

Stellungnahme im Rahmen der Anhörung des Ausschusses 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)

Vorbemerkung:

Der Gesetzentwurf zur Neuordnung des bayerischen Polizeirechts dient zum einen der Umsetzung verfassungsgerichtlicher und unionsrechtlicher Vorgaben sowie zum anderen einer Ergänzung der polizeilichen Befugnisse.

1) Umsetzung verfassungsgerichtlicher/unionsrechtlicher Vorgaben: Der Gesetzentwurf ist nicht nur der ausdrücklichen Zielsetzung nach, sondern auch in der Sache von dem ersichtlichen Bemühen getragen, den sich zum einen aus dem BKAG-Urteil des BVerfG sowie zum anderen aus der RL (EU) 2016/680 ergebenden Umsetzungsnotwendigkeiten Rechnung zu tragen und die einzelnen Vorgaben getreulich umzusetzen.

Der bayerische Gesetzgeber steht hierbei vor einer schwierigen Aufgabe:

Das BKAG-Urteil setzt den vorläufigen Schlusspunkt einer Rechtsprechungsreihe, in der das BVerfG dem Polizeirechtsgesetzgeber ungewöhnlich dichte und bis ins Detail der einfachgesetzlichen Dogmatik hinabsteigende Vorgaben gemacht hat, die bisweilen geradezu ersatzgeberische Züge tragen und den zur Umsetzung verpflichteten Gesetzgeber in ein sehr enges Korsett zwingen. Hierfür ist die Senatsmehrheit – sowohl in den Sondervoten (BVerfGE 141, 122/354, 363: „überzogene Anforderungen“) wie in der Literatur (z.B. Gärditz, in Menzel/Müller-Terpitz (Hrsg.), Verfassungsrechtsprechung, 3. Aufl. 2017, 988 ff.: „verfassungsdogmatischer Overkill“; Lindner/Unterreitmeier, DÖV 2017, 90/92: „in einer Detailschärfe, dass dem Gesetzgeber kaum noch Gestaltungsspielräume verbleiben“, „Bundesverfassungsgericht als Sicherheitsgesetzgeber“) nicht zu Unrecht kritisiert worden. Die Vorgaben des BVerfG verstärken die Tendenz zu einer immer detaillierteren, überbordenden Durchnormierung eines jeden Aspekts des polizeilichen Umgangs mit Daten, der vordergründig zwar zu einer größeren inhaltlichen Bestimmtheit der polizeilichen Eingriffsbefugnisse, tatsächlich aber auch zu einer immer unübersichtlicheren und schwerer lesbaren und verständlichen Gestalt des Polizeirechts geführt hat. Das immer raumgreifendere Recht der informationellen Polizeibefugnisse steht nicht nur in einem auffallenden Kontrast zur lapidaren Kürze des (ob seiner rechtsstaatlichen Gestalt vielgepriesenen) klassischen (aktionellen) Polizeirechts, es stößt in seinem Perfektionismus der Durchnormierung des polizeilichen Umgangs mit Daten auch zunehmend an die Grenzen des Normierbaren (vgl. auch die allgemeine Kritik bei Bull, JZ 2017, 797). Ich habe bereits seit längerem

(vgl. Möstl, DVBl. 2007, 581/586) die Befürchtung, dass das polizeiliche Informationsrecht infolge der immer höher geschraubten Bestimmtheitsanforderungen in eine dogmatische Sackgasse gerät, und der vorliegende Entwurf bestätigt diese Befürchtung leider mehr, als er sie entkräftet: Das Recht der polizeilichen Ermittlungs- und Datenverarbeitungsbefugnisse erhält eine Gestalt, die – trotz allen Bemühens um normenklare Regelung, um vor und hinter die Klammer gezogene Verallgemeinerungen (z.B. Art. 30, 49 PAG-E), um neue Leitbegriffe (drohende Gefahr) etc. – nach Umfang und Komplexität selbst für einen mit der Materie noch einigermaßen vertrauten „Spezialisten“ nur noch schwer überschaubar ist; ich bin mir nicht sicher, wie effektiv solchermaßen komplexes Recht die Praxis zu steuern imstande ist. All dies ist jedoch – wie besonders zu betonen ist – keineswegs die Schuld des bayerischen Gesetzgebers, sondern letztlich die unausweichliche Konsequenz einer vom BVerfG vorgegebenen und in seiner langen Rechtsprechungsreihe zu den polizeirechtlichen Ermittlungsbefugnissen zunehmend verfestigten Linie an Vorgaben.

Hinzu kommen nun auch noch die Anforderungen der RL (EU) 2016/680. Das Problem für den Umsetzungsgesetzgeber ist dabei, dass Ansatzpunkt und Stoßrichtung des Datenschutzes in dieser Richtlinie durchaus anders gelagert sind, als wir das vom deutschen polizeilichen Datenschutzrecht (und seinen verfassungsrechtlichen Vorgaben) her gewöhnt sind. Dogmatischer Dreh- und Angelpunkt des deutschen polizeilichen Datenschutzrechts ist zuallererst die normenklare Fassung und (hinsichtlich Einschreitschwellen, erfasstem Personenkreis; Anordnungs-kompetenz etc.) verhältnismäßige Ausformung der (nach den unterschiedlichen Maßnahmetypen differenziert zu regelnden) einzelnen polizeilichen Datenerhebungsbefugnisse; auch die weitere Datenverwendung knüpft dogmatisch wesentlich an diese an (wie insbesondere daran ersichtlich ist, dass der hier entscheidende Zweckbindungsgrundsatz vom BVerfG im Sinne eines Grundsatzes der hypothetischen Datenneuerhebung ausbuchstabiert wird, vgl. Rusteberg, KritV 2017, 26/31); und auch übergreifende Anforderungen wie z.B. der Kernbereichsschutz sind vom BVerfG zunächst differenziert für unterschiedliche Eingriffstypen entwickelt worden. Was in diesem Sinne an materiellen Kriterien für das deutsche Recht wesentlich ist, spielt in der Richtlinie hingegen eine nur ganz untergeordnete Rolle: Die materiellen Anforderungen an die Datenverarbeitung (Eingriffsvoraussetzungen) sind z.B. in Art. 8 der RL nur ganz schwach ausgeformt („wenn und soweit diese Verarbeitung für die Erfüllung einer Aufgabe erforderlich ist, die von der zuständigen Behörde zu den in Art. 1 Abs. 1 genannten Zwecken wahrgenommen wird“); nicht ansatzweise wird hier nach Eingriffstiefe und Eingriffsschwellen differenziert, wie das für das deutsche Recht typisch ist; Hintergrund dürfte sein, dass auch das Recht vieler Mitgliedstaaten die polizeilichen Datenerhebungsbefugnisse nur wesentlich weniger perfektionistisch regelt, als wir das von Deutschland gewohnt sind. Und auch der Zweckbindungsgrundsatz ist in der RL wesentlich weicher ausgeformt (vgl. Art. 4 Abs. 1 lit. b: „für festgelegte, eindeutige und rechtmäßige Zwecke erhoben und nicht in einer mit diesen Zwecken nicht zu vereinbarenden Weise verarbeitet werden“), als dies das BVerfG nunmehr mit dem Grundsatz der hypothetischen Datenneuerhebung festgezurr hat. Für das deutsche Recht wesentliche Schutzmechanismen wie z.B. der Kernbereichsschutz, Richtervorbehalte etc. fehlen völlig. Während also die für das deutsche Polizeirecht kennzeichnenden differenzierten Eingriffsbefugnisse in der Richtlinie weitgehend abwesend sind, setzt die Richtlinie umgekehrt auf bestimmte – eher horizontal und strukturell wirkende – Techniken des Datenschutzes, die bislang im deutschen polizeilichen Datenschutzrecht nur eine untergeordnete Rolle spielen und insbesondere an der Qualität und Validität der Daten ansetzen (z.B. Art. 6, 7, 10), Verfahrensanforderungen statuieren (z.B. Datenschutz-Folgeabschätzung, Art. 27) oder Rechte der Betroffenen ausgestalten (Art. 12 ff.).

Für den in das Korsett sowohl der bundesverfassungsgerichtlichen als auch der unionsrechtlichen Vorgaben eingezwängten bayerischen Polizeirechtsgesetzgeber ergibt sich angesichts dieser Unterschiedlichkeit das Problem, dass er die – andersartigen – Datenschutzkonzepte des BVerfG und der Richtlinie eigentlich nur kumulativ normieren kann – was den Datenschutz weiter stärkt, freilich aber die Komplexität der

Normierung und Fülle der von der Polizei zu beachtenden Maßgaben noch weiter erhöht. Die problematische Tendenz einer immer stärker überbordenden Durchnormierung der polizeilichen Datenverarbeitung wird weiter verschärft.

Ich schicke all dies voraus, weil ich vorab drei Punkte klarstellen möchte:

a) Zunächst: Die Fülle und Komplexität der vorliegenden Vorschläge führt auch den als „sachverständig“ Geladenen an Grenzen. Ich kann bei der nachfolgenden Beurteilung nicht ausschließen, dass mir – bei der mir zu Verfügung stehenden (begrenzten) Zeit der Einarbeitung – Fehler unterlaufen sind oder dass ich Dinge übersehen habe.

b) Sodann: Über viele Details einer so komplexen Regelung wird man natürlich diskutieren können; Verbesserungspotential gibt es immer. Angesichts der ohnehin schon gewaltigen Fülle und Detailliertheit der Regelung bin ich jedoch skeptisch, wenn gefordert werden sollte, etwaige Streitfragen oder offene Punkte dadurch zu lösen, dass man noch einmal eingehendere oder zusätzliche Regeln fordert. Tendenziell werde ich bei offenen Fragen unionsrechts- oder verfassungskonforme Auslegungen befürworten, die die Regelungsmasse nicht noch weiter aufblähen.

c) Schließlich: Ich stütze meine Einschätzungen natürlich auf die geltenden Vorgaben des Unions- und Verfassungsrechts, auch wenn meine Vorbemerkung deutlich gemacht haben dürfte, dass ich die Kumulation dieser (schon je für sich weitreichenden) Vorgaben mit einer gewissen Sorge sehe. An sich wäre die Implementierung der (eher strukturellen) Vorgaben des Unionsrechts ein guter Anlass gewesen, die überkommenen Regelungsmuster des (auch im europäischen Vergleich) extrem ausdifferenzierten und perfektionistischen deutschen Eingriffsrechts ein Stück weit auf den Prüfstand zu stellen. Eben dies ist jedoch unmöglich, weil die Regelungsstruktur des deutschen Rechts der polizeilichen Ermittlungsbefugnisse vom BVerfG weiter zementiert worden ist. Was das deutsche Polizeirecht groß gemacht hat – auf klaren Prinzipien beruhende, aber weit gefasste Eingriffsermächtigungen (man denke an die Generalklausel), die dann von der Praxis und insbesondere von der fachgerichtlichen Judikatur kleingearbeitet und konkretisiert werden, fehlt im Recht der polizeilichen Ermittlungsbefugnisse fast völlig. Stattdessen hat das BVerfG die bei heimlichen Maßnahmen freilich strukturell erschwerte fachgerichtliche Nachprüfung dadurch zu kompensieren versucht, dass es auf immer detailliertere gesetzliche Normierungen gesetzt hat. Diesen Teufelskreis müsste man eigentlich durchbrechen (d.h. Ermöglichung von mehr fachgerichtlicher Nachprüfung bei gleichzeitiger Lockerung der Kleinteiligkeit der gesetzlichen Vorgaben). Hierzu ist indes nicht der bayerische Gesetzgeber imstande, der an die Vorgaben des BVerfG gebunden ist und dem man es nicht vorwerfen kann, dass er diese im Einzelnen getreulich umsetzt.

2) Neben der Umsetzung von Vorgegebenem dient der Gesetzentwurf auch der Ergänzung und noch effektiveren Ausgestaltung polizeilicher Befugnisse; erneut stehen Ermittlungs- und Datenerhebungsbefugnisse im Vordergrund. Man kann es meines Erachtens im Grunde nicht beanstanden, sondern es ist im Gegenteil sogar ein prinzipiell aus dem verfassungsrechtlichen Sicherheitsgewährleistungsauftrag (Art. 99 BV) folgendes Gebot, dass die Polizeibefugnisse mit den jeweils zur Verfügung stehenden technischen Möglichkeiten und einsatztaktischen Erkenntnissen Schritt halten. Dass der Gesetzentwurf neuartige Regelungen enthält, die von Bodycams, über die Durchsuchung von Speichermedien, intelligente Videotechnik bis zum Drohneneinsatz reichen, ist vor diesem Hintergrund aus meiner Sicht noch kein Anlass zur Sorge. Dass (wegen der nach herrschender Lesart rechtsstaatlichen Pflicht, jeden neuen Maßnahmetyp, mit eigenständigen normenklaren Eingriffsermächtigungen zu versehen, s.o.) das PAG um zusätzliche Überwachungsbefugnisse angereichert wird, muss nicht unbedingt auf ein insgesamt höheres Überwa-

chungs niveau hindeuten. Vielmehr können effektive, zielgenau eingesetzte moderne Ermittlungsbefugnisse weniger effektive herkömmliche Maßnahmen mit u.U. größerer Streubreite auch ersetzen und entbehrlich machen. Ich habe insgesamt nicht den Eindruck, dass etwaige aus der Digitalisierung (mit der ihr eigenen Produktion gewaltiger Datenmengen) folgende Gefahren eines totalen Erfasstseits der Person heutzutage gerade von der Polizei ausgehen; bei der gegenwärtigen, punktuell wirkenden und an qualifizierte Eingriffsschwellen gebundenen Ausgestaltung (auch der neuen) polizeilichen Eingriffsbefugnisse besteht m.E. kein Grund, das Szenario einer Art Totalüberwachung an die Wand zu malen. Freilich müssen die neuen Eingriffsbefugnisse rechtsstaatlichen Standards genügen und ist es, auch wo Leitlinien des BVerfG noch fehlen, die – ohne weiteres bewältigbare – Aufgabe des Gesetzgebers, tatbestandliche Voraussetzungen und rechtliche Maßgaben zu definieren, die sich stimmig in das einfügen, was das BVerfG zu vergleichbaren Maßgaben judiziert hat. Ein prinzipielles Problem kann ich daran nicht erblicken. Ich kann in dem Gesetzentwurf auch keine problematische Tendenz zur Absenkung von Eingriffsschwellen erkennen. Dass Befugnisse der rein informationellen Gefahraufklärung im Vorfeld konkreter Gefahren (die dann zum Einschreiten ermächtigen) ansetzen, ist sachlich und logisch zwingend und kein Ausdruck einer Absenkung von Eingriffsschwellen. Und wenn der Gesetzgeber (auch bei einriffsintensiven Maßnahmen) nunmehr auf breiterer Front auch auf die Eingriffsschwelle der drohenden Gefahr zurückgreift, so bewegt er sich damit im Grunde auf verfassungsrechtlich sicherem Boden, weil das BVerfG diese Schwelle im BKAG-Urteil ja ausdrücklich als für solche Maßnahmen geeignet entwickelt und näher definiert hat. Im Übrigen ist mit dieser Schwelle, wie ich an dieser Stelle bereits vor einem Jahr in der Anhörung zum Gesetzentwurf zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen (Drs. 17/16299) ausgeführt habe, jedenfalls keine sehr weitgehende Vorverlagerung verbunden, da man die mit dieser Schwelle beschriebenen Fälle nach früherer, großzügigerer Lesart des Begriffs der konkreten Gefahr (von der das BVerfG im Polizeibereich jedoch abgewichen ist, indem es schärfere Anforderungen an die konkrete Vorhersehbarkeit des Kausalverlaufs gestellt hat) wohl in der Regel ohnehin noch als Fall der konkreten Gefahr begriffen hätte.

Zum Fragenkatalog

A.

1. Die Richtlinie scheint mir bei überschlägiger Beurteilung ausreichend umgesetzt. Man kann vielleicht sagen, dass die Umsetzung – z.B. was die in Art. 30 PAG-E erfolgte Umsetzung der Art. 6,7, 10 der RL betrifft – tendenziell auf das unbedingt Nötige beschränkt ausfällt; dies ist aber verständlich, da das deutsche Recht mit seinen detaillierten, differenzierten Eingriffsermächtigungen, wie dargelegt, sein eigenes – unionsrechtlich nicht zwingendes und über das Schutzniveau anderer Mitgliedstaaten tendenziell hinausgehendes – Schutzkonzept verfolgt, so dass es folgerichtig ist, hinzukommende andersartige unionsrechtliche Anforderungen nur soweit umzusetzen, wie unbedingt nötig. Art. 30 Abs. 2 PAG-E, der die Verarbeitung besonderer Kategorien von Daten insbesondere an eine anderenfalls wesentliche Erschwerung der polizeilichen Aufgabenerfüllung (Nr. 1) oder an qualifizierte Eingriffsschwellen (Nr. 2) knüpft, beinhaltet m.E. eine vertretbare Umsetzung des Kriteriums „unbedingt erforderlich“ im Sinne des Art. 10 RL; jedenfalls ist eine richtlinienkonforme Handhabung möglich; Gleiches gilt für die von der RL geforderten besonderen Garantien, die bei Datenverarbeitungsvorgängen vor allem in einer auf Art. 10 RL ausreichend bedacht nehmenden Ermessensbetätigung abzarbeiten sein dürften (die in Art. 30 Abs. 2 ausreichend und unionsrechtskonform handhabbar angelegt ist) und bei der auch nicht außer Betracht bleiben darf, welche besonderen – unionsrechtlich nicht geforderten – Schutzvorkehrungen des Persönlichkeitsrechtsschutzes (z.B. Kernbereichsschutz) das deutsche Recht kennt. Die Regeln zur Datenlöschung (Art. 62 PAG-E) scheinen mir im Einklang mit Art. 16 RL, dessen Abs. 3 Spielraum für verhältnismäßige Einschränkungen bietet.

Dass das Instrument der Errichtungsanordnung als bewährtes Instrument beibehalten wird, ist zu begrüßen; ebenso scheint es plausibel, es mit der unionsrechtlich geforderten Folgenabschätzung zu verbinden.

2. Die Maßgaben des BVerfG für eingriffsintensive heimliche Ermittlungsbefugnisse scheinen mir bei überschlüssiger Beurteilung ausreichend umgesetzt.

a)

aa) Dies gilt zunächst für die Richtervorbehalte, die z.B. neu in Art. 36 PAG-E (Maßnahmen unter Einsatz besonderer Mittel der Datenerhebung) eingefügt wurden. Eine (partielle) Erstreckung des Richtervorbehalts auf die Maßnahmen nach Abs. 1 Nr. 2 a) und b) ist m.E. nicht nötig; sollten solche Maßnahmen im Einzelfall aufgrund besonderer Umstände (z.B. Dauer) eine Intensität erreichen, dass sie nach den Kriterien des BVerfG in eine Art Observation umschlagen ausnahmsweise ein Richtervorbehalt nötig werden könnte, ist dem durch eine einschränkende Auslegung der Nr. 2 a) und b) Rechnung zu tragen.

bb) Die Neuausrichtung der polizeilichen Befugnisnormen hin zu einer konsequent rechtsgüterschutzorientierten Ausgestaltung bei gleichzeitiger Abschaffung der bisherigen Straftatenkataloge entspricht einer Forderung des BVerfG, das den Polizeirechtsgesetzgeber bereits mehrfach zu einer solchen Ausgestaltung gedrängt hat (z.B. BVerfGE 122, 120/142; 125, 260/329), auch wenn es im BKAG-Urteil letztlich sehr wohl auch auf die Verhütung von Straftaten bezogene Ermittlungsbefugnisse akzeptieren musste. Ich habe persönlich nie verstanden, woher das BVerfG seine Erkenntnis genommen hat, dass präventivpolizeiliche Normen rechtsgüterschutz- und nicht straftatenbezogen ausgestaltet sein sollten (vgl. bereits meine Kritik in Möstl DVBl. 2010, 808/811 ff.; Möstl., in BeckOK PolSichRBay, Systematische Vorbemerkungen, Rn. 12.1.). Im demokratischen Rechtsstaat ist Gefahrenabwehr zuallererst die präventive Durchsetzung der geschriebenen Rechtsordnung (die Unversehrtheit der Rechtsordnung ist das vorrangige Schutzgut öffentlicher Sicherheit); eigenständiger Rechtsgüterschutz (unter Absehung von ausdrücklichen geschriebenen Verhaltensnormen) ist demgegenüber zwar subsidiär möglich, aber keineswegs rechtsstaatlich vorzugswürdig. Gerade das bayerische Polizeirecht hat hierauf immer gepocht und bezieht die Generalklausel auch heute noch zuallererst auf die Verhütung und Unterbindung von Straftaten (vgl. Art. 11 Abs. 2 Nr. 1 PAG); auch beim Datenerhebungsrecht wird weiterhin auf die „vorbeugende Bekämpfung von Straftaten“ gesetzt (Art. 31 Abs. 1 Nr. 1 a PAG-E). Eine (ansonsten) konsequent rechtsgüterschutzbezogene Ausrichtung der polizeilichen Ermittlungsbefugnisse ist nach meiner Einschätzung zwar möglich (und durch das BVerfG nahegelegt), sie bricht in gewisser Weise jedoch mit der Tradition des bayerischen Polizeirechts (die konsequent rechtsgüterschutzbezogene Ausrichtung des Polizeirechts ist eigentlich preußisches Erbe). Auch einen rechtsstaatlichen Vorteil kann ich darin nicht prinzipiell erkennen, außer dass – und das ist zugegebenermaßen auch schon etwas – die Lesbarkeit der Normen erleichtert wird, weil Verweise auf lange Straftatenkataloge vermieden werden (an deren Stelle allerdings der Verweis auf den Rechtsgüterkatalog des Art. 11 Abs. 3 Satz 2 PAG tritt).

b) In der Verwendung der Eingriffsschwelle der drohenden Gefahr (auch) für eingriffsintensive Ermittlungsbefugnisse sehe ich keine problematische Herabsenkung der Anforderungen. Ich kann insoweit auf das verweisen, was bereits in der Vorbemerkung unter 2) gesagt wurde. Das BVerfG hat diese Schwelle für genau solche Befugnisse entwickelt, für die sie nun eingesetzt werden soll. Es handelt sich um Fälle, die man bei großzügigerer Auslegung des Begriffs der konkreten Gefahr (wie sie früher üblich war) sogar noch unter diesen Begriff fassen könnte; das BVerfG zieht den Begriff nun enger, gestattet im Gegenzug aber eine geringfügige Vorverlagerung in den Bereich, den der bayerische Gesetzgeber nun – unter Heranziehung der Umschreibungen, wie sie das BVerfG verwendet hat – als drohende Gefahr bezeichnet. Eine andere Frage ist es, ob der Kreis der zu schützenden bedeutenden Rechtsgüter (i.S.d. Art. 11 Abs. 3 Satz 2 PAG) immer hinreichend eingegrenzt ist. Das kann nur in Blick auf jede Befugnisnorm einzeln genauer

untersucht und beantwortet werden. Auf's Ganze gesehen scheint mir der Versuch unternommen worden zu sein, eine angemessen differenzierte Regelung zu treffen.

c) Die Ausgestaltung von Zweckbindung/-änderung und hypothetischer Datenneuerhebung ist – in der Aufspaltung auf Art. 48 und 53 PAG-E neu sowie der Unterdifferenzierung innerhalb Art. 48 PAG-E (außer bzgl. Wohnungs- und Onlinedurchsuchung, wo besondere Regeln unausweichlich sind) – relativ kompliziert geraten, obwohl – wenn ich es richtig sehe – eigentlich alle Regeln ungefähr auf das Gleiche hinauslaufen, nämlich dass eine Verwendung innerhalb des gleichen Zwecks (wenn auch in einem anderen Verfahren) ohne weiteres möglich und eine Zweckänderung ansonsten an den Grundsatz der hypothetischen Datenneuerhebung gebunden ist (Unterschiede gibt es in prozeduralen Fragen). Bei Art. 48 Abs. 1 PAG-E bin ich mir nicht sicher, ob eigentlich hinreichend zum Ausdruck kommt, dass es dasselbe (und nicht nur irgendein in der genannten Befugnisnorm genanntes) Rechtsgut sein muss, auf das sich die (nicht zweckändernde) Weiterverwendung bezieht; das schadet im Ergebnis jedoch nicht, da in Bezug auf ein anderes in der Befugnisnorm genanntes Rechtsgut ja jedenfalls der Grundsatz der hypothetischen Datenneuerhebung greifen und ohne weiteres auch eine Zweckänderung rechtfertigen würde. Ich halte es, da die polizeilichen Befugnisnormen durchgehend auf „die Polizei“ abstellen, für folgerichtig, für die Frage der Behördenidentität bei nicht zweckändernden Weiterverwendungen (Art. 48 Abs. 1 PAG-E) auf die Polizei insgesamt (und nicht auf irgendwelche – dann notgedrungen etwas willkürlich gewählt erscheinende – Untergliederungen) abzustellen. Der Grundsatz der hypothetischen Datenneuerhebung ist vom BVerfG eigentlich nur für aus besonders eingriffsintensiven Maßnahmen gewonnene Daten postuliert worden (vgl. Rn. 287 des BKAG-Urteils), so dass der bayerische Gesetzgeber (wie auch der Bundesgesetzgeber im neuen BKAG) über das verfassungsrechtlich Zwingende – und auch das unionsrechtlich Geforderte (!) – hinausgeht, wenn er in Art. 53 Abs. 2 PAG-E durchgehend (auch für aus weniger eingriffsintensiven Maßnahmen gewonnene Daten) auf diesen Grundsatz abstellt. Vielleicht wäre zu überlegen gewesen – v.a. wenn man ohnehin schon zwischen Maßnahmen unterschiedlicher Eingriffsschwere in Art. 48 und 53 PAG-E differenziert – in Art. 53 PAG nur den Maßstab anzulegen, der vom Unionsrecht vorgegeben wird (vgl. Art. 4 RL: keine unvereinbaren Zwecke).

d) Das Gebot der hinreichenden Bestimmtheit ist nach meinem Eindruck (ohne eine Detailprüfung angestellt zu haben) ausreichend erfüllt. Dass ich den hochgeschraubten Bestimmtheitsanforderungen des BVerfG skeptisch gegenüberstehe, da diese auch zu immer komplexeren und schwerer lesbaren Normen führen und so das Ziel der Normenklarheit auch zu konterkarieren drohen, habe ich bereits in meiner Vorbemerkung zum Ausdruck gebracht.

e) Die nunmehr hinter der Klammer übergreifend geregelten Bestimmungen zum Kernbereichsschutz und zum Schutz von Vertrauensverhältnissen scheinen mir einwandfrei. Die Quellen-TKÜ erachte ich, ohne dass es einer gesetzlichen Klarstellung bedürfte, für ausreichend mit einbezogen.

f) Eine Differenzierung nach unterschiedlichen Gruppen von Berufsheimnisträgern mit dem Ergebnis eines unterschiedlich strikten Schutzes in der Art z.B. des § 62 BKAG-neu wäre auch nach dem Urteil zum BKAG weiter zulässig.

g) Ohne mit den besonderen Bewandnissen der Funkzellenabfrage vertraut zu sein, habe ich den Eindruck, dass es sich bei ihr um einen Eingriff in den Telekommunikationsbereich handelt, der von den allgemeinen Befugnissen hierzu mitabgedeckt ist. Hiervon geht offenbar auch die Entwurfsbegründung aus. Mir sind keine Gründe ersichtlich, die die Funkzellenabfrage gegenüber anderen Eingriffen in den Telekommunikationsbereich so heraushöbe, dass hierfür eine gesonderte Eingriffsgrundlage nötig wäre. Mei-

ne allgemeine Skepsis gegenüber einer immer weiter perfektionierten Aufgliederung in jeweils normenklar zu regelnde Einzelbefugnistypen habe ich bereits zum Ausdruck gebracht. Nicht jede Differenzierung, zu der sich ein anderer Gesetzgeber (StPO) durchgerungen hat, ist verfassungsrechtlich zwingend.

h) Mir ist nicht ganz klar, was mit Unterrichtspflichten im Sinne der Frage gemeint ist. Soweit es um die Benachrichtigungspflichten nach Art. 50 PAG-E gehen soll, kann ich keine Bedenken gegen die gefundene Ausgestaltung erkennen. Was die parlamentarische Kontrolle und Unterrichtung der Öffentlichkeit angeht, halte ich die in Art. 52 PAG-E getroffene Regelung die zwischen einer eingehenderen Unterrichtung des Parlamentarischen Kontrollgremiums (das seinerseits dem Landtag berichtet) und einer reduzierten Information der Öffentlichkeit unterscheidet, für sinnvoll. Die von BVerfG in Rn. 143 des BKAG getroffenen Aussagen zu einer „gehaltvollen“ Information von Parlament und Öffentlichkeit sollten nicht überzogen werden; zu bedenken ist, dass das BVerfG in anderen Kontexten (z.B. bei parlamentarischen Anfragen an die Regierung) im Sicherheitsbereich den legitimen Geheimhaltungsinteressen des Staates unter dem Aspekt des Staatswohls einen durchaus bedeutenden Rang beimisst. Diese können auch hier eine differenzierte Information von PKG, Landtag und Öffentlichkeit rechtfertigen, wie sie in Art. 52 PAG-E angelegt ist. Im Anwendungsbereich des Art. 13 GG könnte aufgrund von dessen Abs. 6 jedoch eine strengere Regelung (Unterrichtung unmittelbar des Landtags) erforderlich sein, es sei denn man geht von einer im Ergebnis „gleichwertigen“ parlamentarischen Kontrolle aus, wie sie Art. 13 Abs. 6 GG in Bezug auf die Länder fordert.

i) Die Ausgestaltung der unabhängigen Sichtsstelle halte ich für einwandfrei. Die unabhängige Stelle muss nicht zwingend bei der Judikative angesiedelt sein, sie kann sich in begrenztem Umfang auch des Sachverständigen von Ermittlungspersonen bedienen; ihre Unabhängigkeit scheint mir ausreichend abgesichert (geringfügig strenger insoweit Brodmerkel, BayRVR vom 19.12.2017).

3.

a) Über die praktische Notwendigkeit von DNA-Analysen als erkennungsdienstliche Maßnahmen kann ich nichts sagen. Sie scheint mir aber hinsichtlich Voraussetzungen (Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut; Subsidiarität gegenüber anderen erkennungsdienstlichen Maßnahmen), Verfahren (Richtervorbehalt, Arzt) und Folgen (Vernichtungspflicht bei Wegfall der Voraussetzungen) an hinreichend enge Maßgaben geknüpft, um von einer verfassungskonformen Ausgestaltung ausgehen zu können.

b) Ich kann keine verfassungsrechtlichen Einwände gegen die Statuierung der Meldeauflagen erkennen. Sollte im Einzelfall Art. 11 GG berührt sein, ist dessen Schrankenregelung zu beachten und die Befugnis ggf. verfassungskonform einzuschränken. Hieraus dürfte sich aber kaum eine praktische Einschränkung ergeben, da es bei (drohenden) Gefahren für bedeutende Rechtsgüter fast immer auch darum gehen wird, „Straftaten vorzubeugen“, wie es Art. 11 Abs. 2 GG verlangt.

c) Der VGH hat auf der Basis des geltenden Rechts überzeugend verneint, dass die Sicherstellung unbarer Vermögensrechte auf Art. 25 PAG (direkt oder analog) gestützt werden darf; schwerer verständlich ist, warum er nicht zumindest vorübergehend den Rückgriff auf die Generalklausel erlaubt hat. Der Gesetzgeber darf hierauf reagieren und eine entsprechende ausdrückliche Befugnis schaffen.

d) In Bezug auf die Rechtsgrundlage für den Zugriff auf räumlich getrennte Speichermedien im Rahmen einer Durchsuchung kann ich keine prinzipiellen Einwände erkennen. Besondere prozedurale Sicherungen für den Kernbereichsschutz und den Schutz von Berufsgeheimnisträgern hat das BVerfG für eingriffssintensive heimliche Maßnahmen verlangt, nicht für dem Grundsatz nach offen durchgeführte Maßnahmen wie

eine Durchsuchung. Dass im Ergebnis keine Kernbereichsdaten erhoben und verarbeitet werden dürfen, folgt freilich bereits unmittelbar aus Art. 1 GG.

e) Einen Richtervorbehalt für Maßnahmen nach Art. 25 Abs. 3 PAG-E halte ich nicht für nötig, da kein ausdrücklicher verfassungsrechtlicher Richtervorbehalt greift und auch die – allein für heimliche eingriff-intensive Maßnahmen entwickelte – Rspr. des BVerfG (BKAG-Urteil, Rn. 117) zu unmittelbar aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz folgenden Richtervorhalten nicht einschlägig ist. Nachträglicher und einstweiliger Rechtsschutz ist bei dieser offenen Maßnahme nicht erschwert. Ein Richtervorbehalt bedeutete auch einen gewissen Bruch innerhalb des Art. 25 PAG (z.B. wenn man mit der Fallgruppe der Sicherstellung eines Datenträgers vergleicht, die nicht an einen Richtervorbehalt gebunden ist).

f) Ich bin mit den Eigenarten molekulargenetischer Untersuchungen der hier geregelten Art zu wenig vertraut, um die Frage eines Rechtseingriffs und seiner Tiefe ins Letzte verlässlich beantworten zu können. Da die erhobenen Daten der Identifizierung dienen, wird man einen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung wohl nicht allein deswegen verneinen können, weil die Person, auf die sich die Daten beziehen, noch unbekannt ist. Eine Kernbereichsrelevanz scheint mir bei den Feststellungen, die allein getroffen werden dürfen (Geschlecht, Augenfarbe, Herkunft etc.), aber noch nicht gegeben. Freilich muss die weitere Datenverwendung Art. 30 Abs. 2 PAG-E, Art. 10 RL beachten (besondere Datenkategorie). Ob eine spezielle Befugnisnorm nötig ist (oder die Generalklausel ausreichen würde), kann hier dahinstehen, da es jedenfalls sinnvoll ist, eine spezielle Norm zu schaffen. Die Eingriffsschwelle, die gegenüber dem Art. 32 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 PAG-E in Satz 2 durch das Erfordernis erhöht wird, dass die Abwehr der Gefahr andernfalls wesentlich erschwert werden würde (was eine Subsidiarität statuiert und überdies auch bereits das Vorliegen einer Gefahr voraussetzen dürfte), scheint mir angemessen. Dass die Maßnahme sinnvoll sein kann, leuchtet unmittelbar ein.

g) Ich halte die Regelung für nachvollziehbar und angemessen. Die tatbestandlich vorausgesetzte Erforderlichkeit infolge der Größe/Unübersichtlichkeit der Örtlichkeit bezieht sich selbstverständlich, ohne dass das besonders gesagt werden müsste, auf das Ziel der Gefahrenabwehr, so dass auch hier hinreichende Anhaltspunkte dafür bestehen müssen, dass es möglicherweise zu Gefahren/Straftaten o.Ä. kommen wird. Die Identifizierung bestimmter Personen ist nur unter den eingeschränkteren Voraussetzungen der Nr. 1 möglich.

h) Ich halte die in der Entwurfsbegründung vertretene Rechtsansicht, dass der Einsatz von Bodycams in Wohnungen nicht an Art. 13 Abs. 4 und 5 GG, sondern an dessen Abs. 7 zu messen ist, für plausibel. Zwar ist der Wortlaut des Art. 13 GG insoweit nicht eindeutig, nach Sinn und Zweck sowie auch systematisch – d.h. im Vergleich zu anderen Fällen, in denen nach der Rspr. bei heimlichen eingriff-intensiven Maßnahmen ein Richtervorbehalt greift (BKAG-Urteil, Rn. 117) – scheint mir aber doch recht klar, dass sich die besonderen Einschränkungen und der Richtervorbehalt des Art. 13 Abs. 4 GG allein auf heimliche Überwachungsmaßnahmen beziehen, in denen die physische Barrierewirkung der Wohnung mittels moderner Technik unterlaufen wird; auch die Literatur scheint es so zu sehen, dass sich die neuen Eingriffstypen der Art. 13 Abs. 3-6 von den klassischen Eingriffen (Abs. 2, 7) gerade auch durch ihre Heimlichkeit unterscheiden (z.B. Kühne, in Sachs, GG. 8. Aufl. 2018, Art. 13, Rn. 22). Ein Richtervorbehalt greift also nicht. Art. 13 Abs. 7 GG ist hingegen zu beachten. Zu den Ergebnissen der AG Bodycam sowie zu sonstigen polizeitaktischen Erwägungen kann ich nichts Sachverständiges beitragen.

i) Es ist prinzipiell zu begrüßen, dass für den Einsatz moderner Techniken intelligenter Aufzeichnungssysteme frühzeitig eine gesonderte Rechtsgrundlage geschaffen werden soll. Hiermit wird freilich Neuland

betreten, deren juristische Bewertung ich hier nur sehr überschlägig vornehmen kann. Prinzipiell scheint mir – insbesondere in der Abstufung zwischen Satz 1 und 2 – eine nach Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten angemessen abgestufte und jedenfalls verfassungsrechtlich gut vertretbare Regelung hinsichtlich der Eingriffsvoraussetzungen getroffen zu sein, zumal es sich ja auch um eine offene Maßnahme (mit Hinweispflicht nach Abs. 6) handelt, die ggf. ohne besondere Erschwernis gerichtlich überprüft werden kann. Art. 10 der RL und Art. 30 Abs. 2 PAG-E ist ggf. zu beachten, soweit besondere Datenkategorien verwendet werden. Ein Fall des – ggf. zu beachtenden – Art. 11 der RL wäre nur gegeben, wenn Entscheidungen und nachteilige Maßnahmen vollautomatisiert und ohne Dazwischentreten eines Amtsträgers getroffen würden, was mir hier eher nicht der Fall zu sein scheint.

j) Es ist jedenfalls vorzugswürdig und rechtssicherer, solche zur Durchführung verdeckter Maßnahmen erforderlichen Annexkompetenzen ausdrücklich klarzustellen, wie z.B. in Art. 44 Abs. 1 Satz 5, Art. 45 Abs. 3 Satz 4 PAG-E vorgesehen.

k) Die Änderungen scheinen mir plausibel begründet und ich kann bei summarischer Prüfung keine Bestimmtheitsmängel erkennen. Es gehört zu den Paradoxien des neuen Polizeirechts (vgl. dazu meine Kritik an den in Bezug auf das polizeiliche Informationsrecht teilweise überzogenen Bestimmtheitsanforderungen in der Vorbemerkung), dass Datenerhebungsbefugnis häufig weitaus ausführlicher und detailreicher ausgestaltet werden müssen als die schwerwiegendsten aktionellen Eingriffsbefugnisse (hier Sprengmittel).

l) Mir war die in der Entwurfsbegründung geschilderte Problematik der Kostenerhebung bei doppelunktionalen Gemengelagen nicht bekannt, so dass ich nur begrenzt sachverständig Stellung nehmen kann. Dessen ungeachtet scheint mir die neue Regelung angemessen, soweit sichergestellt ist, dass es mit im Schwerpunkt präventiver Zweckrichtung vorgenommene Maßnahmen sind, für die nach diesem Gesetz Kosten erhoben werden. Ist dies der Fall, wäre es in der Tat unbefriedigend, von einer Kostenerhebung absehen zu müssen, nur weil der Lebenssachverhalt auch zu repressivem Maßnahmen geführt hat.

m) Der Opferschutz ist ein Gebot grundrechtlicher Schutzpflichten. Im Übrigen fehlt mir spezifisches Fachwissen, um die Notwendigkeit solcher Maßnahmen beurteilen zu können.

4. Ich kann – ohne für diese Frage besonders sachverständig zu sein – keine prinzipiellen Einwände erkennen.

B.

Das Recht der Nachrichtendienste bildet nur in weitaus geringerem Maß einen Gegenstand meiner wissenschaftlichen Arbeit als das Polizeirecht, so dass ich meine Ausführungen auf einige grundsätzliche Überlegungen beschränken möchte.

Die Frage, inwieweit die Vorgaben des BKAG-Urteils auf den Bereich des Verfassungsschutzes übertragbar sind oder nicht, ist eine derzeit vieldiskutierte Streitfrage (vgl. zuletzt: Unterreitmeier, GSZ 2018, S. 1 mit Stellungnahme Masing, S. 6).

Der Verfassungsschutz weist meines Erachtens – trotz partieller Schutzzielidentität – ein von der Polizei verschiedenes Aufgaben- und Befugnisprofil auf. Kennzeichnend ist insbesondere die rein informationelle Aufgabenstellung und das Fehlen sog. „polizeilicher“ Befugnisse; der Verfassungsschutz ist (wie andere Nachrichtendienste) also niemals imstande, selbst die Konsequenzen aus den von ihm erlangten Erkennt-

nissen zu ziehen und gegen erkannte Gefahren aktionell einzuschreiten. Im Gegenzug ist seit jeher anerkannt, dass Nachrichtendienste mit ihrer Aufklärungsarbeit tendenziell weiter im Vorfeld konkreter Gefahren ansetzen dürfen als dies bei der Polizei der Fall ist.

Ich würde vor diesem Hintergrund der Aussage zustimmen, dass die (rein informationellen) Befugnisse der Nachrichtendienste tendenziell großzügiger bemessen sein können als diejenigen der Polizei, dass also für die Polizei entwickelte Aussagen zu verfassungsrechtlichen Maßgaben für die Befugnisausübung prinzipiell nur mit großer Vorsicht auf den Verfassungsschutz übertragen werden können. Allenfalls bei sehr eingriffsintensiven Maßnahmen – in diese Richtung könnte die Rspr. des BVerfG deuten – mag sich eine gewisse Angleichung der Anforderungen ergeben, wobei auch dort z.B. hinsichtlich Transparenz und Rechtsschutz Differenzierungen gerechtfertigt sein können.

Gar nichts – um es deutlich zu sagen – halte ich von dem vom BVerfG entwickelten sog. informationellen Trennungsgebot zwischen Nachrichtendiensten und Polizei (vgl. auch meine Kritik in Möstl/Schwabenbauer, BeckOK PolSichRBay, Systematische Vorbemerkungen Rn. 58 f.). Nachrichtendienste, die ihre Nachrichten für sich behalten müssen, sind eine unnütze Fehlkonstruktion, die das GG nicht wollen kann. Gerade weil die Nachrichtendienste nach dem (für Deutschland charakteristischen) Trennungsgebot (klassisch: Gebot organisatorischer Trennung und keine polizeilichen Befugnisse für die Nachrichtendienste) keine polizeilichen Befugnisse haben und nicht selbst die (gefahrenabwehrenden) Konsequenzen aus ihrem Wissen ziehen dürfen, müssen sie zumindest imstande sein, ihre Erkenntnisse an diejenigen Stellen (z.B. die Polizei) weiterzugeben, die solche Konsequenzen ziehen dürfen. Kehrseite des klassischen Trennungsgebots ist es also, dass es gerade kein informationelles Trennungsgebot geben darf. Das sieht das BVerfG allerdings anders.

Freilich ist die Weitergabe personenbezogener Informationen von Verfassungsschutz- an Polizeibehörden ein (ggf. zweckändernder) Grundrechtseingriff, der gerechtfertigt werden muss, so wie dies bei jeder (zweckändernden) Datenweitergabe der Fall ist. Selbst wenn man hierfür – was keineswegs sicher ist (siehe oben) – auf die vom BVerfG im BKAG-Urteil entwickelten Maßgaben zurückgreifen müsste, würde hieraus aber nur für aus besonders eingriffsintensiven heimlichen Maßnahmen gewonnene Daten folgen, dass für die Datenweitergabe der Grundsatz der hypothetischen Datenneuerhebung statuiert werden muss. Im Übrigen reicht es, dass die Zwecke nicht unvereinbar sind und der Zweck der Weitergabe den Eingriff zu rechtfertigen imstande ist.

Bayreuth, den 5.3.2018

Prof. Dr. Markus Möstl