

Gemeinsame Anhörung der Ausschüsse für Kommunale Fragen, Innere Sicherheit und Sport sowie für Verfassung, Recht und Parlamentsfragen am Mittwoch, den 21. März 2018 im Konferenzsaal des Maximilianeums, zu den Gesetzentwürfen der Staatsregierung für ein Gesetz zur Neuordnung des bayerischen Polizeirechts (PAG-Neuordnungsgesetz, Drs. 17/20425) und zur Änderung des Bayerischen Verfassungsschutzgesetzes (Drs. 17/20763)

Antworten des Sachverständigen RiLG Dr. Markus Löffelmann zum

Fragenkatalog

A. PAG

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?

Antwort: Die Pflichten der Verantwortlichen wurden überwiegend ausreichend umgesetzt. Ausnahmen bilden Art. 31 Abs. 3 S. 2 PAG-E, der keine spezifische Unterrichtung der betroffenen Person vorsieht und Art. 31 Abs. 4 S. 4 PAG-E, der bei kurzfristigen Eingriffen, an die sich keine Folgemaßnahmen anschließen, ein dauerhaftes Absehen von der Benachrichtigung erlaubt. Auf die Stellungnahme des Verf. vom 14.2.2018, Rn. 25, 27 wird Bezug genommen.

b) Wurden die Rechte der betroffenen Person wie zum Beispiel das Recht auf Berichtigung, Datenlöschung und Auskunft ausreichend umgesetzt?

Antwort: Ja.

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?

Antwort: Soweit ersichtlich, wird durch die Verbindung der Errichtungsanordnung mit einer Folgenabschätzung sachgerecht den Anforderungen von Art. 27 der Richtlinie Rechnung getragen. Ein Verzicht auf die Errichtungsanordnung ist nicht angezeigt, da im Falle automatisierter Datenverarbeitung der hier im Einzelfall nicht mögliche präventive Grundrechtsschutz durch die mit der Anordnung erfolgende Errichtung bestimmter schützender Standards ersetzt wird. Die Ergebnisse der Folgenabschätzung werden mithin in die Errichtungsanordnung einfließen.

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

Antwort: Durch den Gesetzentwurf werden insgesamt die - sowohl aktionellen als auch informationellen - Befugnisse der Polizei stark in das Gefahrenvorfeld hinein ausgedehnt. Im Gefahrenvorfeld besteht ein besonders hohes Risiko falscher Prognosen, weshalb eingriffsintensive Maßnahmen nach den vom BVerfG entwickelten Maßstäben nur unter engen Voraussetzungen und zum Schutz hochrangiger Rechtsgüter verhältnismäßig sind. Sofern sich solche Maßnahmen nicht gegen Personen richten, die unmittelbar für eine Gefahr verantwortlich sind, müssen die Eingriffsschwellen noch höher liegen. Der Entwurf genügt diesen Anforderungen in zahlreichen Einzelpunkten nicht. Er überträgt die vom BVerfG aufgezeigte Möglichkeit einer behutsamen Ausweitung polizeilicher Befugnisse in das Gefahrenvorfeld zur Abwehr terroristischer Gefahren auf die Befugnisse der Polizei im Allgemeinen. Auf die Stellungnahme des Verf. vom 14.2.2018, Rn. 4 - 6, 121 f., 125 wird Bezug genommen.

und erläutern Sie im Hinblick auf die Maßgaben des BVerfG im BKAG-Urteil vom 20.04.2016 bitte Folgendes:

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

aa) Wurden die geforderten Richtervorbehalte ausreichend umgesetzt?

Antwort: Die geforderten Richtervorbehalte wurden nicht durchgehend ausreichend umgesetzt. Sie fehlen bei Art. 36 Abs. 1 Nr. 2 lit. a), Art. 36 Abs. 1 Nr. 2 lit. b) und Art. 39, soweit diese Befugnisse eine Ermächtigung zum Erstellen von Bewegungsbildern enthalten. Auf die Stellungnahme des Verf. vom 14.2.2018, Rn. 41, 42, 50 f. wird Bezug genommen.

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

Antwort: Die Neuausrichtung der polizeilichen Befugnisnormen hin zu einer konsequent rechtsgüterschutzorientierten Ausgestaltung ist aus dogmatischer Sicht zu begrüßen und folgt der Wertung von BVerfGE 122, 120, 142, BVerfGE 125, 260, 329 und BVerfGE 141, 220, 270. Sie erscheint gleichwohl nicht zwingend und macht eine differenzierte Fassung und Engführung der Befugnisse, wie sie durch den Verweis auf Straftatenkataloge bislang erreicht wurde, nicht entbehrlich.

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?

Antwort: Die mit der Einführung des Begriffs der drohenden Gefahr verbundene Vorverlagerung der polizeilichen Tätigkeit in das Gefahrenvorfeld betrifft nach dem Gesetzentwurf nahezu sämtliche polizeilichen Befugnisse. Hiermit ist unter Bestimmtheits- und Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten eine starke und verfassungsrechtlich bei eingriffsintensiven Maßnahmen nicht mehr akzeptable Herabsetzung der polizeilichen Eingriffsschwelle verbunden. Auf die Stellungnahme des Verf. vom 14.2.2018, Rn. 3 - 6 wird Bezug genommen.

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

Antwort: Entgegen den insoweit zu korrigierenden Ausführungen des Verf. in seiner Stellungnahme vom 14.2.2018, Rn. 90, wonach die Vorgaben des BVerfG aus dem BKAG-Urteil sachgerecht umgesetzt worden seien, ist darauf hinzuweisen, dass in Art. 48 Abs. 2 PAG-E allein auf die Identität der zu schützenden Rechtsgüter abgestellt wird und nicht auf den für das BVerfG zentralen Gedanken der Neuerhebung. Damit werden an die zweckändernde Umwidmung dieselben Maßstäbe angelegt wie an die weitere Nutzung im Rahmen der ursprünglichen Zwecke (Abs. 1), obwohl das BVerfG gerade zwischen diesen beiden Konstellationen unterscheidet. Die weitere Nutzung im Rahmen der ursprünglichen Zwecke kommt nur „seitens derselben Behörde im Rahmen derselben Aufgabe und für den Schutz derselben Rechtsgüter in Betracht“ (BVerfGE 141, 220, Rn. 279). Da in anderen Bereichen der Gefahrenabwehr i. w. S. (etwa dem nachrichtendienstlichen) die Neuerhebung nur zum Schutz noch höherrangiger Rechtsgüter zulässig sein kann, bleibt die in Art. 48 Abs. 2 PAG-E verfolgte Lösung hinter den verfassungsgerichtlichen Anforderungen zurück. Außerdem sollte kritisch hinterfragt werden, ob der Grundsatz der Datenneuerhebung im Sinne eines Automatismus auf jede Form der Zweckumwidmung angewendet werden muss. Die Äußerungen des BVerfG in BVerfGE 141, 220, 327 f., 329 weisen auf einen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers hin. Auf die Stellungnahme des Verf. vom 14.2.2018, Rn. 87 f., 91, 104, 106, 113, 114 wird Bezug genommen.

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?

Antwort: Soweit die Befugnisse an die Eingriffsschwelle der drohenden Gefahr anknüpfen bestehen im Hinblick auf das Bestimmtheitsgebot erhebliche Bedenken. Auf die Stellungnahme des Verf. vom 14.2.2018, Rn. 3, 4, 65, 80 wird Bezug genommen. Darüber hinaus begegnen Bestimmtheitsbedenken Art. 33 und Art. 42 Abs. 4 Nr. 1 PAG-E. Auf die Stellungnahme des Verf. vom 14.2.2018, Rn. 30 f., 34, 69 wird Bezug genommen.

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

Antwort: Die Maßgaben des BVerfG zum Kernbereichsschutz wurden für die Wohnraumüberwachung nach Art. 41 PAG-E nicht ausreichend umgesetzt. Im Übrigen entbehren die Regelungen zum Schutz grundrechtssensibler Bereiche einer schlüssigen Ordnungsidee. Auf die Stellungnahme des Verf. vom 14.2.2018, Rn. 59 f., 96, 98 wird Bezug genommen.

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?

Antwort: Die Anknüpfung des Schutzes von Berufsheimnisträgern an das Regelungsregime der StPO ist im Polizeirecht insgesamt nicht sinnvoll. Auf die Stellungnahme des Verf. vom 14.2.2018, Rn. 60, 96 wird Bezug genommen.

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

Antwort: Ja. Die Funkzellenabfrage betrifft eine Vielzahl unbeteiligter Personen und eignet sich in besonderer Weise zum Erstellen von Bewegungsbildern, weshalb ihr gegenüber anderen Maßnahmen der Verkehrsdatenabfrage eine besondere Eingriffsintensität zukommt. Auf die Stellungnahme des Verf. vom 14.2.2018, Rn. 74 wird ergänzend Bezug genommen.

h) Sind die vom BVerfG statuierten Unterrichtungspflichten ausreichend abgebildet?

Antwort: Ja.

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)?

Antwort: Die Einrichtung einer unabhängigen Stelle entspricht den Forderungen von BVerfGE 141, 220, 294.

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?

Antwort: Ja.

bb) Wie bewerten Sie die konkrete Ausgestaltung der Unabhängigkeit?

Antwort: Die konkrete Ausgestaltung der Unabhängigkeit ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, wenngleich einfachrechtlich eine andere, noch wirksamere Ausgestaltung denkbar wäre.

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

Antwort: Unter Praktikabilitätsgesichtspunkten dürfte diese Möglichkeit unverzichtbar sein. Auf die Stellungnahme des Verf. vom 14.2.2018, Rn. 71 wird Bezug genommen.

3. Zur Ergänzung polizeilicher Befugnisnormen:

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

Antwort: Die DNA-Analyse als erkennungsdienstliche Maßnahme wird nicht den erhöhten Anforderungen, die von Verfassung wegen an eine solche Ermächtigungsgrundlage zu stellen sind, gerecht. Auf die Stellungnahme des Verf. vom 14.2.2018, Rn. 7 f. wird Bezug genommen.

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

Antwort: Die Regelung der Meldeanordnung genügt nicht dem Kriminalvorbehalt des Art. 11 Abs. 2 Alt. 5 GG. Auf die Stellungnahme des Verf. vom 14.2.2018, Rn. 11 wird Bezug genommen.

- 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?

Antwort: Nein. Die Regelung begegnet unter Bestimmtheits- und Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten erheblichen Bedenken. Auf die Stellungnahme des Verf. vom 14.2.2018, Rn. 19 f. wird Bezug genommen.

- 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?

Antwort: Die Regelung berücksichtigt nicht die unterschiedliche Qualität und u. U. besondere Schutzbedürftigkeit der gespeicherten Daten. Es gibt keinen Grund, den Schutz besonders sensibler Daten hier zu versagen. Auf die Stellungnahme des Verf. vom 14.2.2018, Rn. 14 - 16 wird Bezug genommen.

- e) Ist Art. 25 Abs. 3 PAG-E eine verfassungsgemäße Rechtsgrundlage für diese Befugnis oder halten Sie ist einen Richtervorbehalt für erforderlich?

Antwort: Es gilt das unter oben d. Gesagte. Auf die Stellungnahme des Verf. vom 14.2.2018, Rn. 14 ff., 21 wird Bezug genommen.

- 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?

Antwort: Die Weiterung ist aus Praktikersicht zu begrüßen und verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Auf die Stellungnahme des Verf. vom 14.2.2018, Rn. 29 wird Bezug genommen.

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

Antwort: Art. 33 Abs. 1 Nr. 2 PAG-E dürfte aufgrund von Bestimmtheitsmängeln verfassungswidrig sein. Auf die Stellungnahme des Verf. vom 14.2.2018, Rn. 30 f. wird Bezug genommen.

- 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?

Antwort: Verfassungsrechtlich problematisch erscheint die Rechtsgrundlage nur, soweit sie den Einsatz von Bodycams in Wohnungen zum Schutz dritter Personen betrifft. Im Übrigen ist die Regelung nicht zu beanstanden. Auf die Stellungnahme des Verf. vom 14.2.2018, Rn. 32 wird Bezug genommen. Ob sich aus den Ergebnissen der AG Bodycam Änderungsbedarf ergibt, vermag der Verf. nicht einzuschätzen.

- 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?

Antwort: Die Verwendung automatisierter Erkennungs- und Auswertungssysteme erhöht beträchtlich die Eingriffsintensität informationeller Maßnahmen und ist daher nur unter qualifizierten Voraussetzungen zulässig. Art. 33 Abs. 5 genügt diesen Anforderungen nicht, Art. 61 Abs. 2 PAG-E dürfte hingegen unbedenklich sein. Auf die Stellungnahme des Verf. vom 14.2.2018, Rn. 33 f. wird Bezug genommen.

- 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?

Antwort: Einer ausdrücklichen Regelung bedarf es nur dann nicht, wenn die Ermächtigungsgrundlage der insoweit erhöhten Eingriffsqualität durch eine angemessene Anordnungsschwelle bereits Rechnung trägt *und* die Ermächtigungsnorm sich im Rahmen der verfassungsrechtlichen Schranke des betroffenen Grundrechts bewegt. Auf die Stellungnahme des Verf. vom 14.2.2018, Rn. 62, 78, 85 wird Bezug genommen.

- 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?

Antwort: Da der Einsatz von Sprengmitteln stets mit einer massiven Gefährdung unbeteiligter Personen verbunden ist (vgl. auch die hohen Strafdrohungen der §§ 308, 310 StGB), erscheint eine entsprechende Ermächtigung unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten jedenfalls in hohem Maße verfassungsrechtlich problematisch. Spezifische verfassungsgerichtliche Maßstäbe zu diesem Problem liegen - soweit ersichtlich - bislang nicht vor. BVerfGE 115, 118, 152 f. (Luftsicherheitsgesetz) lässt sich der allgemeine Gedanke entnehmen, dass das Inkaufnehmen der Tötung Unbeteiligter zur Abwehr einer Gefahr mit dem Menschenwürdegehalt des Rechts auf Leben nicht zu vereinbaren ist.

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

Antwort: Ja.

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

Antwort: Die Möglichkeit präventivpolizeilicher Opferschutzmaßnahmen ist zu begrüßen.

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?

Antwort: Da die Regelung auf einen bestimmten Kreis von möglichen Spurenverursachern begrenzt ist und im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsabwägung berücksichtigt werden kann, dass es sich bei den Betroffenen um Personen handelt, die in einem Sonderrechtsverhältnis stehen, dürfte die Regelung keinen Bedenken begegnen.

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 unterscheidet 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)?

Antwort: Die vom BVerfG vorgenommene Differenzierung - in die ergänzend als dritte Säule des Sicherheitsrechts noch das Recht der Strafverfolgung einzubeziehen ist - hat fundamentale Bedeutung für das Verständnis und die verfassungsgemäße Ausgestaltung der deutschen Sicherheitsarchitektur. Nach dieser Differenzierung stehen die Tätigkeiten der Nachrichtendienste, der Polizeien und der Strafverfolgungsbehörden grundsätzlich in einem komplementären Verhältnis. Dies bedeutet, dass Kompetenzüberschneidungen nach Möglichkeit zu vermeiden und ein funktionierender Datenaustausch zwischen den jeweiligen Bereichen zu gewährleisten ist. Auf diese Weise kann zudem die „Überwachungsgesamtbilanz“ möglichst grundrechtsschonend ausfallen. Die beabsichtigte weitere Ausdehnung der polizeilichen Tätigkeiten in das Gefahrenvorfeld durch den PAG-E läuft dem Konzept der komplementären Aufgabenwahrnehmung zuwider.

b) Welche verfassungsrechtliche Bedeutung kommt dabei dem Umstand zu, dass dem Verfassungsschutz als Nachrichtendienst keine exekutiv-polizeilichen Befugnisse zustehen (Art. 5 Abs. 2 BayVSG)?

Antwort: Gusy, Grundrechte und Verfassungsschutz, 2011, S. 2 f.: „Weil die Polizei vergleichsweise enge Ermittlungsspielräume hat, darf sie sehr weitgehende Mittel einsetzen. Weil hingegen die deutschen Nachrichtendienste sehr weitgehende Ermittlungsspielräume haben, sind ihnen ‚polizeiliche Befugnisse‘ gerade versagt. (...) Die Polizei darf weniger wissen und daher ihr Wissen auch zu sehr eingreifenden Maßnahmen gegen die Bürger verwenden. Die Nachrichtendienste dürfen mehr wissen und dieses Wissen daher weniger zu Lasten der Bürger einsetzen. Wer (fast) alles weiß, soll nicht alles dürfen; und wer (fast) alles darf, soll nicht alles wissen.“

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?

Antwort: In einem System komplementärer Aufgabenbereiche können, wenn es konsequent umgesetzt wird, die jeweiligen Befugnisse bereichsspezifischer zugeschnitten und damit insgesamt grundrechtsschonender begrenzt werden. So macht z. B. der Einsatz von V-Leuten im Bereich der Nachrichtendienste deutlich mehr Sinn als im Bereich der Gefahrenabwehr und der Strafverfolgung. Ein erhöhtes Schutzniveau ergibt sich ferner für personenbezogene Daten, deren Übermittlung an andere Behörden in einem komplementären System stets der besonderen Rechtfertigung bedarf. „Grundrechtliche Verschonungsinteressen erlangen (...) im arbeitsteiligen Modell

(...) ein relativ höheres Gewicht als dort, wo Informationsbeherrschungs- und Zwangsbefugnisse innerhalb einer Behörde zusammenfallen“ (Gárditz, EuGRZ 2018, 6, 12).

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?

Antwort: Die Kontrolle durch parlamentarisch bestellte Organe wirkt sich insbesondere in Gestalt einer defizitären öffentlichen Kenntnis über die Tätigkeit der Nachrichtendienste (und eines dadurch bedingten Vertrauensmangels) sowie einer defizitären durch die Rechtsprechung veranlassten Rechtsentwicklung aus. Entsprechend leidet das Recht der Nachrichtendienste insgesamt an einer mangelhaften dogmatischen Struktur und Durchdringung.

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?

Antwort: Dass der Bereich der nachrichtendienstlichen Tätigkeit aus dem Anwendungsbereich von EU-Recht ausgenommen ist, stellt nach Kenntnis des Verf. eher die Regel dar. Dies unterstreicht, dass an das Recht der Nachrichtendienste wegen deren besonderen Aufgabenzuschnitts nicht dieselben Maßstäbe angelegt werden kann wie an das Polizei- und Strafverfolgungsrecht.

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)?

Antwort: Nach den Ausführungen des BVerfG handelt es sich beim Grundsatz der hypothetischen Datenneuerhebung um eine Ausprägung des Zweckbindungsgrundsatzes, die grundsätzlich bereichsübergreifend für jede hoheitliche Verarbeitung personenbezogener Daten gilt, die durch eingriffsintensive Maßnahmen erlangt wurden. In der Rechtsprechung des BVerfG ist allerdings auch der Gedanke angelegt, dass das Eingriffsgewicht der Datenweiterverarbeitung als geringer anzusehen sein kann als das der Datenerhebung, da der spezifische Erhebungseingriff nicht mehr erforderlich ist (vgl. BVerfGE 109, 279, 378). Umgekehrt kann sich allerdings durch ein Zusammenführen personenbezogener Daten aus verschiedenen Quellen das Eingriffsgewicht der Weiterverarbeitung auch erhöhen (vgl. nur BVerfGE 115, 320). Nach diesen Maßstäben verringert sich zweifellos das Eingriffsgewicht durch das Herausfiltern kernbereichsrelevanter Daten vor der Übermittlung. Außerdem sprechen diese Maßstäbe gegen eine schematische Anwendung des Grundsatzes der Datenneuerhebung, zumal dieser - verstanden als Automatismus - zwangsläufig zu einer Ausdehnung der Datenerhebungsbefugnisse in allen Bereichen des Sicherheitsrechts

auf den größten gemeinsamen Nenner führen muss, um eine möglichst barrierefreie Datenübermittlung zu gewährleisten.

- 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?

Antwort: Das Eingriffsgewicht einer Überwachungsmaßnahme ist nach einer nicht abgeschlossenen Vielzahl von Parametern zu bestimmen, u. a. der Gesamtmenge erhobener Daten, der Streubreite der Maßnahme und der Art der Daten (vgl. näher *Löffelmann*, in: Dietrich/Eiffler, Handbuch des Rechts der Nachrichtendienste, 2017, Teil VI § 3 Rn. 5 m. zahlr. w. N.). Durch das Verdichten und Aufbereiten von Daten verringert sich die Menge der verarbeiteten Daten und die Streubreite der Maßnahme, andererseits erhöht sich der Aussagegehalt der Daten. Der spezifische Erhebungseingriff kommt auf dieser Stufe nicht mehr zum Tragen. Grundsätzlich verringert sich bei separater Betrachtung das Gewicht einer nachfolgenden Datenverarbeitung gegenüber der Ersterhebung (so auch *Gärditz*, EuGRZ 2018, 6, 12), wenngleich es sich in der Summe im Sinne der Rechtsprechung des BVerfG um eine weitere „Vertiefung“ des Ersteingriffs handelt. In bestimmten Fällen kann der Weiterverarbeitung allerdings auch eine neue eigenständige Eingriffsqualität zukommen, dann nämlich, wenn Daten aus verschiedenen Quellen zusammengeführt werden und sie dadurch eine neue Aussagekraft erhalten.

- cc) In welchem Verhältnis steht der Grundsatz der hypothetischen Datenneuerhebung des BKAG-Urteils zum informationellen Trennungsprinzip des ATDG-Urteils (BVerfGE 133, 277 Rn. 123)?

Antwort: Der Grundsatz der hypothetischen Datenneuerhebung stellt eine Ergänzung des informationellen Trennungsprinzips dar, die verhindern soll, dass dieses unterlaufen wird. Beide Prinzipien folgen aus dem Grundsatz der Zweckbindung. Zu beachten ist, dass sich der Grundsatz der hypothetischen Datenneuerhebung - anders als der strafprozessuale Grundsatz des hypothetischen Ersatzeingriffs, dem er nachgebildet ist - ausschließlich auf spezifisch verfassungsrechtliche Eingriffsschwellen bezieht, was bei der Umsetzung in einfaches Recht dem Gesetzgeber einen größeren Gestaltungsspielraum eröffnet (vgl. BVerfGE 141, 220, 327 f.).

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

Antwort: Dass die Beschränkung in Art. 15 Abs. 2 S. 2 BayVSG auf ein zwingendes verfassungsrechtliches Gebot zurückgehe, ist nicht erkennbar. Die Beschränkung folgt derjenigen in § 8a Abs. 2 S. 2 BVerfSchG. Hintergrund der Einschränkung war dort die Überlegung, dass die nach § 8a BVerfSchG zu erlangenden Daten die Grundlage für die Erstellung von Bewegungsprofilen und Gewinnung von Erkenntnissen über persönliche Kontakte bilden können und deshalb über eine besondere Eingriffsintensität verfügen. Insgesamt ist die Rechtslage hierzu in Bund und Ländern uneinheitlich, weshalb eine schlüssige und homogene Rechtslage angestrebt werden sollte.