliegen sie hinsichtlich der Offenheit ihrer Aufgabenwahrnehmung sowie bezüglich der Datenerhebung grundlegend verschiedenen Anforderungen.“ (BVerfGE 133, 277 Rn. 115).

(3) Entscheidend sprechen die funktional-strukturellen Unterschiede zwischen Polizei und Verfassungsschutz/Nachrichtendienst gegen eine undifferenzierte Übertragung der Anforderungen

an polizeirechtliche Eingriffsbefugnisse auf nachrichtendienstliche Befugnis- und Verfahrensnormen. Die Unterschiede zwischen Polizei und Nachrichtendienst zeigen sich maßgeblich im Aufgaben- und Befugnisbereich. Das Verhältnis von Polizei und Nachrichtendienst lässt sich dabei nicht einfach und ohne Weiteres mit einem wie auch immer zu begründenden „Trennungsgebot“ beschreiben, sondern ist vielschichtiger und auch von weiten Überschneidungsbereichen geprägt.

Das geltende Recht kennt insbesondere kein *aufgabenbezogenes* Trennungsgebot zwischen Polizei und Nachrichtendiensten. Ein solches lässt sich zumal dem Verfassungsrecht nicht entnehmen. Vor diesem Hintergrund ist der Gesetzgeber im Rahmen seines verfassungsrechtlich, insbesondere durch Art. 99 BV verbürgten Gestaltungsspielraums auch keineswegs darauf beschränkt, dem Landesamt für Verfassungsschutz ausschließlich die Aufgabe der staats- und verfassungsschutzbezogenen Informationssammlung und Politikberatung zuzuweisen. Ein (zulässiger) Aufgabenbereich des Verfassungsschutzes steht nicht schon verfassungsunmittelbar fest. Dem Gesetzgeber steht es vielmehr frei, den Aufgabenbereich des Verfassungsschutzes selbst festzulegen und beim Aufgabenzuschnitt auch auf neue Gefährdungslagen und -strukturen zu reagieren. Insofern spricht von Verfassungs wegen nichts dagegen, dass der Gesetzgeber den Verfassungsschutz in den Bereich der Gefahrenabwehr mit einbezieht (vgl. etwa Art. 3 Satz 2 BayVSG), zumal zum Zwecke einer strukturierten und nachhaltigen informatorischen Vorfeldaufklärung und Gefährdungsanalyse. In der Diktion des BVerfG (*BVerfGE*, Urt. v. 24.4.2013 – 1 BvR 1215/07 – BVerfGE 133, 277 Rn. 116):

„Den Nachrichtendiensten kommt die Aufgabe zu, Aufklärung bereits im Vorfeld von Gefährdungslagen zu betreiben. Ihr Datenzugriff dient dabei zugleich verschiedenartigen und weit gefassten Zielen wie dem Schutz vor verfassungsfeindlichen Bestrebungen im Inland und vor innerstaatlichen Tätigkeiten ausländischer Geheimdienste, dem Schutz vor gewaltbereiten Bestrebungen, die den gesamten Bereich der "auswärtigen Belange" gefährden, oder dem Schutz vor Bestrebungen, die gegen den Gedanken der Völkerverständigung oder das friedliche Zusammenleben der Völker gerichtet sind (vgl. § 3 Abs. 1 BVerfSchG, § 1 Abs. 2 BNDG, § 1 Abs. 1 MADG sowie § 1 Abs. 1 i.V.m. § 3 Abs. 1 und § 5 Abs. 1 G 10). Sie haben mannigfaltige Bestrebungen auf ihr Gefahrenpotenzial hin allgemein zu beobachten und sie gerade auch unabhängig von konkreten Gefahren in den Blick zu nehmen (vgl. BVerfGE 122, 120 [145]).“

Vor diesem Hintergrund erschöpft sich die nachrichtendienstliche Aufgabe nicht darin, Informationen zu erheben, sie kann vielmehr auch darin bestehen, die Informationen zu filtern, anzureichern und zu verdichten. Dieser Prozess fokussiert in der nachrichtendienstlichen Praxis *grundrechtsschonend* darauf, die Daten mit Sozialbezug herauszuarbeiten und damit die Streubreite in die Privatsphäre auszuschneiden.

(4) Der Gesetzgeber kann den Verfassungsschutz als „Informationsdienstleister“ für alle Aufgabenträger ausgestalten, für die strategisch-politische Ebene ebenso wie für die operative Ebene (zur Bandbreite der – verfassungsrechtlich zulässigen – Aufgaben der Nachrichtendienste s. etwa *Warg*, in: Dietrich/Eiffler (Hrsg.), Handbuch des Rechts der Nachrichtendienste, 2017, S. 509 ff./517: „keine Beschränkung auf Beratungs- und Frühwarnfunktion“). Letzteres zeigen insbesondere diejenigen Normen, die den Verfassungsschutz zur Kooperation mit Polizei und Sicherheitsbehörden verpflichten (Art. 2 Abs. 1 BayVSG) und die Übermittlung von Daten zulassen (Art. 25 BayVSG). Gerade dies ist auch eine Lehre aus den Vorgängen um den sog. Nationalsozialistischen Untergrund (NSU), der Rechnung zu tragen dem Gesetzgeber nicht verwehrt ist (vgl. LT-Drs. 17/10014 S. 14 und 18). Die Kooperationspflicht, verbunden mit Datenübermittlungsbefugnissen, lässt sich vielmehr als Modalität der Erfüllung der aus den Grundrechten sowie aus Art. 99 BV folgenden Schutzpflicht des Staates begreifen. Die vom Gesetzgeber vorgenommene organisatorische Strukturierung des Prozesses der Gefahrenabwehr in die grundsätzlich getrennten Phasen verdachtsgewinnender Lageaufklärung durch Nachrichtendienste und polizeilicher Verdachtsverdichtung und -intervention impliziert Kooperation und Informationsaustausch, modifiziert aber nicht die Finalität des Gesamtprozesses.

(5) Allerdings sind polizeilich-operative Befugnisse insofern getrennt, als der Gesetzgeber solche nur der Polizei, nicht indes dem Landesamt für Verfassungsschutz einräumt. Der Polizei stehen nachrichtendienstähnliche Aufklärungsbefugnisse im Frühstadium der Gefahr (Art. 30 ff. PAG) *und* polizeilich-operative Befugnisse zu. Die beiden Arten von Befugnisnormen stehen aber rechtlich nicht beziehungslos nebeneinander. Vielmehr ist eine legitimatorische Wechselwirkung gegeben: Hat eine Behörde – wie die Polizei des Freistaates Bayern oder das Bundeskriminalamt (BKA) – operativ-polizeiliche *und* informationelle Eingriffsbefugnisse, so sind an die grundrechtliche Rechtfertigung der Datenerhebungsbefugnisse höhere Anforderungen zu

stellen, zumal durch höhere Eingriffsschwellen und verfahrensrechtliche Flankierungen. Denn die Kumulation von Datenerhebung *und* operativ-polizeilicher Zugriffsmöglichkeit verleiht der Datenerhebung eine höhere Eingriffsintensität (vgl. *BVerfG*, Urteil v. 24.4.2013 – 1 BvR 1215/07 – BVerfGE 133, 277 Rn. 115; *BVerfG*, Beschluss v. 24.1.2012 – 1 BvR 1299/05 – BVerfGE 130, 151 (206); *BVerfG*, Urteil vom 27.2.2008 – 1 BvR 370/07 u.a. – BVerfGE 120, 274 (330)). Steht mit den – zumal verdeckt erhobenen – Informationen zugleich die Möglichkeit eines operativ-polizeilichen Zugriffs im Raum (etwa in der Modalität einer Durchsuchung, Beschlagnahme oder gar Ingewahrsamnahme oder sonstiger Einflussnahme auf den Kausalverlauf), so gewinnt die Datenerhebung für den Betroffenen eine erhöhte Eingriffsrelevanz. Grundrechtsdogmatisch wird diese „verarbeitet“ im Rahmen der Rechtfertigung des Informationseingriffs und dort bei den Anforderungen an die gesetzliche Befugnisregelung sowie bei der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne. Das kumulative Grundrechtsgefährdungspotenzial von Informations- und operativen Eingriffen fordert höhere Eingriffsschwellen und verfahrensrechtliche Flankierungen, insbesondere zur Herstellung von Transparenz und Kontrolle. Dies hat das BVerfG für das Bundeskriminalamt entschieden, das über nachrichtendienstliche *und* polizeilich-operative Befugnisse verfügt (vgl. §§ 20a ff. BKAG). Beim Landesamt für Verfassungsschutz und dem dessen Befugnisse regelnden BayVSG verhält es sich jedoch fundamental anders. Dieses verfügt gerade *nicht* über operativ-polizeiliche Befugnisse, das kumulative Grundrechtsgefährdungspotenzial besteht mithin nicht. Bereits aus *diesem* Grund ist es sachlich fernliegend, das BKAG-Urteil des BVerfG vollumfänglich, detailgenau und undifferenziert auf das Bayerische Verfassungsschutzgesetz zu übertragen.

(6) Insgesamt sind es also zwei Aspekte der vom Gesetzgeber errichteten Sicherheitsarchitektur, die (im Verhältnis zum Polizeirecht) reduzierte Anforderungen an die Eingriffsbefugnisnormen für Nachrichtendienste nicht nur rechtfertigen, sondern nahelegen:

(a) Der erste Aspekt ist aufgabenbezogen: Die Nachrichtendienste sind in die Erfüllung der Aufgabe der Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit durch den Schutz von Staat und Verfassung in der spezifischen Modalität eines Informationsdienstleisters eingebunden, der insbesondere solche Informationen gewinnt, die für eine fundierte Vorfeldanalyse und tragfähige Gefährdungsprognose unabdingbar sind. Der Gesetzgeber verfolgt einen im Hinblick auf Art. 99

Satz 2 BV verfassungsrechtlich legitimen Zweck, wenn er die Verfassungsschutzbehörden auch mit weitreichenden Befugnissen zur verdeckten Informationsgewinnung ausstattet, um auch an solche für den Schutz von Staat und Verfassung relevanten Informationen zu gelangen, die für ihn mit herkömmlichen, offenen Informationseingriffen außer Reichweite lägen. Dazu gehören auch und zumal szenetypische Informationen, ohne deren Kenntnis der Staat gegenüber sich weit im Vorfeld konkreter Gefahren abzeichnender und sich stets auch ändernder Gefährdungslagen und damit verbundener Informationsasymmetrien ins Hintertreffen geriete. Für die Analyse von Bedrohungspotenzialen für Staat und Verfassung und die Entwicklung effektiver (politischer und rechtlicher) Gegenstrategien ist ein sich stets aktualisierender Fluss an qualitativ hochwertigen Daten erforderlich. Hierzu ist ein hinreichender Schutz von Strategien, Quellen und Methoden der Informationserhebung durch den Nachrichtendienst zwingend. Der Schutz der nachrichtendienstlichen Integrität, zumal seiner Quellen, Methoden und Strategien macht ein ausreichendes Maß an Vertraulichkeit und Ausschluss der Öffentlichkeit von der nachrichtendienstlichen Tätigkeit unabdingbar. Ein Nachrichtendienst, der seine Aufgabe in weitgehender Transparenz coram publico erfüllen müsste, könnte seine Arbeit einstellen. Er würde keine Quellen mehr generieren können, Gegen- und Ausweichstrategien betroffener Gruppierungen provozieren und schließlich seine eigenen, verdeckt arbeitenden Mitarbeiter schweren Gefahren für Leib und Leben aussetzen. Solche nachrichtendienstlichen Wesens- und Systemimmanenzen rechtfertigen verfassungsrechtlich niedrigere Anforderungen an verfahrensrechtliche Flankierungen im Hinblick auf Transparenz und Kontrolle (so auch *Dietrich*, in: *Dietrich/Eiffler* (Hrsg.), *Handbuch des Rechts der Nachrichtendienste*, 2017, S. 277 [Rn. 44]). Davon gehen im Übrigen für den Bereich des Bundes auch Art. 10 Abs. 2 Satz 2 GG sowie Art. 45d GG aus. Erst jüngst hat auch das BVerfG (Beschluss v. 13.6.2017 – 2 BvE 1/15 – EuGRZ 2017, 455) diese Zusammenhänge im Rahmen des parlamentarischen Fragerechts deutlich herausgestellt: Dem Einsatz verdeckter Quellen komme bei der Informationsbeschaffung durch die Nachrichtendienste eine Bedeutung zu, die eine Auskunftsverweigerung der Bundesregierung gegenüber dem Parlament rechtfertigen könne (Leitsatz 2 des zitierten Beschlusses). Zuvor hatte das Gericht die besondere Geheimhaltungsbedürftigkeit nachrichtendienstlicher Tätigkeit zur Gewährleistung der Funktions- und Kooperationsfähigkeit der Nachrichtendienste in seiner Entscheidung zu den „NSA-Sektorenlisten“ (Beschluss vom 13.10.2016 – 2 BvE 2/15 – BVerfGE 141, 101) betont (Leitsatz 5).

(b) Der zweite Aspekt ist befugnisbezogen. Weil der Gesetzgeber die Nachrichtendienste nicht mit operativ-polizeilichen Befugnissen ausstattet, ist das Eingriffsgewicht der verdeckten Informationserhebung insofern reduziert, als die die Information erhebende Behörde diese nicht dazu nutzen kann, operativ-polizeilich gegen den Betroffenen vorzugehen. Dies rechtfertigt es, an nachrichtendienstliche Befugnisse tendenziell niedrigere Eingriffsschwellen zu knüpfen.

(7) Aus den beiden Aspekten (soeben (a) und (b)) spezifischer Funktionalität eines Nachrichtendienstes in der vom Gesetzgeber geschaffenen Sicherheitsarchitektur ist nun nicht die Konsequenz zu ziehen, dass die verfassungsrechtlichen Anforderungen, die das BVerfG an die polizeirechtlichen Informationsbefugnisse des BKAG stellt, für die Informationsbefugnisse des Verfassungsschutzes gänzlich unmaßgeblich wären. Denn es ist nicht zu verkennen, dass die nachrichtendienstlichen Informationseingriffe von erheblicher Grundrechtsintensität sein können. Deshalb gelten die *grundsätzlichen* Anforderungen an das Vorliegen hinreichender Eingriffsschwellen, verfahrensrechtlicher Flankierungen zumal zum Kernbereichsschutz sowie zur Transparenz und Kontrolle als aus den Grundrechten ableitbare Grundsätze auch für das Verfassungsschutzrecht. Ähnlich wie heute sog. „besondere Gewaltverhältnisse“ nicht mehr anzuerkennen sind, kann es unter der Geltung des Rechtsstaatsprinzips und der Grundrechte des Grundgesetzes und der Bayerischen Verfassung auch kein besonderes „Verfassungsschutzrechtsverhältnis“ zwischen dem Staat (in Gestalt der Verfassungsschutzbehörde) und dem Bürger geben, das nachrichtendienstliche Informationseingriffe vom Erfordernis einer grundrechtlichen Rechtfertigung freistellte. Allerdings ist bei der Bestimmung der konkreten Anforderungen an Eingriffsschwellen, verfahrensrechtliche Flankierungen, Transparenz und Kontrolle den skizzierten Besonderheiten Rechnung zu tragen, dogmatisch vornehmlich im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Wenn der Gesetzgeber das Landesamt für Verfassungsschutz in Erfüllung des Auftrags aus Art. 99 Satz 2 BV als Informationsdienstleister in verfassungsrechtlich legitimer Weise in die Sicherheitsarchitektur integriert, muss er die Befugnisnorm und ihre Flankierungen auch so ausgestalten können, dass der Verfassungsschutz diese Rolle effektiv und nicht selbstgefährdend ausfüllen kann.

(8) Deshalb lassen sich die Anforderungen, die das BVerfG im Hinblick auf die Transparenz und die Kontrolle verdeckter Informationseingriffe der Polizei im BKAG-Urteil formuliert hat, nicht undifferenziert auf die Nachrichtendienste übertragen. Deren Rolle als Informationsdienstleister ist nur effektiv erfüllbar, wenn sie in hinreichendem Maß im Verborgenen arbeiten können. Bestimmte Informationsquellen und -wege sind für den Nachrichtendienst nur erschließbar und dauerhaft in Verfügbarkeit zu halten, wenn sich die beteiligten Personen auf Geheimhaltung und Vertraulichkeit, zumal Vertraulichkeitszusagen verlassen können (dazu näher *Dietrich*, in: Dietrich/Eiffler (Hrsg.), Handbuch des Rechts der Nachrichtendienste, 2017, S. 1047 [Rn. 70]). Dies gilt insbesondere für Verdeckte Mitarbeiter und Vertrauenspersonen. Solche werden sich zu einer Tätigkeit für einen Nachrichtendienst nur bereit erklären, wenn die Anforderungen an eine Vorabkontrolle sowie Benachrichtigungs- und Auskunftspflichten angemessen reduziert sind. Die diesbezüglichen Anforderungen für das Polizeirecht lassen sich daher nicht ohne Weiteres auf das Nachrichtendienstrecht übertragen. Vielmehr muss es dem Gesetzgeber möglich sein, die Funktions- und Arbeitsfähigkeit der Nachrichtendienste dauerhaft zu sichern, indem er Transparenzanforderungen, die für das Polizeirecht geboten sind, zurücknimmt. Diese Transparenzrücknahme ist auch in der Rechtsprechung des BVerfG anerkannt:

„Überdies sammeln die Nachrichtendienste Daten grundsätzlich geheim. Der Grundsatz der Offenheit der Datenerhebung gilt für sie nicht, und sie sind von Transparenz- und Berichtspflichten gegenüber den Betroffenen weithin freigestellt. Entsprechend gering sind die Möglichkeiten individuellen Rechtsschutzes. Zum Teil werden diese sogar ganz durch eine politische Kontrolle ersetzt (vgl. Art. 10 Abs. 2 Satz 2 GG).“ (*BVerfGE* 133, 277 Rn. 117)

Erst kürzlich hat das Gericht in seiner Entscheidung vom 13. Juni 2017 (2 BvE 1/15 – EuGRZ 2017, 455 Rn. 110 ff.) diesbezüglich erneut wegweisende Ausführungen gemacht:

„Zur Wahrung der inneren und äußeren Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland lässt das Grundgesetz (Art. 45d, Art. 73 Abs. 1 Nr. 10 Buchst. b, Art. 87 Abs. 1 Satz 2 GG) ausdrücklich die Errichtung von Verfassungsschutzbehörden und Nachrichtendiensten zu. Nachrichtendienste sind Ausdruck der Grundentscheidung des Grundgesetzes für eine wehrhafte Demokratie, des Selbstbehauptungswillens des Rechtsstaates und damit Bestandteil des Sicherheitssystems der Bundesrepublik Deutschland. Bei dem Einsatz von V-Leuten durch die Nachrichtendienste [...] handelt es sich um eine vom Gesetzgeber gebilligte Methode zur verdeckten Informationsbeschaffung. Dem liegt die Erkenntnis zugrunde, dass gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder die Sicherheit und den Bestand des

Staates gerichtete Bestrebungen und Aktivitäten meist von Gruppierungen ausgehen, die konspirativ tätig sind, und dass die Nachrichtendienste ihre Aufgaben daher nur effektiv erfüllen können, wenn sie über nachrichtendienstliche Mittel verfügen, wozu auch der Einsatz von V-Leuten gehört. Der Gesetzgeber hat in der Begründung des Gesetzes zur Verbesserung der Zusammenarbeit im Bereich des Verfassungsschutzes vom 17.11.2015 bekräftigt, dass die planmäßige und systematische Informationsbeschaffung insbesondere durch V-Leute ein unverzichtbares Mittel zur Aufklärung extremistischer Bedrohung sei.“

Und das BVerfG führt weiter aus (Rn. 114):

„Werden quellenbezogene Informationen bekannt, kann die Arbeitsfähigkeit und Aufgabenerfüllung der Nachrichtendienste auch über den konkreten Einzelfall hinaus für die Zukunft generell beeinträchtigt werden. Zum einen können Informationen bekannt werden, die für die Arbeitsweise und Funktionsfähigkeit der Nachrichtendienste von Bedeutung sind. Dies betrifft insbesondere das Vorgehen der Behörden bei der Bewerbung und Führung sowie der Kommunikation mit V-Leuten und sonstigen Quellen. Das Bekanntwerden derartiger Informationen kann es den zu beobachtenden Gruppierungen ermöglichen, Abwehrstrategien gegen ihre Infiltration und Beobachtung zu entwickeln. Zum anderen ist der Quellenschutz eine Voraussetzung für die weitere Nutzung aktiver und die Gewinnung neuer Informationsquellen. Von besonderer Bedeutung ist dabei die Einhaltung von Vertraulichkeitszusagen. Sie ist unverzichtbare Voraussetzung für die Anwerbung und Führung von V-Personen. Die Effektivität der Aufgabenerfüllung der Nachrichtendienste unter Einsatz von V-Personen ist davon abhängig, dass das Vertrauen in die Einhaltung gegebener Vertraulichkeitszusagen nicht erschüttert wird [...]. Werden Informationen über V-Leute und sonstige verdeckte Quellen herausgegeben, schwächt dies das Vertrauen in die Wirksamkeit von Geheimhaltungszusagen. Dies gilt insbesondere für den Fall, dass eine V-Person oder sonstige Quelle enttarnt wird [....].“

Auch der Bayerische Verfassungsgerichtshof hat dies in einer Entscheidung vom 20. März 2014 – Vf. 72-IVa-12 – Rn. 79 so gesehen:

„Dennoch unterscheiden sich Informationen des Verfassungsschutzes von sonstigen vertraulichen Vorgängen innerhalb der Verwaltung durch folgende Umstände: Informationen des Verfassungsschutzes werden vielfach durch geheime Methoden gewonnen, wie den Einsatz von V-Leuten (d.h. Personen, die der Verfassungsschutzbehörde selbst nicht angehören, aber aufgrund ihrer Zugehörigkeit zu dem jeweiligen Beobachtungsobjekt ‚Szene-Erkenntnisse‘ gegen Bezahlung liefern), das Beobachten verdächtiger Personen (Observation) sowie verdeckte Bild- und Tonaufzeichnungen (vgl. Verfassungsschutzbericht Bayern 2012, S. 184). Diese Informationen können ihren Nutzen für den Staat und die Allgemeinheit verlieren, wenn sie in der Öffentlichkeit bekannt werden. Durch ihre Offenbarung kann die Arbeitsweise des Verfassungsschutzes beeinträchtigt werden, auch weil eine künftige Informationsgewinnung erschwert wird. Die Geheimhaltung ist oftmals Voraussetzung für die Zusammenarbeit mit den Verfassungsschutzbehörden anderer Bundesländer und für die Gewinnung neuer Informationsquellen. Durch die Offenbarung von Informationen des Ver-

fassungsschutzes können Mitarbeiter oder Dritte gegebenenfalls erheblich in Gefahr geraten.“

Dementsprechend darf auch der bayerische Gesetzgeber davon ausgehen, dass eine unbeschränkte Pflicht des Landesamtes für Verfassungsschutz, die Anwendung nachrichtendienstlichen Maßnahmen vorab durch eine unabhängige Stelle genehmigen zu lassen, zu einem Verlust an potenziellen „Quellen“, etwa von Vertrauenspersonen führen wird. Ebenso darf er davon ausgehen, dass weitreichende Benachrichtigungspflichten zu einer Gefährdung nachrichtendienstlicher Quellen, Methoden und Aufklärungsansätze führen können, wodurch eine nachhaltige und effektive Aufklärungsarbeit durch den Nachrichtendienst gefährdet wird. Vor diesem Hintergrund erscheint es sowohl sachgerecht als auch verfassungsrechtlich hinnehmbar, wenn der Gesetzgeber die unabhängige Vorabkontrolle und Benachrichtigungspflichten auf Maßnahmen erheblicher Eingriffstiefe beschränkt.

- e) **Inwieweit lässt sich der Grundsatz der hypothetischen Datenneuerhebung auf Übermittlungsvorgänge des Verfassungsschutzes übertragen? Insbesondere:**
- aa) **Inwieweit verringert sich das Eingriffsgewicht der Datenübermittlung gegenüber der ursprünglichen Datenerhebung dadurch, dass Informationen aus dem Kernbereich der privaten Lebensführung bereits vor der Übermittlung herausgefiltert werden (Art. 8a BayVSG-E)?**
 - bb) **Inwieweit verändert sich das Eingriffsgewicht der Datenübermittlung gegenüber der ursprünglichen Datenerhebung dadurch, dass der Verfassungsschutz grundsätzlich keine Rohdaten übermittelt, sondern verdichtete und aufbereitete Auswertungsergebnisse?**
 - cc) **In welchem Verhältnis steht der Grundsatz der hypothetischen Datenneuerhebung des BKAG-Urteils zum informationellen Trennungsprinzip des ATDG-Urteils (BVerfGE 133, 277 Rn. 123)?**

Auch diese Fragen werden im Zusammenhang beantwortet. Die Kategorie der „hypothetischen Datenneuerhebung“, durch die das BVerfG den früher herangezogenen Maßstab, ob sich die Übermittlung noch im Rahmen der ursprünglichen Zwecksetzung der Datenerhebung befindet, ablösen will (*BVerfG*, Urteil v. 20.4.2016 – 1 BvR 966/09 – BVerfGE 141, 220 Rn. 287), besagt, dass es für die Zulässigkeit der Übermittlung von Daten, die aus eingriffintensiven Über-

wachungs- und Ermittlungsmaßnahmen stammen, darauf ankomme, ob die entsprechenden Daten nach verfassungsrechtlichen Maßstäben auch für den geänderten Zweck mit vergleichbar schwerwiegenden Mitteln erhoben werden dürften – wofür auch die Bezeichnung „hypothetischer Ersatzeingriff“ verwendet wird (*BVerfG*, a.a.O., Rn. 287). Dass ein strikt verfolgtes Konzept der hypothetischen Datenneuerhebung für einen Staat, den Schutzpflichten für die Grundrechte seiner Bürger treffen (Art. 99 BV), nicht durchweg tragfähig sein kann, liegt ohne Weiteres auf der Hand. Der Staat müsste ggf. auch bei erheblichen Gefährdungspotenzialen bewusst „wegsehen“. Dies erkennt auch das *BVerfG*, wenn es den Grundsatz der hypothetischen Datenneuerhebung sogleich wieder deutlich relativiert: „Das Kriterium der Datenneuerhebung gilt allerdings nicht schematisch abschließend und schließt die Berücksichtigung weiterer Gesichtspunkte nicht aus“ (*BVerfG*, a.a.O., Rn. 287). So stehe die Tatsache, dass die Zielbehörde bestimmte Datenerhebungen, zu denen die Ausgangsbehörde berechtigt sei, ihrerseits wegen ihres Aufgabenspektrums nicht vornehmen dürfe, einem Datenaustausch nicht prinzipiell entgegen. Sodann wird gefordert, Voraussetzung für eine Zweckänderung (und damit für eine Übermittlung an eine andere Stelle) sei, dass die neue Nutzung der Daten dem Schutz von Rechtsgütern oder der Aufdeckung von Straftaten solchen Gewichts diene, die verfassungsrechtlich ihre Neuerhebung mit vergleichbar schwerwiegenden Mitteln rechtfertigen könnten (*BVerfG*, a.a.O., Rn. 288). Hinzukommen muss nach der Rechtsprechung des *BVerfG* für die Zweckänderung (also auch: Übermittlung), dass sich aus den Daten ein konkreter Ermittlungsansatz ergibt (*BVerfG*, a.a.O., Rn. 289). Insgesamt lässt sich die Auffassung des *BVerfG* für die Übermittlung von Daten, die aus besonders intensiven Informationseingriffen gewonnen worden sind, wie folgt zusammenfassen. Eine Übermittlung solcher Daten an eine andere Behörde ist dann zulässig, wenn

(1) diese Behörde die Information auch mit eigenen Mitteln und unter vergleichbarer Eingriffintensität erheben dürfte oder hätte erheben können oder

(2) die Übermittlung zu einem von einem konkreten Ermittlungsansatz getragenen Schutz eines solchen Rechtsgutes erfolgt, bezüglich dessen die ursprüngliche Datenerhebung zulässig war.

Allerdings bezieht sich die vom BVerfG entwickelte Konstruktion bislang lediglich auf die Übermittlung von Daten, die durch eine Polizeibehörde (BKA) erhoben wurden. Im Urteil zum Antiterrordateigesetz (ATDG) vom 24. April 2013 (1 BvR 1215/07 –BVerfGE 133, 277 = NJW 2013, S. 1499 ff.) hatte das BVerfG noch nicht von einer hypothetischen Datenneuerhebung gesprochen, sondern von einem „informationsrechtlichen Trennungsprinzip“, das es aus dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung abgeleitet hat und das einem Informationsaustausch zwischen Nachrichtendienst und Polizei grundsätzlich entgegenstehen soll (*BVerfG*, a.a.O., Rn. 122 f.). Indes gelte auch ein solches informationelles Trennungsprinzip keineswegs absolut (so auch im Sinne eines Regel-/Ausnahmeverhältnisses *Gusy*, in: Dietrich/Eiffler (Hrsg.), *Handbuch des Rechts der Nachrichtendienste*, 2017, S. 312 [Rn. 24 a.E.]). Zwar stelle die Übermittlung von Daten von einem Nachrichtendienst an eine Polizeibehörde zum Zwecke operativer Aufgabenwahrnehmung einen besonders schweren Grundrechtseingriff dar. Sie sei damit aber nicht kategorisch ausgeschlossen, sondern zum Schutz eines herausragenden öffentlichen Interesses möglich (*BVerfG*, a.a.O.). Unklar ist allerdings, wie sich diese Grundsätze aus dem ATDG-Urteil zu denen aus dem BKAG-Urteil verhalten. Zudem betraf das ATDG-Urteil eine Verbunddatei, also einen umfassenden Datenaustausch in Echtzeit, nicht den Einzelfall bezogenen Informationsaustausch durch Datenübermittlung. Insgesamt ist die Rechtsprechung des BVerfG zur Übermittlung von Daten zwischen Nachrichtendiensten und Polizeibehörden also noch keineswegs konsolidiert. Man sollte daher auch nicht von einem verfassungsrechtlich gebotenen informationellen Trennungsprinzip sprechen.

Zusammenfassend: Da sich die Anforderungen aus dem BKAG-Urteil des BVerfG nicht ohne Weiteres auf das Recht der Nachrichtendienste übertragen lässt, ist es verfassungsrechtlich unbedenklich, wenn das BayVSG nicht alle verfassungsrechtlichen Anforderungen des BVerfG erfüllen sollte. Soweit mit dem vorliegenden Gesetzentwurf zur Änderung des BayVSG Korrekturen vollzogen werden sollen, die Petita des BVerfG Rechnung tragen, erscheint dies verfassungsrechtlich jedenfalls nicht zwingend.

2. Steht die Aufhebung der Beschränkungen in Art. 15 Abs. 2 Satz 2 BayVSG in Einklang mit der Rechtsprechung des BVerfG?

Die Gesetzesbegründung zur Streichung des Satzes 2 in Art. 15 Abs. 2 BayVSG macht hinreichend deutlich, dass die bisherigen dort geregelten erhöhten Eingriffsvoraussetzungen verfassungsrechtlich nicht geboten sind.

Mit freundlichen Grüßen

—

Prof. Dr. Josef Franz Lindner

—