



**Entwurf des Bayerischen Psychisch-Krankenhilfe-Gesetzes (BayPsychKHG);
Zusammenfassung meiner im Rahmen des bisherigen Gesetzgebungsverfahrens
abgegebenen Stellungnahmen - aktualisiert im Hinblick auf die Expertenanhörung
am 24.04.2018(*)**

Allgemeines:

- Der Gesetzentwurf lebt von sehr vielen Verweisungen auf andere bayerische Gesetze und bringt damit einen hohen Grad an Intransparenz mit sich, was ich vor dem Grundsatz der Normenklarheit für bedenklich halte. Insbesondere wird auf Gesetze (Bayerisches Maßregelvollzugsgesetz (BayMRVG), Bayerisches Strafvollzugsgesetz (BayStVollzG) und Bayerisches Sicherungsverwahrungsvollzugsgesetz (BaySvVollzG)) verwiesen, die dem Anwendungsbereich der Richtlinie (EU) 2016/680 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die zuständigen Behörden zum Zwecke der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung und Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung sowie zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung des Rahmenbeschlusses 2008/977/JI des Rates (RLDSJ) unterliegen, wohingegen das BayPsychKHG dem Anwendungsbereich der Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutzgrundverordnung-DSGVO) unterliegt. Dabei ist der entscheidende Unterschied der, dass die Richtlinie im Rahmen der Umsetzung mehr Spielraum als die Grundverordnung zulässt. Zu berücksichtigen ist insbesondere auch, dass das BayMRVG, BayStVollzG und

* Gesetzeszitate ohne besondere Bezeichnung sind solche des BayPsychKHG-E, Stand 10.04.2018.

BaySvVollzG noch nicht an die Richtlinie angepasst wurden, so dass sich hier nach deren Anpassung unter Umständen noch erhebliche Änderungen ergeben können. Auch besteht die Gefahr, dass die dortige Umsetzung für das BayPsychKHG dann „zu weit geht“. Dementsprechend ist auch eine datenschutzrechtliche Bewertung des derzeitigen Gesetzentwurfs nur schwer möglich, da auf Gesetze verwiesen wird, die bis dato noch nicht an die europäischen Vorgaben angepasst sind.

- Generell ist vor diesem Hintergrund darauf hinzuwirken, dass dem Anwender bewusst sein muss, dass der DSGVO gegenüber dem nationalen Recht ein Anwendungsvorrang zukommt. Derzeit erweckt der Gesetzentwurf – zumindest für einen juristischen Laien (Ärzte) – den Anschein einer abschließenden Regelung.
- Anzumerken ist hierzu auch, dass die Verordnung nicht abschließend ist, sondern den Mitgliedsstaaten in allgemeinen Öffnungsklauseln gestattet, (fakultativ) spezifischere Bestimmungen zu erlassen. Vorliegend kommen als Öffnungsklauseln insbesondere Art. 6 Abs. 2, Abs. 3, Art. 9, Art. 23 DSGVO in Betracht. So erlaubt Art. 6 Abs. 2 DSGVO spezifischere Bestimmungen im Hinblick auf die Erlaubnistatbestände der rechtlichen Verpflichtung (Abs. 1 lit. 1c) und der Verarbeitung durch die öffentliche Hand (Abs. 1 lit. e) zu erlassen. Eine darauf gestützte Spezifizierung kann jedoch nur dann i.S.d. Art. 6 Abs.1 UAbs. 1 lit. e DSGVO fruchtbar gemacht werden, wenn auch die in Art. 6 Abs. 3 DSGVO beschriebenen Kriterien erfüllt sind. Zudem müssen die Regelungen einer rechtmäßigen und nach Treu und Glauben erfolgenden sowie transparenten Verarbeitung dienen, vgl. Art. 5 Abs. 1 lit. a DSGVO, sowie die Voraussetzungen des Art. 9 DSGVO gewahrt sein. Die spezifischen Normen dürfen das in der DSGVO vorgesehene Datenschutzniveau nicht unterschreiten, es sei denn die DSGVO sieht Beschränkungen ausdrücklich vor, vgl. etwa Art. 23 DSGVO. Folglich obliegt es dem Gesetzgeber hier eine sachgerechte Umsetzung vorzunehmen und insbesondere die vorgenommenen Spezifizierungen darzulegen und zu begründen.
- Auch die vielen Verweise auf das BayMRVG, BayStVollzG und BaySvVollzG könnten einen falschen Eindruck dahingehend erwecken, dass öffentlich-rechtlich untergebrachte Personen mit Straftätern im Maßregelvollzug, in Justizvollzugsanstalten und in Einrichtungen für Sicherungsverwahrte zu vergleichen sind. Da die Begründung für das BayPsychKHG gerade darauf abzielt, psychisch

krank Menschen zu entstigmatisieren, sind Verweise auf diese drei Gesetze mitunter kontraproduktiv und konterkarieren dieses Ziel.

- Des Weiteren möchte ich anmerken, dass mit der Einführung der „erheblichen Gefährdung für das Allgemeinwohl“ als mögliche Voraussetzung für eine öffentlich-rechtliche Unterbringung i.S.d. Art. 5 Abs. 1 S. 1 (und an anderen Stellen) der Charakter der öffentlich-rechtlichen Unterbringung in nicht unproblematischer Weise wesentlich verändert wird. Dies insbesondere vor dem Hintergrund, da die Gesetzesbegründung (S. 31) in einem Angriff auf geparkte Polizeifahrzeuge bereits eine (erhebliche) Gefährdung des Allgemeinwohls sieht. Auch ist der Begriff des Allgemeinwohls weiter als der Begriff der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, der laut Gesetzesbegründung (S. 30) aus Gründen der Entstigmatisierung ersetzt werden sollte. Es ist daher zu befürchten, dass die Zahl der Unterbrachten und somit die Zahl derer, in deren Recht auf informationelle Selbstbestimmung eingegriffen wird, ansteigt.

Unterbringungs- und Maßregelvollzugsdatei (Art. 33 und Art. 38b Abs. 1 Nr. 17)

Gegen Art. 33 und Art. 38b Abs. 1 Nr. 17 des Entwurfs bestehen erhebliche Bedenken. Eine Erforderlichkeit dieser Dateien ist nicht erkennbar. Eine derartige zentrale Speicherung u.a. von medizinischen Daten, die der ärztlichen Schweigepflicht unterliegen, begegnet wegen der damit verbundenen Grundrechtseingriffe erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken und ist deshalb entschieden abzulehnen.

Die Errichtung der Dateien wird überwiegend mit dem internationalen Übereinkommen zum Schutz aller Personen vor dem Verschwindenlassen begründet. Gem. Art. 17 Abs. 3 der UN-Konvention gegen Verschwindenlassen besteht die Pflicht, „*ein oder mehrere amtliche Register und/oder amtliche Akten über Personen, denen die Freiheit entzogen ist, zu führen*“. Gerade darin sieht man, dass auch die Führung von Akten ausreichend ist. Eine solche Aktenführung ist bereits vorhanden und damit ist der Schutz der Personen vor einem Verschwindenlassen gewahrt. Eines zusätzlichen Registers zur Umsetzung dieses internationalen Übereinkommens bedarf es also gerade nicht mehr. Insbesondere sind auch die in Art. 17 Abs. 3 S. 2 der UN-Konvention gegen Verschwindenlassen aufgezählten Daten sämtlich in den Gerichtsakten, Vollstreckungsakten bei den Staatsan-

waltschaften, Strafvollstreckungskammern und Jugendgerichten sowie Führungsaufsichtsstellen vorhanden. Damit kann die Datei nicht mit der genannten UN-Konvention gerechtfertigt werden.

Anmerken möchte ich überdies, dass – sofern es darum geht, zu bestimmten Zwecken zu recherchieren, wo sich öffentlich.-rechtlich untergebrachte Personen befinden – auch ein milderes Mittel als die Errichtung einer Datei in Betracht kommt. Es besteht die Möglichkeit, die Einrichtungen in Bayern i.S.d. Art. 8 Abs. 1 abschließend aufzulisten und diese Liste anschließend vor dem Hintergrund der Transparenz zu veröffentlichen. Damit wäre auch Art. 17 der UN-Konvention Genüge getan. Denn sollte eine Person in Bayern öffentlich-rechtlich untergebracht sein, so wird sie sich in einer dieser aufgelisteten Einrichtungen befinden. Diese Einrichtungen sind gem. Art. 32 zur Aktenanlegung und -führung verpflichtet. Sollte man hingegen den Einrichtungen misstrauen – insbesondere, dass diese keine ordnungsgemäße Aktenführung betreiben –, so wäre es im Übrigen widersinnig, die Einrichtungen zur Datenerhebung und -speicherung zu zwingen bzw. zu verpflichten; vielmehr müsste man dann regeln, dass die jeweils anordnende Stelle eine entsprechende Meldung vornimmt. Fraglich ist dann jedoch wieder, an wen diese Meldung erfolgen soll und wer diese Daten dann zentral in einer Datei führt. Des Weiteren führt dies auch zu einem erheblichen Mehraufwand der anordnende Stelle – respektive der Gerichte.

Lediglich hilfsweise – für den Fall der Nichtstreichung des Art. 33 und Art. 38b Abs. 1 Nr. 17 – möchte ich folgende Punkte anmerken:

Ø Regelungen zum Schutz von personenbezogenen Daten, insbesondere „besonderer Kategorien von Daten“:

Es sind keine Regelungen zum Schutz von „besonderen Daten“ vorgesehen. Eine unterschiedslose Speicherung sämtlicher erhobener Daten bzw. in Abs. 1 aufgelisteter Daten – also auch derer, die der ärztlichen Schweigepflicht unterliegen (der Untersuchungsbefund/Gesundheitsdaten fällt unter Art. 4 Nr. 15 DSGVO und unterliegt damit auch den strengen Voraussetzungen des Art. 9 DSGVO) – in einer einheitlichen Datei begegnet wegen der damit verbundenen Grundrechtseingriffe verfassungsrechtlichen Bedenken.

Ø Die beiden Dateien stehen nicht im Einklang mit dem Grundsatz der Datenminimierung gem. Art. 5 Abs. 1 lit. c DSGVO. Ziel sollte eine Minimierung der

zu speichernden/erfassenden Daten bzw. Abstimmung auf die Zwecke in Abs. 2 sein (z.B. nicht erforderlich und damit unverhältnismäßig sind: Familienstand, Angaben zu einem besonderen Sicherheitsbedürfnis, Krankheitsbezeichnung, Beginn und Ende einer Entweichung oder einer Nichteinhaltung einer Stufe der Belastungserprobung, wenn die Nichteinhaltung eine Fahnung zur Folge hat; bei Maßregelvollzugsdatei: Lockerungsmisbräuche, Beurlaubungen, Probewohnen und gerichtliche Prüftermine).

- Ø Zur Übermittlungsbefugnis in Art. 33 Abs. 2 S. 1: Beschränkung der zu übermittelnden Daten bei den einzelnen Zwecken auf das Erforderliche.
- Ø Regelungen hinsichtlich Zugriffsberechtigungen und Zugriffsausgestaltung/Umfang des Zugriffs: Insbesondere sollte eine strenge Eingrenzung des zugriffsberechtigten Personenkreises erfolgen mit differenzierten Zugriffsrechten im Hinblick auf den Datenumfang (Zugriff nur auf die jeweils erforderlichen Daten) und des Umfangs des Zugriffs (Lesezugriff oder auch Änderungs-/Schreibzugriff).
- Ø Erforderlich sind Regelungen zur Protokollierung bei Lese- und Schreib- bzw. Änderungszugriffen.
- Ø Es fehlen derzeit gesetzliche Löschungsvorschriften: in der Begründung (S. 58) ist eine Löschung nach fünf Jahren angedacht (Prüftermin nach fünf Jahren vorgesehen), sofern die Speicherung der Daten nicht mehr erforderlich ist; allerdings wird nicht näher konkretisiert, wann die Daten nicht mehr erforderlich sind. Es sind kurze Lösungsfristen gesetzliche festzulegen, insbesondere hinsichtlich der erfassten Gesundheitsdaten.
- Ø Es fehlen Regelungen zu den Betroffenenrechte: Hinweis- und Benachrichtigungspflichten, Auskunfts- sowie Lösungsrechte. Dies ist insbesondere vor dem Grundsatz der Transparenz i.S.d Art. 5 Abs. 1 lit. a DSGVO erforderlich. Als Folgefrage ergibt sich dann, ob sich die Person gegen eine Aufnahme und Speicherung – gerichtlich – soll wehren können.
- Ø Aus Art. 33 Abs. 1 S. 2 geht nicht hervor, wie die Daten an die Fachaufsichtsbehörde übermittelt werden sollen: empfehlenswert wäre, das Wort „verschlüsselt“ mit aufzunehmen, vgl. auch Art. 32 DSGVO.
- Ø Vorgenanntes sollte nicht nur in Verwaltungsvorschriften geregelt sein, sondern bereits im Gesetz selbst.

Zu den einzelnen Vorschriften

- **Zu Art. 9 Befugnisse der fachlichen Leitung der Einrichtung**

Datenschutzrechtlich sind hier vor allem die Ziff. 3, 4, 5, 8 und 9 des Abs. 1 von Bedeutung. Diesbezüglich wird auf die unten stehenden Ausführungen zu den jeweiligen in den Ziffern genannten Artikeln Bezug genommen.

- **Zu Art. 14 Verfahren bei sofortiger vorläufiger Unterbringung**

Im Hinblick auf die Mitteilungs-/Verständigungspflicht an die Polizeidienststelle i.S.d. Art. 14 Abs. 4 S. 3 sollte ergänzt werden, dass diese Mitteilung nur zu erfolgen hat, soweit diese erforderlich ist. Dies erscheint schon aufgrund Art. 5 Abs. 1 lit. c, 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. c DSGVO als zwingend, um eine rechtmäßige Grundlage für die Datenverarbeitung zu schaffen. Es gibt nämlich Fälle, in denen gerade eine solche Mitteilung nicht erforderlich sein wird. Es sollte differenziert werden, ob weiterhin eine Selbst- oder Fremdgefährdungslage besteht. Sollte eine weitere Gefährdungslage nicht mehr bestehen, so ist auch eine Mitteilung der Entlassung an die zuständige Polizeidienststelle konsequenterweise nicht erforderlich. Zu denken wäre hier an den Fall eines Diabetikers, der in einen Unterzuckerzustand fällt, welcher sich auch in psychischen Auffälligkeiten niederschlagen kann. Wird bei der Aufnahmeuntersuchung festgestellt, dass der Zustand auf Diabetes zurückgeht, liegen in aller Regel die Voraussetzungen für eine öffentlich-rechtliche Unterbringung i.S.d. Art. 5 nicht vor und der Betroffene wird entlassen. Eine Mitteilung dieser Entlassung an die Polizeidienststelle ist hier nicht erforderlich.

In einem weiteren Schritt wäre dann auch zu prüfen, wie diese Mitteilung erfolgen soll. Wird dies telefonisch mitgeteilt und dokumentiert oder wird dies mittels eines Formblattes übermittelt. Dann müssten diesbezügliche Aufbewahrungsmodalitäten, insbesondere auch Vernichtungsfristen, geregelt werden.

Zur Übermittlungsbefugnis an die Bewährungshilfe des Art. 14 Abs. 4 S. 2 und Art. 27 Abs. 4 ist aus datenschutzrechtlicher Sicht anzumerken, dass eine Mitteilung an die Bewährungshilfe bei einer bevorstehenden Entlassung nicht uneingeschränkt nachvollzogen werden kann. Sollte die betroffene Person bzw. die bereits untergebrachte Person entlassen werden, besteht an sich grundsätzlich erst einmal kein Anlass, die Bewährungshilfe zu benachrichtigen. Dies könnte

unter Umständen von weiteren Faktoren abhängen, beispielsweise von der Dauer der Unterbringung. Insbesondere bedarf es hier – im Vergleich zur Mitteilung an die örtlich zuständige Polizeidienststelle – auch keiner Einschätzung der Gefahren- bzw. Gefährdungslage, da der Bewährungshilfe diesbezüglich keine Befugnisse zustehen. Die Mitteilung hätte lediglich den Nutzen, dass der jeweilig zuständige Bewährungshelfer nun Kenntnis davon hat, dass der von ihm Betreute sich nicht mehr in einer Einrichtung i.S.d. Art. 8 Abs. 1 aufgrund einer vorläufigen oder endgültig angeordneten öffentlich-rechtlichen Unterbringung aufhält. Es wird sicherlich Fälle geben, in denen es für das weitere Bewährungsverfahren durchaus von Bedeutung sein kann, dass der Bewährungshelfer Kenntnis von der Entlassung erlangt. Wenn man aber – nach der von uns stark kritisierten Unterbringungsdatei – davon ausgeht, dass der Bewährungshelfer bei einem (unverschuldeten) Kontaktabbruch durch den Betroffenen in der Unterbringungsdatei nachforscht, ob der Betroffene untergebracht ist, so wird er sich unter Umständen bereits während der Unterbringung noch mit dem Betroffenen in Verbindung setzen oder zumindest von Zeit zu Zeit in der Datei den aktuellen Stand der Unterbringung abrufen, denn dort wird auch das Entlassungsdatum erfasst. Zwar ist es dann nicht ausgeschlossen, dass der Betroffene bereits schon entlassen wurde, allerdings ist eine notwendige Kenntnis von der bevorstehenden Entlassung – im Vergleich zur Polizei – nicht erforderlich.

Unklar bleibt darüber hinaus, ob dies nur für Fälle der Bewährungs- oder auch der Führungsaufsicht gilt.

- **Zu Art. 16 Vorläufige gerichtliche Unterbringung**

Abs. 2 S. 2 und Abs. 3 S. 2 verweisen auf Art. 14 Abs. 4 S. 2 bis 5. Hier gilt das oben Gesagte entsprechend.

- **Zu Art. 18 Aufnahme**

Art. 18 Abs. 1 S. 1 sieht vor, die untergebrachte Person bei der Aufnahme über ihre Rechte und Pflichten zu unterrichten.

Bei Abs. 1 S. 3 wäre es wünschenswert, wenn – für den Fall der Nichtanwesenheit des Vertreters – diesem die Unterrichtsunterlagen i.S.d. S. 2 zur Einsicht und damit Information ausgehändigt werden. Dies sollte in Anlehnung an Art. 7 Abs. 3 geschehen.

Es wäre darüber hinaus angezeigt, Abs. 1 S. 4 dahingehend zu ändern, dass „Unbeteiligte (Dritte), insbesondere andere untergebrachte Personen“ nicht anwesend sein dürfen. Der Wortlaut dieses Satzes erweckt den Eindruck, dass nur andere untergebrachte Personen nicht anwesend sein dürfen, jedoch Dritte schon. Es wäre dann wünschenswert, wenn Beispiele für „*Beteiligte*“ in die Begründung aufgenommen werden.

- **Zu Art. 21 Persönlicher Besitz und Ausstattung des Unterbringungsraums**
In Art. 21 Abs. 4 kann der Besitz von Bild-, Ton- und Datenträgern davon abhängig gemacht werden, dass die untergebrachte Person deren Überprüfung zustimmt. Einen wirksamen Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung vermag ich dem Entwurf nicht zu entnehmen. Der verfassungsrechtliche Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung gewährleistet dem Individuum einen Bereich höchstpersönlicher Privatheit gegenüber Überwachung. Selbst überragende Interessen der Allgemeinheit können einen Eingriff in diesen absolut geschützten Bereich privater Lebensgestaltung nicht rechtfertigen (vgl. BVerfGE 109, 279 (313) „großer Lauschangriff“). Der Kernbereich privater Lebensgestaltung beansprucht gegenüber allen Überwachungsmaßnahmen Beachtung. Kann eine Maßnahme typischerweise zur Erhebung kernbereichsrelevanter Daten führen, muss der Gesetzgeber Regelungen schaffen, die einen wirksamen Schutz normenklar gewährleisten (vgl. BVerfGE 109, 279 (318 f.)).

Das Bundesverfassungsgericht forderte in seinen Urteilen vom 03.03.2004 und 27.02.2008 (BVerfGE 109, 279 (818 ff.); 120, 274 (337 ff.)) zum „großen Lauschangriff“ und der „Online-Durchsuchung“ hinsichtlich des Schutzes des Kernbereichs privater Lebensgestaltung ein „zweistufiges Schutzkonzept“. Die gesetzliche Regelung hat auf erster Stufe darauf hinzuwirken, dass die Erhebung kernbereichsrelevanter Daten – soweit möglich – unterbleibt. Gibt es im Einzelfall konkrete Anhaltspunkte, dass eine bestimmte Datenerhebung den Kernbereich privater Lebensgestaltung berühren wird, so hat sie dem Gericht zufolge grundsätzlich zu unterbleiben. Ergibt die Durchsuchung der erhobenen Daten, dass ausnahmsweise kernbereichsrelevante Daten erhoben wurden, sind diese zu löschen. Eine Weitergabe oder Verwertung ist auszuschließen. Dieser Gedanke der Rechtsprechung ist auch vorliegend entsprechend heranzuziehen, auch wenn es sich nicht um eine „verdeckte“ Maßnahme handelt. Aktuell wurde diese

Rechtsprechung im Urteil zur Teilverfassungswidrigkeit des Bundeskriminalamtsgesetzes bestätigt (BVerfGE 141, 220 (276 ff.)).

Ich halte es daher für verfassungsrechtlich geboten, den Entwurf um eine entsprechende gesetzliche Regelung zu ergänzen.

- **Zu Art. 23 Besuche**

Art. 23 ist vom Wortlaut her an Art. 12 BayMRVG angelehnt. Fraglich ist, ob es erforderlich und angemessen ist, auch im Rahmen der öffentlich-rechtlichen Unterbringung die strengen Überwachungsregelungen des Maßregelvollzugs anzuwenden. Von den im Maßregelvollzug Untergebrachten wurden – teilweise schwere – Straftaten begangen. Für eine öffentlich-rechtliche Unterbringung reicht dagegen u.a. schon eine bloße Selbstgefährdung aus. Da die Gefahrenlage im Maßregelvollzug daher eine andere als im Bereich der öffentlich-rechtlichen Unterbringung ist, ist bei der Besuchsüberwachung eine entsprechende Differenzierung vorzunehmen.

Soweit die Überwachung der Verteidiger (i.d.R. bzgl. anderer Sachverhalte) bzw. Rechtsanwälte nur in Art. 24 S. 2 (Außenkontakte, Besuche bestimmter Personen) geregelt werden soll, halte ich dies für unzulänglich bzw. jedenfalls missverständlich. Zwar ist in Art. 24 S. 2 explizit der Außenkontakt und der Besuch bestimmter Personen geregelt, allerdings würde man eine Verweisung auf Art. 32 BaySvVollzG bereits schon im Art. 23 erwarten.

Es ist nicht hinreichend klar, dass von den Außenkontakten i.S.v. Art. 24 auch generell die Besuche nach Art. 23 erfasst werden. Zudem wäre die Regelung zur Besuchsüberwachung sachgerecht auch unter der betreffenden Norm des Art. 23 zu verorten.

Wünschenswert wäre auch eine Klarstellung – zumindest in der Begründung – wie das Durchsuchen und Absuchen i.S.d. Art. 23 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 definiert werden. So ist u.a. fraglich, ob das Absuchen auch ein Entkleiden der abzusuchenden Person mitumfasst.

Fraglich ist zudem, ob eine Durchsuchung oder Absuchung von Besuchern überhaupt erforderlich ist. Wie bereits oben ausgeführt, ist die Situation im Maßregel-

vollzug, der Justizvollzugsanstalt oder in der Einrichtung für Sicherungsverwahrte nicht mit der in Einrichtungen für öffentlich-rechtlich untergebrachte – psychisch kranke – Personen vergleichbar. Die Besucher der öffentlich-rechtlich untergebrachten Personen denjenigen gleichzustellen, welche Personen in einer Maßregelvollzugseinrichtung, Justizvollzugsanstalt oder Einrichtung für Sicherungsverwahrte besuchen, bei denen wesentlich höhere Sicherheitsvorgaben bestehen, halte ich für problematisch.

Art. 23 Abs. 2 S. 1 Nr. 3, Abs. 3, Abs. 4 regeln die akustische und optische Besuchsüberwachung. Es ist erfreulich, dass Art. 23 Abs. 4 explizit auf die akustische Überwachung von Besuchen eingeht und in S. 2 die Unzulässigkeit der Aufzeichnung der Unterhaltung zwischen der psychisch kranken Person und einem Besucher normiert ist. Allerdings werden Abs. 3 und 4 nicht weiter begründet. Die akustische Besuchsüberwachung war bereits Gegenstand zweier Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (vgl. Beschluss vom 20.06.1996, Az.: 2 BvR 634/96; Beschluss vom 31.08.1993, Az.: 2 BvR 1479/93). Dem Bundesverfassungsgericht zufolge bedarf es einer *„besonders ernstlichen und eingehenden, auch die Dauer der Untersuchungshaft einzubeziehende und am Kriterium der Zumutbarkeit orientierten Prüfung, ob eine Besuchseinschränkung unverzichtbar zum Zweck der Untersuchungshaft oder der Ordnung im Vollzug gefordert wird“*, wenn die einschränkende Maßnahme auch in das Grundrecht aus Art. 6 Abs. 1 GG eingreift. Vor diesem Hintergrund halte ich eine entsprechend differenzierte gesetzliche Regelung für erforderlich, die unüberwachte Kontakte mit nahen Angehörigen zulässt. In diesem Zusammenhang möchte ich auch abermals auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Schutz des Kernbereichs der privaten Lebensgestaltung eingehen. Zur Entfaltung der Persönlichkeit im Kernbereich privater Lebensgestaltung gehört die Möglichkeit, innere Vorgänge wie Empfindungen und Gefühle sowie Überlegungen, Ansichten und Erlebnisse höchstpersönlicher Art zum Ausdruck zu bringen (vgl. BVerfGE 109, 279 (313); 120, 274 (335)). Geschützt ist insbesondere die nichtöffentliche Kommunikation mit Personen des höchstpersönlichen Vertrauens. Zu diesen Personen gehören insbesondere Ehe- oder Lebenspartner, Geschwister und Verwandte in gerader Linie, sowie auch Strafverteidiger, Ärzte, Geistliche und enge persönliche Freunde (vgl. BVerfGE 109, 279 (321 ff.)). Vor diesem Hintergrund und im Hinblick auf die Wesentlichkeitslehre des Bundesverfassungsgerichts halte ich es für erforderlich, den Entwurf anzugleichen und eine differen-

zierte Regelung für Besuche naher Angehöriger, Rechtsanwälte, Ärzte, Geistlicher und enger persönlicher Freunde mit aufzunehmen. Darüber hinaus sollten auch weitere Amtsträger berücksichtigt werden, wie etwa Abgeordnete oder Mitarbeiter von unabhängigen Kontrollbehörden – etwa dem Bundesbeauftragten oder Landesbeauftragten für Datenschutz. Dies gilt sowohl für die akustische als auch die optische Besuchsüberwachung. Gemäß der vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Wesentlichkeitslehre muss der Gesetzgeber nämlich „in grundlegenden normativen Bereichen, zumal im Bereich der Grundrechtsausübung ... alle wesentlichen Entscheidungen ... selbst treffen“ (BVerfGE 61, 260 (275)). Er hat die wesentlichen Entscheidungen über die Voraussetzungen, Umstände und Folgen von Eingriffen selbst zu treffen und darf sie nicht an die Verwaltung delegieren.

Hinsichtlich der optischen Besuchsüberwachung ist zudem auszuführen, dass ich die für die Videoaufzeichnung vorgesehene Löschungsfrist in Art. 23 Abs. 3 S. 2 für zu lange halte. In der Regel wird man – im Vergleich zur Untersuchungshaft oder Strafhaft – bei der öffentlich-rechtlichen Unterbringung keine Erkenntnisse für das Straf- oder Vollstreckungsverfahren aus der Besuchsüberwachung und anschließenden Auswertung der Aufzeichnung gewinnen können, so dass insbesondere schon fraglich erscheint, ob eine Aufzeichnung überhaupt erforderlich ist. Zumindest wird bei öffentlich-rechtlich untergebrachten Personen in der Regel nicht von den Haftgründen der Untersuchungshaft – Fluchtgefahr und Verdunkelungsgefahr – auszugehen sein und damit dürften auch die Fälle einer optischen und auch akustischen Besuchsüberwachung auf ein Minimum zu beschränken sein. Wenn überhaupt eine Aufzeichnung erforderlich sein sollte, sollte die Löschungsfrist eine Woche nicht überschreiten.

Auch ist zu erwähnen, dass sich im Gesetzentwurf keine dem Art. 17 BayUnterbrG vergleichbare Regelung über die Verwertung von aus Art. 23 und 24 erlangten Kenntnissen findet. Auch die Verweisungsnormen in Art. 24 auf das BaySvVollzugG enthalten keine diesbezüglichen Regelungen. Aus datenschutzrechtlicher Sicht ist dies äußerst problematisch. Erforderlich ist hier eine Regelung, die insbesondere auch eine strenge Regelung zur Zweckbindung sowie -änderung bei der Verwendung von Daten enthält. Die Überwachung von Besuchen sowie des Post- und Telekommunikationsverkehrs stellt einen schwerwiegenden Eingriff in die Grundrechte u.a. der untergebrachten Person dar. Berück-

sichtigung sollte auch wiederum der Kernbereich privater Lebensgestaltung finden.

- **Zu Art. 24 Außenkontakte, Besuche bestimmter Personen**

Die Ermächtigung zur Kontrolle des Schriftverkehrs ist aus datenschutzrechtlicher Sicht zu weitreichend. Vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur akustischen Besuchsüberwachung (vgl. BVerfGE a.a.O.) sollte Art. 24 geändert werden. Eine inhaltliche Kontrolle sollte nur dann erlaubt werden, wenn sie im Einzelfall zur Abwendung einer schwerwiegenden Störung der Ordnung in der Einrichtung erforderlich ist. Greift die Maßnahme auch in das Grundrecht aus Art. 6 GG ein, bedarf es einer besonders eingehenden Prüfung.

Es wäre mitunter wünschenswert, wenn noch ein Absatz 2 oder Satz 5 mit dem Inhalt ergänzt würde, dass die untergebrachte Person bei einem Anhalten bzw. Öffnen und Durchsuchen von Brief- und Paketsendungen unverzüglich zu benachrichtigen ist, soweit dies ohne Gefährdung der Ziele der Unterbringung möglich ist. Zumindest sollte gesetzlich normiert sein, dass im Falle der Zurückhaltung dann der Absender zu verständigen oder die Sendung zurückzusenden ist. Nur im Falle der Untunlichkeit sind die Sendungen aufzubewahren. Entsprechendes gilt auch für Schreiben der untergebrachten Person. Des Weiteren sollte es hier eine Dokumentationspflicht geben. Nach der derzeitigen gesetzlichen Regelung kann keinerlei Überprüfung stattfinden. Zwar ist in Art. 29 Abs. 3 BaySvVollzugG dieser Themenkomplex geregelt, der über die Verweisung in Art. 24 S. 1 entsprechende Anwendung findet, allerdings finden sich auch hier keine Regelung bzw. keine Ausführungen zum Schutz des Kernbereich der privaten Lebensgestaltung. Im Hinblick auf das oben Gesagte sollte aber der Entwurf um entsprechende Regelungen zum Schutz des Kernbereichs der privaten Lebensgestaltung (zweistufiges Schutzkonzept) ergänzt werden. Relevant wird dies insbesondere auch beim Kontakt – sei es Besuch oder Schriftverkehr – mit Rechtsanwälten. An dieser Stelle möchte ich auch auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 20.04.2016 (BVerfGE 141, 220) zum BKA-Gesetz hinweisen, welches vorliegend insbesondere wegen der Regelungen hinsichtlich Berufsheimnisträgern vom Rechtsgedanken her Berücksichtigung finden muss. So führt das Bundesverfassungsgericht u.a. Folgendes in seinen amtlichen Leitsätzen aus: „Die Ausgestaltung solcher Befugnisse muss dem Verhältnismäßig-

keitsgrundsatz genügen. Befugnisse, die tief in das Privatleben hineinreichen, müssen auf den Schutz oder die Bewehrung hinreichend gewichtiger Rechtsgüter begrenzt sein, setzen voraus, dass eine Gefährdung dieser Rechtsgüter hinreichend konkret absehbar ist, dürfen sich nur unter eingeschränkten Bedingungen auf nichtverantwortliche Dritte aus dem Umfeld der Zielperson erstrecken, verlangen überwiegend besondere Regelungen zum Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung sowie einen Schutz von Berufsgeheimnisträgern, individuellen Rechtsschutz und aufsichtliche Kontrollen ...“.

Mitunter sollte in Abs. 1 auch das Erforderlichkeitskriterium in Anlehnung an § 20 Abs. 2 des Thüringer Gesetzes zur Hilfe und Unterbringung psychisch kranker Menschen (ThürPsychKG) aufgenommen werden.

- **Zu Art. 28 Durchsuchungen und Untersuchungen**

Zwar wird hier im Abs. 1 das Verfahren für eine rechtmäßige Durchsuchung geregelt. S. 6 des Abs. 1 sollte aber noch dahingehend konkretisiert und geändert werden, dass „Unbeteiligte (Dritte), insbesondere andere untergebrachte Personen“ nicht anwesend sein dürfen.

Wünschenswert wäre auch, wenn an Abs. 2 zudem ein Satz 3 angefügt würde, in welchem auf Abs. 1 S. 2 bis 6 verwiesen wird. Ansonsten könnte man nach der systematischen Auslegung im Vergleich zu Abs. 1 und 3, in welchen diese Verweisung explizit in S. 2 aufgenommen ist, auf den Gedanken kommen, dass die Durchsuchung i.S.d. Abs. 2 geringeren Voraussetzungen unterliegt.

Empfehlenswert wäre zudem, wenn – zur Vermeidung von Unklarheiten – ergänzt würde, dass die Durchsuchung und Untersuchung in einem geschlossenen Raum durchzuführen sind.

Abs. 4 regelt, dass bestimmte untergebrachte Personen bei jeder Rückkehr in die Einrichtung oder in die Station und nach jedem Besuch zu durchsuchen oder untersuchen sind. Fraglich ist hier, wer in diese Personengruppe fällt. Nach welchen Kriterien hier eine Bestimmung erfolgt, bleibt offen. Auch in der Begründung zu Art. 28 erfolgt hier kein näheres Eingehen darauf, wer in den Anwendungsbereich des Art. 28 Abs. 4 fällt bzw. fallen könnte. Es wird hier zwar auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz eingegangen, welcher die Berücksichtigung der Per-

sönlichkeit der untergebrachten Person sowie eine Differenzierung nach Patientengruppen gebietet. Dies ist meiner Meinung nach jedoch zu unbestimmt. Insbesondere bleibt auch offen, ob hier eine Art Liste erstellt wird, in welche diese ausgewählten „bestimmten“ Personen dann eingetragen werden. In diesem Zusammenhang möchte ich auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts vom 05.11.2016 (Az.: 2 BvR 6/16) hinweisen. Nach dem Beschluss vom 05.11.2016 verletzt *„eine auf Art. 91 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 BayStVollzG gestützte Durchsuchungsanordnung, nach der jeder fünfte Gefangene an einem bestimmten Tag vor der Vorführung zum Besuch körperlich zu durchsuchen ist, ... das allgemeine Persönlichkeitsrecht des betroffenen Gefangenen und trägt dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht ausreichend Rechnung, wenn sie kein Absehen von der Durchsuchung für den Fall vorsieht, dass die Gefahr eines Missbrauchs fernliegt.“*. In vorliegendem Fall ist nicht erkennbar, welchen Zweck diese anlasslose Durchsuchung oder Untersuchung verfolgt. Insbesondere die Begründung nach der zwischen Personengruppen zu differenzieren ist, kann nicht standhalten.

- **Zu Art. 29 Besondere Sicherungsmaßnahmen**

Nach Art. 29 Abs. 3 S. 2 ist eine Durchsuchung möglich. Es wäre empfehlenswert, eine vergleichbare Regelung wie in Art. 28 Abs. 1 S. 2 bis 6 zu treffen bzw. eine Verweisung hierauf in den Gesetzestext mit aufzunehmen.

Auch wäre es sinnvoll, in Art. 29 zur Klarstellung die Dokumentationspflicht der Anordnung bzw. Vornahme von besonderen Sicherungsmaßnahmen in der Krankenakte, welche die Begründung auf S. 54 vorschreibt, mit einem Satz in den Gesetzestext mit aufzunehmen. Möglicherweise erscheint hier eine Verweisung auf Art. 32 im Gesetzestext angezeigt.

Weder aus Art. 29 Abs. 2 Nr. 1 noch aus Art. 9 Abs. 1 Nr. 8 und auch nicht aus der jeweiligen Begründung lässt sich entnehmen, in welchen Bereichen bzw. Räumlichkeiten eine optisch-elektronische Überwachung erfolgen darf. Hier sollte klargestellt werden, dass eine Videoüberwachung nur in Wohn- und Aufenthaltsräumen zulässig ist und auch nur unter der Prämisse, dass dies zur Abwehr einer erheblichen Gefahr für Leib oder Leben der untergebrachten Person oder eines Dritten erforderlich ist.

Darüber hinaus sollte der Entwurf um ein generelles Verbot der optisch-elektronischen Überwachung von ärztlichen Behandlungszimmern ergänzt bzw. zumindest eine Klarstellung diesbezüglich in der Begründung vorgenommen werden.

- **Zu Art. 31 Datenschutz**

Auf die grundlegende Problematik der Regelungstechnik habe ich bereits eingangs hingewiesen. Ergänzend möchte ich Folgendes anmerken:

Art. 31 verweist auf die Anwendbarkeit des Art. 34 BayMRVG, welcher wiederum auf das BayStVollzG mit gewissen Änderungen/Maßgaben verweist.

Art. 34 BayMRVG birgt jedoch selbst Unklarheiten oder die Gefahr von Missverständnissen, als die Verweisung auf die Art. 196 ff. BayStVollzG, so auch ausdrücklich auf Art. 200 BayStVollzG, mit der Maßgabe erfolgt, dass nach Art. 34 S. 1 Ziff. 2 zulässigerweise erhobene Daten auch für andere genannte Zwecke gespeichert, verarbeitet oder genutzt werden dürfen. Diese Maßgabe könnte bei unbefangener Betrachtung auch auf den Schutz der besonderen Daten nach Art. 200 BayStVollzG angewendet werden können. Dies würde der herausragenden Bedeutung der dort geschützten Daten nicht gerecht werden. So erlaubt Art. 34 S. 1 Ziff. 2c BayMRVG insbesondere eine zweckändernde Nutzung und Verarbeitung für die Überprüfung der Tätigkeit der Beschäftigten oder ihrer Aus-, Fort- und Weiterbildung. Auch wenn diese Zweckänderung ausdrücklich unter dem Vorbehalt steht, dass überwiegende Interessen des Betroffenen nicht entgegenstehen, so wird nach dem Gesetzestext über Art. 34 S. 1 Ziff. 2 BayMRVG auch die Abwägung über eine zweckändernde Nutzung und Verarbeitung auch der besonders geschützten Daten ermöglicht. Gerade die Zwecke des Art. 34 S. 1 Ziff. 2c BayMRVG können eine solche jedoch aus datenschutzrechtlicher Sicht keinesfalls rechtfertigen. Der notwendige stärkere Schutz der besonderen Daten i.S.d. Art. 31 i.V.m. Art. 34 S. 1 BayMRVG i.V.m. Art. 200 BayStVollzG würde nach dieser – dem Wortlaut nach – möglichen Lesart unterlaufen. Ich halte es daher für geboten, das Verhältnis der Maßgabe des Art. 34 S. 1 Ziff. 2 BayMRVG zur grundsätzlichen Verweisung auf die Schutzvorschrift des Art. 200 BayStVollzG bereits im Gesetzestext eindeutig zu fassen, um das Schutzniveau der besonderen Daten im Vergleich zu Art. 200 BayStVollzG nicht zu unterlaufen.

Zusammenfassend ist auszuführen, dass unter dem Gesichtspunkt der Normenklarheit die Verweisungsketten bedenklich sind, eine Verweisung auf Art. 34 BayMRVG, welcher der RLDSJ unterliegt, nicht ohne weiteres passt.

Vor dem Hintergrund der Wesentlichkeitslehre des Bundesverfassungsgerichts (s.o. BVerfGE a.a.O.) wären eigenständige Datenschutzregelungen (Datenerhebung, -übermittlung, Schutz besonderer Daten, Löschung, Sperrung und Berichtigung von Daten) empfehlenswert.

- **Zu Art. 38b I Nr. 5**

Da hier eine Verweisung auf die Art. 21 bis 25 – mit teilweise besonderen Maßgaben – erfolgt, wird diesbezüglich auf das oben Gesagte verwiesen.

- **Zu Art. 38b Abs. 1 Nr. 21**

Die Maßregelvollzugseinrichtungen sind nach Entlassung mitunter lediglich für die ambulante Nachsorge im Rahmen der Bewährungs- und/oder Führungsaufsicht zuständig. Inwiefern hier aufgrund dieses Aufgabenbereichs erforderlich ist, dass die Fachaufsichtsbehörde einen Bundeszentralregisterauszug (BZR-Auszug) gem. Art. 50 Abs. 3 BayMRVG-neu soll einholen dürfen, erschließt sich mir nicht. Es ist nicht eindeutig erkennbar, inwiefern die Erhebung personenbezogener Daten in Form der Einholung eines BZR-Auszuges und eines Führungszeugnisses zur Qualitätssicherung des bayerischen Maßregelvollzugs dient. Eine Straffreiheit wird lediglich und auch ausreichend durch das bewährungsüberwachende Gericht sowie die Vollstreckungsbehörde und die Führungsaufsichtsstelle überprüft. Unklar ist, ob neben dem BZR-Auszug ein Führungszeugnis eingeholt werden darf. Eine Begründung liegt hierzu nicht vor. Nach meiner Auffassung ist ein Führungszeugnis auch nicht zusätzlich erforderlich. Zudem geht der Wortlaut des Gesetzes auch „nur“ von der Einholung eines BZR-Auszuges aus. Die Begründung (S. 61) weist aber auf die Einholung eines BZR-Auszuges gem. § 42a Abs. 1a Bundeszentralregistergesetz (BZRG) bzw. die Einholung eines Führungszeugnisses gem. § 31 Abs. 1 BZRG hin. Da dem Wortlaut nach nur eine BZR-Auskunft i.S.d. § 42a Abs. 1a BZRG ersichtlich ist, führt dies zu Missverständnissen. Begrüßenswert wäre eine diesbezügliche Klarstellung, falls man überhaupt von einer Erforderlichkeit dieser Regelung ausgehen kann.

Empfehlenswerte Ergänzung

Das Gesetz lässt eine Regelung zur Zimmerbelegung vermissen. So wird nicht geregelt, ob eine Unterbringung in Mehrbettzimmern möglich ist oder nicht. So könnte sich eine Normierung hier an Art. 20 Abs. 2 BayStVollzG anlehnen. Dort wird bestimmt, welche Art der Zimmerbelegung – Ein- oder Zweibettzimmer – den Regelfall darstellen soll bzw. unter welchen Voraussetzungen eine Unterbringung im Mehrbettzimmer überhaupt möglich sein soll.

Gemäß der vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Wesentlichkeitslehre (s.o. BVerfGE a.a.O.) muss der Gesetzgeber „in grundlegenden normativen Bereichen, zumal im Bereich der Grundrechtsausübung ... alle wesentlichen Entscheidungen ... selbst treffen.“ Er hat die wesentlichen Entscheidungen über die Voraussetzungen, Umstände und Folgen von Eingriffen selbst zu treffen und darf sie nicht an die Verwaltung delegieren. Da die gemeinschaftliche Unterbringung in einer Einrichtung einen erheblichen Eingriff u.a. in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung gem. Art. 2 Abs. 1 und Art. 1 Abs. 1 GG darstellt, halte ich es für erforderlich, dass die Voraussetzungen für eine gemeinschaftliche Unterbringung im BayPsychKHG selbst normiert werden. Ich weise darauf hin, dass im BayStVollzG – trotz der im Strafvollzug bestehenden Raumnot – der Grundsatz der Einzelunterbringung bewusst nicht beseitigt wurde, „da die gemeinschaftliche Unterbringung von Gefangenen während der Ruhezeit die Gefahr von Konflikten und Übergriffen birgt ...“ (vgl. Gesetzesbegründung zu Art. 20 BayStVollzG, LT-Drs. 15/101, S. 55).

Vor diesem Hintergrund bitte ich normklare Regelungen zu den Unterbringungsräumen in das Gesetz aufzunehmen. Auch sollte sich dann zumindest in der Gesetzesbegründung ein Passus betreffend der Möglichkeit der sicheren und vertrauensvollen Aufbewahrung persönlicher Habseligkeiten finden, sofern eine Unterbringung in Mehrbettzimmern angedacht ist.

Nachtrag

Im Gesetzentwurf vom 10.04.2018 wurden nochmals Änderungen im Vergleich zum Gesetzentwurf vom 12.03.2018 (zu diesem Stand des Gesetzentwurf wurde die letzten Stellungnahme im Rahmen der Ressortanhörung, 2. Durchgang, abgegeben) vorgenommen. Zu folgenden Vorschriften wird nun noch ergänzend Stellung bezogen:

- **Zu Art. 14 Abs. 4 S. 3**

Bisher wurde das Fehlen einer „Erforderlichkeitsprüfung“ hinsichtlich der Mitteilung an die Polizeidienststelle gerügt (Fall des Diabetikers im Unterzuckerzustand). Nun wurde S. 3 neu eingefügt. Nach dem zweiten Halbsatz werden demnach auch an die Kreisverwaltungsbehörde (diese wurde ebenfalls neu eingefügt) und die Polizeidienststelle die notwendigen Informationen zur Gefährdungseinschätzung bei einer bevorstehenden Entlassung übermittelt, obwohl die Voraussetzungen des Art. 5, also die Voraussetzungen für eine öffentlich-rechtliche Unterbringung, nicht erfüllt sind.

Eine solche Übermittlung ist schon gar nicht erforderlich, wenn bereits die Mitarbeiter in der Anstalt nach Art. 8 eine Einschätzung bzw. eine Erforderlichkeitsprüfung selbst vornehmen.

Konsequenz der geänderten Vorschrift ist nun, dass immer eine Mitteilung bei einer bevorstehenden Entlassung erfolgen wird und dass auch immer die notwendigen Informationen zur Gefährdungseinschätzung übermittelt werden.

- **Zu Art. 26 Abs. 4 S. 2**

Von der Gewährung bestimmter Belastungserprobungen (unbegleitete Ausgänge, unbegleitete Außenbeschäftigung und Beurlaubung) soll eine Benachrichtigung erfolgen. Es stellt sich hier aber schon die Frage, wieso Personen unbegleiteter Ausgang, eine unbegleitete Außenbeschäftigung oder eine Beurlaubung gewährt werden soll bzw. wurde, wenn diesen weiterhin/noch eine Fremdgefährdung zugeschrieben wird. Gemäß Auslegung des Wortlauts muss es sich um eine aktuelle Fremdgefährdung handeln. In diesen Fällen sollte dann aber eine solche Belastungserprobung gar nicht erfolgen, da in den überwiegenden Fällen die Voraussetzungen für die Gewährung dieser Belastungserprobungen gar nicht vorliegen werden (Art. 26 Abs. 1 S. 1 Nr. 2: „Achtung der Grenzen der ihr gewährten Freiheit“).

- **Zu Art. 27 Abs. 4 S. 2**

Es geht vorliegend um die Benachrichtigung bei der Beendigung der Unterbringung rechtzeitig vor Entlassung. Dieser Satz 2 wurde neu eingeführt. Eine Erforderlichkeitsprüfung wurde abermals nicht eingeführt, s.o. zu Art. 14 Abs. 4 S. 3.

gez.

Prof. Dr. Thomas Petri