



**Novellierung des Bayerischen Verfassungsschutzgesetzes  
Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Staatsregierung (LT-Drs.  
17/10014)**

Im Vergleich zur bisherigen Fassung des Bayerischen Verfassungsschutzgesetzes (nachfolgend: BayVSG) enthält der Gesetzentwurf (nachfolgend: BayVSG-E) erhebliche datenschutzrechtliche Verschlechterungen.

Vorab möchte ich auf diejenigen Punkte hinweisen, denen ich besondere Bedeutung beimesse:

- Die Regelung zur Speicherung Dritter weist Lücken auf. Es muss gesetzlich sichergestellt werden, dass eine Suche nach den Daten Dritter technisch gar nicht erst möglich ist (vgl. bei Art. 5 Abs. 1 Satz 3 HS. 2 BayVSG-E).
- Bei den grundrechtssichernden Verfahrensvorschriften sind Verschlechterungen gegenüber dem Schutzniveau des geltenden BayVSG nicht hinnehmbar (vgl. meine nachfolgenden Ausführungen etwa bei Art. 7 ff. BayVSG-E zu Verweisungen auf das G10-Gesetz oder bei Art. 12 BayVSG-E zur Bestandsdatenauskunft über Zugangssicherungs-codes).
- Für den Abruf von Verkehrsdaten, die der neuen Vorratsdatenspeicherung unterfallen, ist der Schutz der Berufsgeheimnisträger zu verbessern und die Abrufbefugnis entsprechend den Vorgaben des *BVerfG* aus dem Urteil zur Vorratsdatenspeicherung vom 02.03.2010, 1 BvR 256/08, 1 BvR 263/08 u. 1

./.

BvR 586/08, BVerfGE 125, 260 verfassungskonform auszugestalten (vgl. bei Art. 13 Abs. 3 BayVSG-E).

- Die Novellierung des BayVSG darf den Schutz von Minderjährigen nicht herabsetzen (vgl. bei Art. 5 Abs. 1 Satz 4 BayVSG-E und Art. 19 Abs. 1 Satz 3 BayVSG-E). Eine Absenkung des Schutzniveaus an dieser Stelle sehe ich sehr kritisch.
- Die Lösungsfrist des Art. 19 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BayVSG-E von 15 Jahren ist insbesondere angesichts der Regelungslage auf Bundesebene nicht nachvollziehbar (vgl. bei Art. 19 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BayVSG-E BayVSG-E).
- Bei den Datenübermittlungsvorschriften sind die Vorgaben des *BVerfG* aus dem ATDG-Urteil vom 24.04.2013, Az. 1 BvR 1215/07, BVerfGE 133, 277 nicht ausreichend umgesetzt (vgl. bei Art. 22 und 23 BayVSG-E).
- Die Novellierung des BayVSG darf die Kontrollmöglichkeiten durch staatliche Stellen nicht einschränken. Die bestehenden Kontrollrechte des Parlamentarischen Kontrollgremiums werden jedoch teilweise reduziert (vgl. bei Art. 18 BayVSG-E). Zudem werden die für eine effektive Kontrolle notwendigen Dokumentationspflichten abgeschafft (vgl. bei Art. 23 BayVSG-E).

## **A. Anmerkungen zum Gesetzentwurf im Einzelnen:**

### **1.) Art. 1 BayVSG-E Organisation:**

Art. 1 BayVSG-E legt die Organisation des Landesamts für Verfassungsschutz (LfV) fest. Anders als bislang – Art. 1 Abs. 4 Satz 2 BayVSG – enthält die Neufassung jedoch keine Regelung mehr zum Verhältnis des LfV zur Polizei. Laut Gesetzesbegründung ergebe sich bereits *„unmittelbar aus den jeweiligen gesetzlichen Festlegungen der Behördenorganisation im Bayerischen Verfassungsschutzgesetz einerseits und im Polizeiordnungsgesetz andererseits“* (GesBegr. S. 43 f.), dass das LfV

und die Dienststellen der Polizei einander nicht angegliedert werden dürfen. Infolgedessen werde auf diese deklaratorische Klausel zukünftig verzichtet.

Um Missverständnisse zu vermeiden und der Bedeutung des institutionellen und informationellen Trennungsprinzips jedoch ausreichend Rechnung zu tragen, halte ich eine ausdrückliche Regelung des Verhältnisses des LfV zur Polizei in Art. 1 BayVSG-E weiterhin für erforderlich. Auch auf Bundesebene wurde im Zuge der jüngsten Novelle nicht von einer ausdrücklichen Gesetzesbestimmung abgesehen (siehe § 2 Abs. 1 Satz 3 BVerfSchGG).

## **2.) Art. 2 BayVSG-E Zusammenarbeit:**

Art. 2 Abs. 1 BayVSG-E verpflichtet das LfV zur Zusammenarbeit auch mit den Polizeibehörden, jedoch fehlt ein einschränkender Hinweis auf das Trennungsprinzip. Ohne eine solche Einschränkung ist die Regelung irreführend und wird der vom *BVerfG* im ATDG-Urteil vom 24.04.2013 (Az. 1 BvR 1215/07, BVerfGE 133, 277) herausgestellten Bedeutung des Trennungsgebots nicht gerecht.

Nachrichtendienste und Polizeibehörden haben derart unterschiedliche Aufgaben, eine unterschiedliche Art der Aufgabenwahrnehmung und unterschiedliche Anforderungen an die Datenerhebung, dass der Zusammenführung von Daten und damit auch der Datenübermittlung grundsätzlich enge Grenzen gesetzt sind (BVerfGE 133, 277, 324 f., Rn. 115). Der Nachrichtendienst arbeitet grundsätzlich verdeckt, ist auf Beobachtung und Aufklärung im Vorfeld zur politischen Information beschränkt und weniger ausdifferenzierten Rechtsgrundlagen unterworfen (BVerfGE 133, 277, 328 f., Rn. 122). Operative Gefahrenabwehr ist nicht Aufgabe des Nachrichtendienstes, ebenso wenig die Verhütung konkreter Straftaten oder die Vorbereitung entsprechender operativer Maßnahmen (BVerfGE 133, 277, 326, Rn. 118). Demgegenüber arbeitet die Polizei grundsätzlich offen, ist auf eine operative Aufgabenwahrnehmung ausgerichtet. Ihre Befugnisse sind nur aus konkretem Anlass verliehen und gesetzlich wesentlich enger und präziser gefasst und abgegrenzt (BVerfGE 133, 277, 327 ff., Rn. 120 ff).

Aus diesen Unterschieden zwischen Polizei und Nachrichtendienst folgt aus dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung und den Darlegungen zum Grundsatz der Zweckbindung für das Verhältnis zwischen Polizei und Nachrichtendienst (vgl. BVerfGE 133, 277, 329, Rn.123: „*insoweit*“) ein informationelles Trennungsprin-

zip, wonach ein Datenaustausch zwischen den Nachrichtendiensten und Polizeibehörden nur in eng begrenzten Ausnahmefällen zulässig ist (siehe hierzu auch die weiteren Ausführungen unter A.14.a. und A.15.b.).

Diese institutionelle und informationelle Trennung sollte in Art. 2 BayVSG-E klar zum Ausdruck gebracht werden.

### **3.) Art. 5 BayVSG-E Allgemeine Befugnisse:**

#### **a) Trennungsprinzip:**

Auch in Bezug auf die Befugnisnorm des Art. 5 BayVSG-E halte ich eine klarstellende Regelung erforderlich, dass das LfV zu polizeilichen Maßnahmen nicht befugt ist. Es ist kein Grund ersichtlich, diesbezüglich vom bestehenden Recht (siehe Art. 1 Abs. 4 Satz 3 Alt. 2 BayVSG) und der bundesrechtliche Regelung (§ 8 Abs. 3 HS. 2 BVerfSchG) abzuweichen. Ein Verzicht auf diese Klarstellung wird der Bedeutung des Trennungsgebots nicht gerecht. Dass dem LfV keine polizeilichen Exekutivbefugnisse zustehen, lässt sich – anders als von der Gesetzesbegründung (S. 59 f.) angeführt – den Art. 5 ff. BayVSG-E nicht ohne Weiteres entnehmen. Denn auch der Polizei stehen etwa Instrumente der akustischen Wohnraumüberwachung (Art. 34 PAG), der Ortung von Mobilfunkendgeräten (Art. 34a Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 PAG), der Online-Durchsuchung (Art. 34d PAG) sowie des Einsatzes Verdeckter Ermittler (Art. 35 PAG) zu, wie sie auch für das LfV vorgesehen sind (siehe Art. 8, 11, 9 und 16 BayVSG-E). Vor diesem Hintergrund halte ich eine dem bisherigen Art. 1 Abs. 4 Satz 3 Alt. 2 BayVSG entsprechende Regelung für angezeigt.

Zudem sollte – in konsequenter Fortführung der Aufnahme der Strafverfolgungsbehörden in die Kooperationsklausel des Art. 2 Abs. 1 BayVSG-E – das Umgehungsverbot des Art. 5 Abs. 2 Satz 2 BayVSG-E auch auf die Staatsanwaltschaften erstreckt werden.

#### **b) Abfrageverbot bzgl. gespeicherter Daten Dritter (Art. 5 Abs. 1 Satz 3 HS. 2 BayVSG-E):**

Bezüglich der Speicherung der Daten Dritter reicht das bloße Verbot in Art. 5 Abs. 1 Satz 3 HS. 2 BayVSG-E („die Abfrage der Daten Dritter ist insoweit unzulässig“) nicht

aus, um deren Rechte sicherzustellen. Die Daten Dritter dürfen nur nichtrecherchierbar gespeichert werden. Dies ist durch eine Normierung entsprechender technischer Maßnahmen zu gewährleisten. Andernfalls entstünde eine umfassende Volltextrecherchemöglichkeit. Das Argument der Praktikabilität (GesBegr. S. 58) stellt keine hinreichende Rechtfertigung dar, weil es dem verfassungsrechtlich begründeten Erforderlichkeitsprinzip zuwiderlaufen würde.

**c) Speicherung der Daten Minderjähriger ab Vollendung des 14. Lebensjahres (Art. 5 Abs. 1 Satz 4 BayVSG-E):**

Art. 5 Abs. 1 Satz 4 BayVSG-E („solange der Betroffene nicht das 14. Lebensjahr vollendet hat“) lässt nunmehr eine Auslegung zu, derzufolge der bisherige Werdegang eines Minderjährigen ab dem Zeitpunkt des vollendeten 14. Lebensjahres nachträglich erfasst werden kann. Eine Verschlechterung in diesem Bereich sehe ich sehr kritisch. Art. 5 BayVSG-E dient dem Schutz der Minderjährigen und soll diese davor bewahren, noch nach Jahren ihre „Jugendsünden“ angelastet zu bekommen. Insbesondere Minderjährigen steht ein Recht auf Resozialisierung zu, dies umso mehr, als sie die Tragweite ihrer Handlungen aufgrund der altersbedingten Entwicklung noch nicht hinreichend überblicken können. Ihnen kann die geistige Reife fehlen, das Unrecht möglicher Straftaten und verfassungsfeindlicher Bestrebungen einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln (siehe auch § 3 JGG, der im Übrigen ebenfalls erst bei Jugendlichen ab 14 Jahren zur Anwendung gelangt, § 1 Abs. 2 JGG i.V.m. § 19 StGB). Eine retrograde Erfassung von Sachverhalten, die sich vor Vollendung des 14. Lebensjahres ereignet haben, käme einer Rückwirkung gleich und begegnet daher Bedenken.

Zwar konnte ich im Rahmen der Ressortanhörung erreichen, dass in der Gesetzesbegründung die nachträgliche Speicherungsmöglichkeit auf „*Einzelfälle*“ des politischen Extremismus „*unter Berücksichtigung der besonderen Schutzwürdigkeit von Minderjährigen*“ beschränkt wurde und nicht für Fälle allgemeiner Organisierter Kriminalität gilt (s. GesBegr. S. 59). Diese Einschränkung stellt bereits eine erhebliche Verbesserung dar. Wünschenswert wäre jedoch die Beibehaltung der bisherigen Regelung des Art. 7 Abs. 2 Satz 1 BayVSG, wonach „*personenbezogene Daten über das Verhalten einer Person vor Vollendung des 14. Lebensjahres...nicht in Dateien gespeichert werden*“ dürfen.

#### **4.) Unterabschnitt 2 Art. 7 ff. BayVSG-E Nachrichtendienstliche Mittel:**

##### **a) Abhören und Aufzeichnen des nichtöffentlich gesprochenen Wortes außerhalb von Wohnungen:**

Der Entwurf regelt das Abhören und die Aufzeichnung des außerhalb von Wohnungen gesprochenen Wortes (Art. 6d BayVSG) nicht mehr. Soweit diese Maßnahme nunmehr unter die Generalklausel für nachrichtendienstliche Mittel des Art. 7 Abs. 1 BayVSG-E fällt, halte ich das für verfassungsrechtlich problematisch. Zum einen ist die Maßnahme so eingriffsintensiv, dass sie weiterhin ausdrücklich geregelt werden muss. Zum anderen steht Art. 6d BayVSG unter den besonderen Verfahrensvorschriften des Art. 6f Abs. 4 BayVSG-E (Genehmigung des LfV-Präsidenten oder dessen Vertreters, Schutz von Berufsgeheimnisträgern, Kernbereichsschutz), welche für Maßnahmen allein aufgrund von Art. 7 BayVSG-E nicht mehr vorgesehen sind.

##### **b) Benennung der einfachen nachrichtendienstlichen Mittel in interner Dienstvorschrift:**

Verfassungsrechtliche Bedenken habe ich auch in Bezug auf Art. 7 Abs. 2 BayVSG-E, soweit die zulässigen nachrichtendienstlichen Mittel lediglich in einer Dienstvorschrift und nicht im Gesetz selbst aufzuführen sind. Art. 7 Abs. 2 Satz 1 BayVSG-E genügt damit den vom *BVerfG* aufgestellten Anforderungen an die Grundsätze der Normenbestimmtheit und Normenklarheit nicht. Danach muss der Betroffene anhand der gesetzlichen Regelung die Rechtslage so erkennen können, dass er sein Verhalten danach auszurichten vermag (siehe etwa *BVerfG*, Urt. v. 27.07.2005, Az. 1 BvR 668/04, *BVerfGE* 113, 348, 375 f. zur Verfassungswidrigkeit der niedersächsischen Regelung zur präventiven Telekommunikationsüberwachung). Anders als z.B. in Art. 33 PAG, der den Einsatz besonderer Mittel der Datenerhebung durch die Polizei präzise regelt, sind die zulässigen nachrichtendienstlichen Mittel in Art. 7 BayVSG-E trotz der Heimlichkeit der Maßnahme und der damit verbundenen gesteigerten Intensität des Eingriffs nicht genannt. Welche Arten von nachrichtendienstlichen Mitteln dem LfV zustehen und unter welchen Voraussetzungen diese eingesetzt werden dürfen, entzieht sich damit weitgehend der Kenntnis der Öffentlichkeit und der Betroffenen.

Darüber hinaus fehlen besondere Zulässigkeitsvoraussetzungen, die nach der jeweiligen Eingriffstiefe des angewendeten Mittels zu bemessen sind. Eine pauschale Bezugnahme allein auf die allgemeine Befugnisnorm des Art. 5 Abs. 1 BayVSG-E und damit auf die Aufgabenerfüllung des LfV halte ich jedenfalls in den Fällen, in denen von einer besonderen Schwere des Eingriffs auszugehen ist (z.B. längerfristige Observation, Rasterfahndung), für äußerst bedenklich. In § 8 Abs. 2 Satz 1 BVerfSchG sind die gegenwärtig typischerweise verwendeten nachrichtendienstlichen Mittel im Sinne einer entwicklungsoffenen Regelung beispielhaft aufgeführt. In § 5 Abs. 2 VSG NRW und § 10 Abs. 1 ThürVerfSchG werden die nachrichtendienstlichen Mittel sogar ausdrücklich und abschließend im Gesetz aufgeführt. Die genannten Regelungen zeigen, dass die im Hinblick auf das Erfordernis der Normenbestimmtheit gebotene Aufzählung nachrichtendienstlicher Mittel im Gesetz möglich und mit dem Geheimhaltungsinteresse der Verfassungsschutzbehörde auch grundsätzlich vereinbar ist.

Die Benennung nachrichtendienstlicher Mittel ausschließlich in einer internen Dienstvorschrift genügt zudem den Anforderungen des Vorbehalts des Gesetzes nicht. Gemäß diesem Grundsatz sind Maßnahmen, die – wie nachrichtendienstliche Mittel – in Grundrechte eingreifen, nur zulässig, wenn sie durch ein Gesetz, das den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügt, erlaubt sind. Gemäß der vom *BVerfG* entwickelten Wesentlichkeitslehre muss der Gesetzgeber „*in grundlegenden normativen Bereichen, zumal im Bereich der Grundrechtsausübung ... alle wesentlichen Entscheidungen selbst ... treffen*“ (BVerfGE 61, 260, 275; 88, 103, 116). Vor dem Hintergrund der Wesentlichkeitslehre habe ich auch erhebliche Bedenken, ob Art. 7 BayVSG-E für die Fertigung von z.B. Fotografien und Videoaufzeichnungen von Versammlungsteilnehmern durch das LfV eine ausreichende Grundlage darstellt, insbesondere da Art. 9 BayVersG eine entsprechende Befugnis nur für die Polizei bereithält.

Ich halte es deshalb für notwendig, dass in Art. 7 BayVSG-E selbst die für einen Einsatz in Betracht kommenden nachrichtendienstlichen Mittel, soweit von einer besonderen Eingriffsintensität auszugehen ist, sowie einschränkende Anwendungsvoraussetzungen aufgenommen werden.

**c) Grundrechtssichernde Verfahrensregelungen:**

In Art. 7 BayVSG-E fehlen zudem grundrechtssichernde Verfahrensregelungen, wie etwa der Kernbereichsschutz und die Benachrichtigungspflicht, obwohl es sich um eingriffsintensive verdeckte Maßnahmen handelt:

Beim Einsatz nachrichtendienstlicher Mittel muss durch geeignete Regelungen der verfassungsrechtlich gebotene Schutz des unantastbaren Kernbereichs privater Lebensgestaltung gewährleistet werden. Darüber hinaus ist der Betroffene nach Beendigung der Maßnahme grundsätzlich zu benachrichtigen. Die vom *BVerfG* in der Entscheidung zum sog. großen Lauschangriff (vom 03.03.2004, Az. 1 BvR 2378/98, 1 BvR 1084/99, BVerfGE 109, 279, 315) dazu genannten Grundsätze sind weder auf den Schutz des Wohnraums noch auf repressive Maßnahmen beschränkt. So hebt das *BVerfG* auch im Urteil zur Online-Durchsuchung (vom 27.02.2008, Az. 1 BvR 370/07 und 1 BvR 595/07, BVerfGE 120, 274, 335) hervor, dass *„heimliche Überwachungsmaßnahmen staatlicher Stellen ... einen unantastbaren Kernbereich privater Lebensgestaltung zu wahren [haben], dessen Schutz sich aus Art. 1 Abs. 1 GG ergibt“*.

Die Verweisungen der Art. 8 ff. BayVSG-E auf Vorschriften des G10-Gesetzes dürfen vor diesem Hintergrund nicht zu einer Verschlechterung der bisherigen grundrechtssichernden Verfahrensvorschriften führen.

**5.) Art. 8 BayVSG-E Verdeckter Einsatz technischer Mittel im Schutzbereich von Art. 13 GG und Art. 106 Abs. 3 BV:**

**a) Straftatenkatalog (Art. 8 Satz 1 Nr. 1 BayVSG-E):**

Der Straftatenkatalog des Art. 8 BayVSG-E wird durch die Bezugnahme des Art. 8 Satz 1 Nr. 1 BayVSG-E auf § 100c Abs. 2 StPO (Taten aus dem Bereich Diebstahl, Geldwäsche, Hehlerei, Asylgesetz) erheblich ausgeweitet, was ich angesichts der hohen Eingriffsintensität der Wohnraumüberwachung kritisch sehe. Die Ausdehnung des Straftatenkatalogs stellt eine deutliche Verschlechterung gegenüber dem geltenden BayVSG dar.

## **b) Besondere Schutzvorschriften (Art. 8 Satz 2 BayVSG-E):**

### **aa) Automatische Aufzeichnung:**

Für bestimmte Fallgestaltungen ist nach der bisherigen Regelung eine automatische Aufzeichnung ausdrücklich unzulässig (Art. 6a Abs. 3 Satz 2 BayVSG). Durch die Verweisung des Art. 8 BayVSG-E auf § 3a G10 entfällt diese Ausnahmeregelung jedoch ersatzlos.

Im Urteil zur akustischen Wohnraumüberwachung hat das *BVerfG* entschieden, dass sich aus der Pflicht zur Unterbrechung der Abhörung bei Kernbereichsgesprächen im Sinne des Art. 1 Abs. 1 GG die Notwendigkeit ergeben kann, *„bei dem Abhören einer Privatwohnung auf eine nur automatische Aufzeichnung der abgehörten Gespräche zu verzichten, um jederzeit die Ermittlungsmaßnahme unterbrechen zu können“* (BVerfGE 109, 279, 324). Im Nachgang zu vorgenanntem Urteil wurde meine damalige Forderung nach Streichung der bislang enthaltenen Befugnis zur „nur automatischen“ Aufzeichnung umgesetzt und eine differenzierte Ausnahmeregelung eingeführt (vgl. mein 23. Tätigkeitsbericht 2008, Nr. 5.1.1 und 24. Tätigkeitsbericht 2010, Nr. 4.1).

Soweit Art. 8 BayVSG-E demgegenüber auf §§ 3a, 3b G 10 verweist, ist die Vorschrift verfassungsrechtlichen Bedenken ausgesetzt. Anders als Art. 8 BayVSG-E bezieht sich § 3a G10 lediglich auf mögliche Kernbereichsverletzungen durch Eingriffe in das Telekommunikationsgeheimnis. Sie weisen aber eine geringere Neigung zur Verletzung des Kernbereichs auf als die akustische Wohnraumüberwachung (vgl. BVerfGE 113, 348, 391 f.). Vor diesem Hintergrund halte ich die Aufnahme einer differenzierten Einzelfallregelung für erforderlich.

Zwar konnte ich im Rahmen der Ressortanhörung bereits erreichen, dass die Gesetzesbegründung dahingehend ergänzt wurde, dass *„schon vor Beginn der Überwachung...eine Prognose anhand der Umstände des Einzelfalles“* zu stellen ist, *„ob und inwieweit mit einer Erfassung kernbereichsrelevanter Inhalte zu rechnen ist. Unter Berücksichtigung der ‚Schadensgeneigtheit‘ der Überwachung ist dann eine Ermessensentscheidung zu treffen, ob allein eine automatische Aufzeichnung erfolgen kann oder parallel ein Mitarbeiter des Landesamts für Verfassungsschutz von den*

*erfassten Inhalten unmittelbar Kenntnis nehmen muss, damit er gegebenenfalls rechtzeitig die Maßnahme unterbrechen kann.*“ (GesBegr S. 69). Die Ergänzung der Gesetzesbegründung begrüße ich, halte jedoch weiterhin die Schaffung einer differenzierten Einzelfallregelung in Art. 8 BayVSG-E selbst für notwendig.

#### **bb) Schutz der Berufsheimnisträger:**

Hinsichtlich des Schutzes der Berufsheimnisträger verweist Art. 8 Satz 2 BayVSG-E auf § 3b G10, der zwischen bestimmten Berufsheimnisträgern unterscheidet. Eine solche Differenzierung habe ich bereits in der Vergangenheit regelmäßig abgelehnt (siehe mein 24. Tätigkeitsbericht 2010, Nr. 3.1.1 und 26. Tätigkeitsbericht 2014, Nr. 3.1.2).

Alle im Strafprozessrecht (§ 53 StPO) geschützten Berufsheimnisträger sind auch im BayVSG-E einheitlich zu schützen, und es ist keine Unterscheidung zwischen den verschiedenen Berufsgruppen vorzunehmen. Während nach § 3b Abs. 1 G10 die in Privatwohnungen geführten Gespräche, über die etwa Geistliche, Verteidiger oder etwa Bundestagsabgeordnete die Aussage verweigern können, nicht abgehört werden dürfen (absolutes Erhebungsverbot), ist nach § 3b Abs. 2 G10 eine Abhörung der mit anderen Berufsheimnisträgern (z.B. Rechtsanwälte, Notare, Ärzte, Zahnärzte, Apotheker, Hebammen und Journalisten) geführten Gespräche *„im Rahmen der Prüfung der Verhältnismäßigkeit unter Würdigung des öffentlichen Interesses an den von dieser Person wahrgenommenen Aufgaben und des Interesses an der Geheimhaltung der dieser Person anvertrauten oder bekannt gewordenen Tatsachen“* grundsätzlich zulässig (relatives Erhebungsverbot).

Ich kann keinen sachlichen Grund für die konkret getroffene Differenzierung zwischen „privilegierten“ und „anderen“ Berufsheimnisträgern erkennen. Die Gruppenauswahl beruht auf keinem schlüssigen Konzept. Der Verweis des Art. 8 BayVSG-E auf § 3b G10 führt zu einem Zwei-Klassen-System und ist unter Gleichbehandlungsgesichtspunkten (Art. 3 Abs. 1 GG) schwer nachzuvollziehen. Daher wäre es wünschenswert, im BayVSG-E eine eigenständige Regelung zu schaffen, die alle Berufsgruppen gleichermaßen schützt. Zumindest aber sollte die Differenzierung auf schlüssigen Erwägungen bezüglich der Vertraulichkeit des jeweiligen Berufsheimnisses beruhen.

**c) Schranken bei Überwachung von Wohnungen Dritter (Art. 8 Satz 2 BayVSG-E):**

Die Einschränkungen für den Einsatz gegen den Betroffenen in Wohnungen Dritter nach Art. 6a Abs. 4 Satz 2 BayVSG wurden nicht übernommen, diese sind auch nicht im in Bezug genommenen § 3 Abs. 2 G10 vorhanden. Allein der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in Art. 6 BayVSG-E ist für diesen Fall jedoch nicht konkret genug. Ich halte daher die Beibehaltung der bisherigen Schranken (Ausnahme von Berufsgeheimnisträgern, Aufenthalt des Adressaten in der Wohnung des Dritten, Subsidiaritätsklausel) für erforderlich.

**6.) Art. 9 BayVSG-E Verdeckter Zugriff auf informationstechnische Systeme:**

**a) Eingriffsschwelle:**

Bislang sind – in Umsetzung der Vorgaben des *BVerfG* im Urteil v. 27.02.2008, Az. 1 BvR 370/07 und 1 BvR 595/07, BVerfGE 120, 274, 328 zur Online-Durchsuchung – „*tatsächliche Anhaltspunkte einer konkreten Gefahr für ein überragend wichtiges Rechtsgut*“ (Art. 6e Abs. 1 Satz 1 BayVSG) notwendig gewesen, um eine verdeckte Online-Durchsuchung zu rechtfertigen. Nunmehr verweist Art. 9 BayVSG-E pauschal auf Art. 8 BayVSG-E. Die Regelung des Art. 8 BayVSG-E sieht als Eingriffsschwelle jedoch lediglich „*tatsächliche Anhaltspunkte für den Verdacht*“ vor, dass „*eine auch im Einzelfall besonders schwer wiegende Straftat*“, mithin eine solche v.a. des Straftatenkatalogs des § 100c Abs. 2 StPO begangen oder sogar lediglich geplant wird (Art. 8 Satz 1 Nr. 1 BayVSG-E). Die in § 100c Abs. 2 StPO vorgesehenen Anlasstaten sind jedoch – entsprechend BVerfGE 109, 279, 315 zum (repressiven) großen Lauschangriff – nur „*besonders schwere Straftaten*“. Auch Art. 8 Satz 1 Nr. 2 BayVSG-E hat nur sog. gemeingefährliche Straftaten zum Gegenstand, die an die vom *BVerfG* aufgestellten Maßstäbe zur Online-Durchsuchung nicht heranreichen. Die Verweisung des Art. 9 BayVSG-E auf den Straftatenkatalog des Art. 8 BayVSG-E begegnet deshalb erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken. Überragend wichtige Rechtsgüter sind nach der Entscheidung des *BVerfG* nur Leib, Leben und Freiheit der Person oder solche Güter der Allgemeinheit, deren Bedrohung die Grundlagen oder den Bestand des Staates oder die Grundlagen der Existenz der Menschen berührt (BVerfGE 120, 274, 328). Erforderlich ist mithin eine „*existenzielle*

*Bedrohungslage*“ (vgl. BVerfGE a.a.O.). Die Regelung des Art. 9 i.V.m. Art. 8 BayVSG-E wird daher – sowohl hinsichtlich des erforderlichen Gefahrengrades als auch hinsichtlich der geschützten Rechtsgüter – den vom *BVerfG* festgestellten hohen grundrechtlichen Anforderungen des Grundrechts auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme nicht gerecht.

**b) Verfahrensvorschriften:**

Nach der Gesetzesbegründung (GesBegr. S. 71 zu Art. 9 Nr. 1) soll es sich bei der Formulierung „*nach Maßgabe des Art. 8*“ um eine Rechtsgrundverweisung handeln, die auch die grundrechtssichernden Verfahrensvorschriften nach §§ 3 Abs. 2, 3a und 3b G10 umfasst. Dies kommt in der Formulierung jedoch nicht deutlich zum Ausdruck. Um die konsequente Beachtung der Verfahrensvorschriften zu gewährleisten, halte ich eine dahingehende Klarstellung für erforderlich. Dies umso mehr, als die mehrstufige Verweisung auf die Vorschriften des G 10-Gesetzes das Normverständnis ohnehin erschwert.

**c) Löschung der Daten Dritter:**

Bezüglich Art. 9 Nr. 2 BayVSG-E fehlt zudem die Regelung des Art. 6e Abs. 2 Satz 3 BayVSG, wonach Daten Dritter, die technisch unvermeidbar erhoben wurden, nach Beendigung der Maßnahme unverzüglich zu löschen sind.

**7.) Art. 10 BayVSG-E Verfahren bei Maßnahmen nach Art. 8 und 9 BayVSG-E:**

Art. 10 BayVSG-E statuiert die bei Durchführung der verdeckten Wohnraumüberwachung und Online-Durchsuchung zu beachtenden Verfahrensvorschriften. Anders als bislang Art. 6b BayVSG verzichtet Art. 10 BayVSG-E auf zahlreiche eigenständige Regelungen und verweist stattdessen auf die Vorschriften des G10-Gesetzes. Dies führt zu Verschlechterungen der grundrechtssichernden Verfahrensregelungen.

**a) Antragsbefugnis:**

Art. 10 BayVSG-E enthält für den Einsatz technischer Mittel in Wohnungen und die Online-Durchsuchung nicht mehr das Erfordernis, dass entsprechende Maßnahmen eines Antrags des LfV-Präsidenten des oder dessen Stellvertreters bedürfen (Art. 6b Abs. 1 ggf. i.V.m. Art 6f Abs. 5 Satz 1 BayVSG).

**b) Kennzeichnungspflicht:**

Die Verweisung des Art. 10 Abs. 2 Satz 3 (bzw. Art. 15 Abs. 2 Satz 2) BayVSG-E auf § 4 Abs. 3 G10 soll einen Verzicht auf die erforderliche Kennzeichnung der Daten ermöglichen. Eine solche Möglichkeit enthält das geltende BayVSG bislang nicht (Art. 6b Abs. 2 BayVSG).

**c) Frist für die Zurückstellung der Mitteilung:**

Durch die Verweisung in Art. 10 Abs. 2 Satz 3 BayVSG-E auf § 12 Abs. 1 G10 wird die Frist für die Zurückstellung der Mitteilung von bisher sechs (Art. 6b Abs.4 BayVSG) auf zwölf Monate verlängert.

**8.) Art. 12 BayVSG-E Auskunftersuchen zu Telekommunikation und Telemedien:**

**a) Grundrechtssichernde Verfahrensvorschriften bei Auskunft über Zugangssicherungs-codes (PW, PIN, PUK):**

Für Auskünfte über Zugangssicherungs-codes (Passwörter, PIN, PUK, siehe § 113 Abs. 1 Satz 2 TKG) nach Art. 12 Nr. 1 2.HS BayVSG-E sind bisherige grundrechtssichernde Verfahrensvorschriften (schriftlicher und begründeter Antrag durch den LfV-Präsidenten oder dessen Vertreter, Entscheidung hierüber durch das Staatsministerium des Innern sowie Benachrichtigung der und Kontrolle durch die G10-Kommission) nicht mehr vorgeschrieben (so aber noch Art. 6g Abs. 3 i.V.m. Art 6f Abs. 1 und Abs. 3 BayVSG). Art. 15 Abs. 2 BayVSG-E Satz 1 i.V.m. § 10 G 10 bezieht sich nur auf Art. 13 und 14 BayVSG-E, nicht aber auf Art. 12 BayVSG-E.

**b) Benachrichtigungspflicht Betroffener bei Auskunft über Zugangssicherungs-codes (PW, PIN, PUK):**

Zudem gilt die Benachrichtigungspflicht Betroffener nur für Auskünfte anhand dynamischer IP-Adressen (Art. 13 Abs. 1 BayVSG-E i.V.m. § 113 Abs. 1 Satz 3 TKG), nicht aber für Zugangssicherungs-codes (Art. 12 Nr. 1 2. HS BayVSG-E i.V.m. § 113 Abs. 1 Satz 2 TKG), da Art. 15 Abs. 2 Satz 2 BayVSG-E i.V.m. § 12 G10 sich nur auf Art. 13 BayVSG-E, nicht aber auf Art. 12 BayVSG-E bezieht. Art. 6g Abs. 4 i. V. m.

Abs. 1 Satz 2 BayVSG sieht eine solche Benachrichtigungspflicht aber vor, die ich im Zuge der Novellierung nach dem Bestandsdatenurteil des *BVerfG* vom 24.01.2012 (Az. 1 BvR 1299/05, BVerfGE 130, 151) gefordert und erreicht habe (siehe mein 26. Tätigkeitsbericht 2014, Nr. 4.1). Die Auskunft über Zugangssicherungs-codes ermöglicht Zugriffe des LfV auf durch Passwörter u.ä. gesicherte Daten und geht damit über die verfassungsrechtliche Qualität der Bestandsdaten im Sinne des § 111 TKG weit hinaus. Eine Benachrichtigungspflicht ist demnach – aufgrund der vergleichbar hohen Eingriffsintensivität wie bei Auskünften über dynamische IP-Adressen – auch hier zum Schutz der Betroffenen erforderlich und gewährleistet einen effektiven Grundrechtsschutz (Art. 19 Abs. 4 GG). Ich halte daher eine Erweiterung der Verfahrensregelungen des Art. 15 Abs. 2 Sätze 1 und 2 BayVSG-E auf Maßnahmen nach Art. 12 BayVSG-E für geboten, zumindest hinsichtlich der oben aufgeführten verfahrensrechtlichen Sicherungen.

## **9.) Art. 13 BayVSG-E Auskunftersuchen im Schutzbereich des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses:**

### **a) Auskunftersuchen nach Art. 13 Abs. 2 und Art. 14 Abs. 1 BayVSG-E:**

In Art. 13 Abs. 2 BayVSG-E wird die Befugnis zur Einholung von Verkehrs- und Nutzungsdatenauskünften bei Post- und Telekommunikationsdienstleistern geregelt. Nach bisheriger Rechtslage war ein Auskunftersuchen nur „*im Einzelfall*“ zulässig, (Art. 6c Abs. 2 Satz 1 BayVSG). Diese Einschränkung wurde gestrichen. Ebenso verhält es sich mit den weiteren Auskunftersuchen nach Art. 14 Abs. 1 BayVSG-E gegenüber Fluggesellschaften, Kreditinstituten und Finanzdienstleistungsunternehmen, die ebenfalls keine Einzelfallregelung mehr enthalten. Damit bleibt der bayerische Gesetzgeber – ohne nachvollziehbaren Grund – auch hinter der bundesrechtlichen Regelung zurück, die in § 8a Abs. 2 Satz 1 BVerfSchG die Auskunftsbefugnis auf Einzelfälle beschränkt.

### **b) Abruf von Vorratsdaten gemäß Art. 13 Abs. 3 BayVSG-E:**

Art. 13 Abs. 3 BayVSG-E betrifft den Abruf der per Vorratsdatenspeicherung gespeicherten Verkehrsdaten nach § 113b TKG n.F.

**aa) Übermittlungsbefugnis (§ 113c Abs. 1 Nr. 2 TKG n.F.):**

Es ist bereits zweifelhaft, ob die Regelung des § 113c Abs. 1 Nr. 2 TKG n.F. eine Datenübermittlung der Telekommunikationsdienstleister an das LfV erlaubt. Nach dem Wortlaut der Norm („Gefahrenabwehrbehörde der Länder“) kann das LfV durchaus dem vorgesehenen Empfängerkreis zugeordnet werden, da das LfV klassischerweise im Vorfeld konkreter Gefahrenlagen tätig ist. Stellt man jedoch auf die Gesetzessystematik des TKG ab, begegnet eine Datenübermittlung an das LfV Bedenken. Denn nach der Definition des § 113 Abs. 3 TKG (für den manuellen Zugriff auf Telekommunikationsbestandsdaten) sind auskunftsberechtigte Stellen im Sinne des § 113 Abs. 1 TKG die für die Verfolgung von Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten zuständigen Behörden (Nr. 1), die für die Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung zuständigen Behörden (Nr. 2) sowie die Verfassungsschutzbehörden des Bundes und der Länder (Nr. 3). § 113 Abs. 3 TKG rechnet also die Verfassungsschutzbehörden wohl nicht den für die Abwehr von Gefahren zuständigen Behörden zu. § 113c Abs. 1 TKG n.F. nennt in Nr. 1 und Nr. 2 ebenfalls die Strafverfolgungs- und Gefahrenabwehrbehörden, enthält jedoch keinen entsprechenden Passus für die Verfassungsschutzämter. Aufgrund des Regelungszusammenhangs legt dies die Schlussfolgerung nahe, dass das LfV keine Gefahrenabwehrbehörde im Sinne des § 113c Abs. 1 Nr. 2 TKG n.F. darstellt.

Es wäre wünschenswert gewesen, wenn sich der Bundesgesetzgeber diesbezüglich klarer positioniert hätte. In der Gesetzesbegründung zu § 113c TKG n.F. findet sich lediglich die beispielhafte Nennung der Polizei (BR-Drs. 249/15, S. 42 = BT-Drs. 18/5088, S. 40: „*wenn eine Gefahrenabwehrbehörde, also etwa die Polizei*“), jedoch keinerlei darüberhinausgehenden Hinweise auf sonstige Behörden. Dies insbesondere vor dem Hintergrund, dass das *BVerfG* einen Datenabruf durch Nachrichtendienste für grundsätzlich zulässig erachtet (siehe Urt. des *BVerfG* v. 02.03.2010, Az. 1 BvR 256/08, 1 BvR 263/08 u. 1 BvR 586/08, BVerfGE 125, 260, 338 - Vorratsdatenspeicherung).

**bb) Abrufbefugnis (Art. 13 Abs. 3 Satz 1 BayVSG-E):**

Für eindeutig unzureichend halte ich jedoch die in Art. 13 Abs. 3 Satz 1 BayVSG-E vorgesehene Abrufbefugnis. Deren Ausgestaltung wird den verfassungsrechtlichen Vorgaben des *BVerfG* in keiner Weise gerecht:

In seinem Urteil zu Vorratsdatenspeicherung führt das *BVerfG* aus, dass „*ein Abruf der vorsorglich gespeicherten Telekommunikationsverkehrsdaten nur zur Abwehr von Gefahren für Leib, Leben oder Freiheit einer Person, für den Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes oder zur Abwehr einer gemeinen Gefahr zugelassen werden darf*“. Zusätzlich fordert es, dass „*die gesetzliche Ermächtigunggrundlage...diesbezüglich zumindest tatsächliche Anhaltspunkte einer konkreten Gefahr für die zu schützenden Rechtsgüter verlangen*“ muss (siehe Urte. des *BVerfG* v. 02.03.2010, Az. 1 BvR 256/08, 1 BvR 263/08 u. 1 BvR 586/08, BVerfGE 125, 260, 330 - Vorratsdatenspeicherung).

Auch der *EuGH* hat in seinem Urteil zur Vorratsdatenspeicherung objektive Kriterien gefordert, die den Eingriff in Art. 7 und 8 der Charta der Grundrechte auf Straftaten beschränken, die im Hinblick auf die betroffenen Grundrechte als hinreichend schwer angesehen werden können, um den Eingriff zu rechtfertigen (Urte. v. 08.04.2014, C-293/12 und C-594/12 - Digital Rights Ireland Ltd. und Seitlinger u.a).

Dementsprechend sieht auch § 113c Abs. 1 Satz 2 TKG n.F. vor, dass ein Datenabruf nur auf Grundlage einer „*gesetzlichen Bestimmung*“ zulässig ist, die „*eine Erhebung der in § 113b genannten Daten zur Abwehr einer konkreten Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer Person oder für den Bestand des Bundes oder eines Landes erlaubt*“.

Die in § 100g Abs. 2 StPO n.F. für die Strafverfolgungsbehörden neu geschaffene Abrufbefugnis verlangt dafür etwa, dass die nach § 113b TKG n.F. gespeicherten Verkehrsdaten nur dann erhoben werden dürfen, wenn bestimmte Tatsachen den Verdacht begründen, dass jemand als Täter oder Teilnehmer eine der in § 100g Abs. 2 Satz 2 StPO n.F. katalogmäßig bezeichneten, auch im Einzelfall besonders schweren Straftaten begangen oder zu begehen versucht hat. Zudem darf die Erhebung der Daten nur erfolgen, „*soweit dies für die Erforschung des Sachverhalts erforderlich ist und die Erhebung der Daten in einem angemessenen Verhältnis zur Bedeutung der Sache steht*“.

Art. 13 Abs. 3 BayVSG-E genügt demgegenüber den vom *BVerfG* aufgestellten Anforderungen nicht. Art 13 Abs. 3 Satz 1 BayVSG-E enthält keinerlei eigene, bereichs-

spezifischen Vorgaben, sondern erschöpft sich in einem (Rück-)Verweis auf § 113c Abs. 1 Satz 2 TKG n.F. Es ist nicht erkennbar, zu welchen Zwecken und unter welchen Voraussetzungen das LfV die Daten abrufen darf.

Sofern für Art. 13 Abs. 3 BayVSG-E jeweils die Voraussetzungen der Verkehrsdatenabfrage nach Art. 13 Abs. 2 BayVSG-E gelten sollten, kommt dies in der jetzigen Formulierung nicht zum Ausdruck. Darüber hinaus genügen die Vorgaben des Art. 13 Abs. 2 BayVSG-E den soeben aufgezeigten hohen Hürden ohnehin nicht.

Weiterhin muss die in Art. 13 Abs. 2 Satz 2 BayVSG-E vorhandene Beschränkung bei verfassungsfeindlichen Bestrebungen auf gewaltfördernde bzw. gewaltanwendende Bestrebungen auch für den Abruf der Vorratsdaten nach Art. 13 Abs. 3 Satz 1 BayVSG-E gelten.

**cc) Schutz der Berufsgeheimnisträger (Art. 13 Abs. 3 Satz 2 BayVSG-E):**

Darüber hinaus fehlt eine angemessene Regelung zum Schutz der Berufsgeheimnisträger. Unabhängig von dem Umstand, dass dieser Schutz bereits auf der Ebene der Speicherung nach § 113b TKG n.F. geboten wäre (eine solche Regelung enthält allerdings auch das Gesetz zur Einführung einer Speicherpflicht und einer Höchstspeicherfrist für Verkehrsdaten vom 10.12.2015, BGBl. I 2015, S. 2218, nicht), ist er auf jeden Fall auf Ebene des Abrufs der Vorratsdaten vorzusehen. Erforderlich ist daher die Schaffung eines dem § 100g Abs. 4 StPO n.F. entsprechenden Erhebungs- und Verwertungsverbots. Denn der Schutz des Berufsgeheimnisses erfordert einen gesteigerten Schutz jedweder beruflichen Kommunikation.

Zwar konnte ich im Rahmen der Ressortanhörung erreichen, dass überhaupt eine Regelung zum Schutz der Berufsgeheimnisträger – durch Einfügung von Art. 13 Abs. 3 Satz 2 BayVSG-E – aufgenommen wurde. Allerdings gewährleistet der Verweis auf § 3b G10 in Art. 13 Abs. 3 S. 2 BayVSG-E keinen umfassenden Schutz aller Berufsgeheimnisträger. § 3b G10 führt, wie bereits oben zu Art. 8 S. 2 ausgeführt (siehe unter A.5.b.bb.), zu einem gespaltenen Schutzbereich und Zwei-Klassen-System. So wäre etwa eine Verwendung der gespeicherten Verkehrsdaten von Rechtsanwälten gerade nicht ausgeschlossen (siehe § 3b Abs. 2 G10 i.V.m. § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 StPO). Sämtliche Berufsgeheimnisträger, allen voran Rechtsanwälte, sind von der

Vorratsdatenspeicherung jedoch besonders betroffen, da ihre Arbeit auf Vertraulichkeit angelegt ist. Diesem besonderen Schutzbedürfnis muss auch das BayVSG-E – jedenfalls auf Ebene des Datenabrufs – Rechnung tragen. Es ist auch kein sachlicher Grund ersichtlich, diesbezüglich hinter der bundesrechtlichen Regelung zurückzubleiben, die aufgrund unzureichender Schutzvorkehrungen ohnehin bereits erheblich in der Kritik steht. § 100g Abs. 4 StPO schützt alle Berufsheimnisträger („*einer der in § 53 Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 bis 5 genannten Personen*“) gleichermaßen. Ich rege daher an, statt eines Verweises auf § 3b G10 eine Formulierung vergleichbar der des § 100g Abs. 4 StPO zu wählen.

## **10.) Art. 16 Verdeckte Mitarbeiter und Art. 17 BayVSG-E Vertrauensleute:**

### **a) Anordnungsbefugnis (Art. 16 Abs. 1 BayVSG-E):**

Nicht nachvollziehbar ist, weshalb die besondere Anordnungsbefugnis des Art. 17 Abs. 2 Satz 1 BayVSG-E (Behördenleitung oder ihre Vertretung) nicht auch für den Einsatz verdeckter Mitarbeiter nach Art. 16 BayVSG-E gilt. Hierdurch würde – für beide nachrichtendienstlichen Mittel einheitlich – verfahrensmäßig eine besondere Prüfung gewährleistet.

### **b) Grundrechtssichernde Verfahrensvorschriften (Art. 16, 17 BayVSG-E):**

In beiden Vorschriften fehlen zudem grundrechtssichernde Verfahrensregelungen (u.a. Kernbereichsschutz, Benachrichtigungspflicht), obwohl es sich um eingriffsintensive verdeckte Maßnahmen handelt. Bei jeder staatlichen Beobachtung ist ein aus der Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG abzuleitender unantastbarer Kernbereich privater Lebensgestaltung zu wahren. Schutzvorschriften für diesen Kernbereich fehlen bislang gänzlich. Die hohe Eingriffsintensität des Einsatzes Verdeckter Mitarbeiter und Vertrauensleute erfordert zur Gewährleistung eines effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG) zudem, dass Betroffene, in deren Grundrechte durch die Maßnahme eingegriffen worden ist, grundsätzlich benachrichtigt werden. Auch hierzu enthalten die Art. 16 und 17 BayVSG-E keinerlei Verpflichtung (siehe hierzu bereits die Ausführungen oben unter 4.c. sowie mein 22. Tätigkeitsbericht 2006, Nr. 5.1). Als gesetzliche Schranken sehen die Art. 16 Abs. 2 und Art. 17 Abs. 1 BayVSG-E lediglich Vorgaben zum Umfang erlaubter Straftaten sowie Art. 17 Abs. 1

Satz 2 BayVSG-E zusätzlich noch Anforderungen an die Auswahl der Vertrauensleute vor.

**c) Rechtsfertigungstatbestände (Art. Art. 16 Abs. 2 Satz 3 i.V.m. Art. 17 Abs. 1):**

Generelle Bedenken bestehen in diesem Zusammenhang gegen die Regelung der strafrechtlichen Rechtfertigung für bestimmte Taten in Art. 16 Abs. 2 Satz 3 bzw. Art. 17 Abs. 1 BayVSG-E. Das staatliche Interesse an der Aufklärung von Bestrebungen kann nicht per se höher bewertet werden als das staatliche Interesse an der Strafverfolgung und Wahrung der Rechtsordnung. Die Legitimation von Straftaten zur Sammlung von Informationen verstößt gegen das Rechtsstaatsgebot des Art. 20 Abs. 3 GG. Die Entscheidung über eine strafrechtliche Ahndung, insbesondere die Beurteilung der Umstände des Einzelfalls, ist grundsätzlich den Gerichten vorbehalten und sollte nicht von vornherein deren Entscheidungskompetenz entzogen werden. Die Privilegierung Verdeckter Mitarbeiter und von Vertrauensleuten begegnet zudem unter Gleichbehandlungsgesichtspunkten des Art. 3 Abs. 1 GG erheblichen Bedenken.

Darüber hinaus genügt die in Art. 16 Abs. 2 Satz 3 Nr. 3 (i.V.m. Art. 17 Abs. 1) BayVSG-E vorgesehene Einschränkung nicht dem Grundsatz der Normenklarheit und Normenbestimmtheit. Hiernach dürfen Verdeckte Mitarbeiter im Einsatz solche Handlungen vornehmen, die „*nicht außer Verhältnis zur Bedeutung des aufzuklärenden Sachverhalts stehen*“. Es kann jedoch von keinem Verdeckten Mitarbeiter erwartet werden, die Bedeutung des aufzuklärenden Sachverhalts im konkreten Fall eigenständig zu beurteilen. Erst recht gilt dies für Vertrauensleute (Art. 17 Abs. 1 BayVSG-E), die weder der staatlichen Einflussnahmemöglichkeit durch disziplinarrechtliche Maßnahmen unterliegen noch eine Mindestqualifikation vorweisen müssen. Diesen kann eine Verhältnismäßigkeitsprüfung unter keinen Umständen auferlegt werden. Die Einschränkung des Art. 16 Abs. 2 Satz 3 Nr. 3 (i.V.m. Art. 17 Abs. 1) BayVSG-E enthält daher keine klare Aussage, welche Handlungen gestattet sind.

Vor diesem Hintergrund sollten die Rechtsfertigungstatbestände des Art. 16 Abs. 2 Satz 3 und Art. 17 Abs. 1 BayVSG-E ersatzlos gestrichen werden.

**d) Einsatzschwelle (Art. 16, 17 BayVSG-E):**

Nicht nachvollziehbar ist darüber hinaus, weshalb die Einschränkung aus der Vorbildvorschrift des § 9a Abs. 1 Satz 2 BVerfSchG n.F. (Beschränkung auf gewaltanwendende Bestrebungen) nicht wenigstens für den dauerhaften Einsatz von verdeckten Mitarbeitern und Vertrauensleuten übernommen wurde.

**11.) Art. 18 BayVSG-E Parlamentarische Kontrolle:**

**a) Berichtspflicht des PKG an Landtag bzgl. Maßnahmen nach Art. 16 und 17 BayVSG-E (Art. 18 Abs. 1 Satz 2 BayVSG-E):**

Die Unterrichtungspflicht des Staatsministeriums des Innern an das Parlamentarische Kontrollgremium gemäß Art. 18 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2b BayVSG-E umfasst zwar auch Maßnahmen nach Art. 16 und 17 BayVSG-E (Verdeckte Mitarbeiter und Vertrauensleute), jedoch sind diese nicht von der Berichtspflicht des Parlamentarischen Kontrollgremiums an den Landtag umfasst (vgl. Art. 18 Abs. 1 Satz 2 BayVSG-E). Die Gesetzesbegründung hierzu (Geheimchutzrisiken durch Ausweitung der Empfänger, GesBegr. S. 108) überzeugt nicht.

**b) Unterrichtungspflicht des StMIBV an PKG bzgl. Maßnahmen Art. 11 BayVSG-E (Art. 18 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1a BayVSG-E):**

Zu meinem großen Bedauern ist nicht etwa eine Ausweitung der parlamentarischen Kontrolle, sondern ganz im Gegenteil sogar ihre Einschränkung vorgesehen: Bezüglich der Ortung von Mobilfunkenendgeräten (Art. 11 BayVSG-E) wird die Berichtsfrist von halbjährlich auf jährlich verlängert (Art. 18 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2a BayVSG-E).

**c) Unterrichtungspflicht des StMIBV an PKG bzgl. des Abhörens des nichtöffentlich gesprochenen Wortes außerhalb von Wohnungen (Art. 18 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2a BayVSG-E):**

Hinsichtlich des Abhörens des nichtöffentlich gesprochenen Wortes außerhalb von Wohnungen und außerhalb des Schutzbereichs des Art. 10 GG (Art. 6d BayVSG) wird die Unterrichtungspflicht sogar insgesamt abgeschafft. Der Gesetzentwurf begründet dies damit, dass „*die besonders schützenswerten Grundrechte aus Art. 13*

und Art. 10 GG nicht betroffen“ seien, weshalb eine Gleichstellung mit Maßnahmen der Telekommunikations- und Wohnraumüberwachung nicht veranlasst sei (s. GesBegr. S. 107). Diese Auffassung teile ich nicht. Auch der Bundesgesetzgeber stellt in § 9 Abs. 3 BVerfSchG explizit das „*Abhören und Aufzeichnen des nicht öffentlich gesprochenen Wortes mit dem verdeckten Einsatz technischer Mittel*“ aufgrund deren „*Art und Schwere*“ einem Eingriff in Art. 10 GG gleich und statuiert für diese Fälle eine Unterrichtungspflicht bzgl. des Parlamentarischen Kontrollgremiums.

## **12.) Art. 19 BayVSG-E Löschung und Sperrung personenbezogener Daten:**

### **a) Löschungs- bzw. Speicherfrist (Art. 19 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BayVSG-E):**

Art. 19 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BayVSG-E (Löschung regelmäßig spätestens 15 Jahre nach der letzten relevanten Information) ist zu weitgehend angesichts der Tatsache, dass die Regelprüffrist des Art. 19 Abs. 3 Satz 2 BayVSG-E für Erwachsene bei fünf Jahren liegt. Die angebliche Parallele zum BZRG (GesBegr. S. 110 f.) überzeugt nicht, da im Bundeszentralregister nur rechtskräftige, von Richtern ausgesprochene Verurteilungen eingetragen werden und diesen daher eine andere Bedeutung zukommt. Auch das BVerfSchG geht in § 12 Abs. 3 bei dieser Löschfrist nur von zehn Jahren aus.

### **b) Löschung von Akten (Art. 19 Abs. 1 Satz 2 BayVSG-E):**

Nach Art. 19 Abs. 1 Satz 2 BayVSG-E soll eine Löschung bei schriftlichen und elektronischen Akten erst erfolgen, wenn der gesamte Akt zu löschen ist. Dies kann unter Umständen dazu führen, dass eine Löschung ungebührlich lange oder gar dauerhaft unterbleibt, wenn der Gesamtakt zahlreiche Einzelakte oder Speicherungen umfasst und einzelne Teile weiterhin benötigt werden. Insbesondere könnten Aktenteile, die unzulässig erhobene oder nicht mehr erforderliche Daten beinhalten, nicht einzeln gelöscht werden.

Aktenführung ist kein datenschutzrechtsfreier Raum. Aus der Pflicht zur wahrheitsgetreuen und vollständigen Aktenführung kann – anders als von der Gesetzesbegründung (GesBegr. S. 111) angenommen – kein übergeordneter Grundsatz der inhaltlichen dauerhaften Aktenvollständigkeit abgeleitet werden. Andernfalls würden die

Regelungen zum Datenschutz ausgehöhlt oder sogar außer Kraft gesetzt. Die gesetzlichen Lösungsverpflichtungen erlauben eine Durchbrechung des Grundsatzes der Aktenvollständigkeit und sind daher vorrangig zu erfüllen. Vor diesem Hintergrund rege ich eine differenzierte Regelung zur Löschung von Akten und Aktenteilen an.

Zwar konnte ich im Rahmen der Ressortanhörung bereits erreichen, dass in der Gesetzesbegründung definiert wird, was unter „*elektronische Akten*“ im Sinne des Art. 19 Abs. 1 Satz 2 BayVSG-E zu verstehen ist. So stellt die Gesetzesbegründung nunmehr klar, dass dem Aktenbegriff „*nicht die im Landesamt genutzten Fachanwendungen, die der strukturierten Speicherung personenbezogener Daten und der Abbildung von Beziehungsgeflechten dienen*“, unterfallen (siehe GesBegr. S. 111). Damit ist ausgeschlossen, dass entsprechende Daten in den Fachanwendungen aufgrund ihrer Verflechtungen und komplexen Strukturen unter Umständen dauerhaft gespeichert werden. Eine differenzierte Regelung zur Löschung von Akten und Aktenteilen in Art. 19 Abs. 1 Satz 2 BayVSG-E wäre jedoch weiterhin wünschenswert.

**c) Lösungsfrist von Daten Minderjähriger (Art. 19 Abs. 1 Satz 3 BayVSG-E):**

Art. 19 Abs. 1 Satz 3 BayVSG-E legt mit der Verweisung auf § 63 Abs. 1 BZRG nunmehr fest, dass Informationen über Bestrebungen und Tätigkeiten von Minderjährigen erst mit Vollendung des 24. Lebensjahres (!) gelöscht werden. Die bisherige ausdifferenzierte Regelung des Art. 7 Abs. 2 BayVSG nach Altersstufen (14-16 und 16-18 Jahre) mit Lösungsfristen von 2 bzw. 5 Jahren wurde nicht übernommen. Dies ist eine deutliche Verschlechterung der Grundrechtslage der betroffenen Personen.

Generell ist die Gesetzestechnik einer Verweisung in Art. 19 Abs. 2 BayVSG-E auf Vorschriften des § 63 BZRG problematisch, da im Bundeszentralregister v.a. rechtskräftige Verurteilungen eingetragen werden und das BZRG damit von einer anderen Sachlage ausgeht. Diese dynamische Verweisung hat zudem den Nachteil, dass bei Änderungen des § 63 BZRG durch den Bundesgesetzgeber dieser zugleich über die Lösungsfristen des Art. 9 Abs. 1 Satz 3 BayVSG-E mitbestimmt. Der Landesgesetzgeber begibt sich damit seiner eigenen Entscheidungsbefugnis.

**d) Einführung eines Verwertungsverbots:**

Zudem rege ich an, eine Regelung zu den Folgen einer gelöschten Speicherung des LfV in Form eines Verwertungsverbots – vergleichbar den §§ 51, 52 BRZG – aufzunehmen, wonach vom LfV erhobene und gespeicherte Informationen nach deren Löschung oder Eintritt der Löschungsreife (im Fall der unterbliebenen Löschung) weder von ihm noch von anderen staatlichen Stellen, bei denen diese noch vorhanden sind, weiter verwertet werden. Aufgrund der herausragenden Bedeutung für die Rechte der Betroffenen sind die Folgen einer Löschung normenklar im BayVSG-E zu regeln.

**e) Datensperrung für Zwecke eines Untersuchungsausschusses (Art. 19 Abs. 2 Nr. 2 BayVSG-E):**

In Art. 19 Abs. 2 Nr. 2 BayVSG-E (Datensperrung für Zwecke eines Untersuchungsausschusses) wäre es sinnvoll, die Sperre zeitlich zu befristen. Da eine solche Maßnahme in die Rechte zahlreicher Personen eingreifen kann, die nicht Untersuchungsgegenstand sind, ist es geboten, die Nichtlöschung der Daten so kurz wie möglich zu halten. Zwar führt der Diskontinuitätsgrundsatz zu einer gewissen Befristung, doch halte ich die Aufnahme einer gesetzlichen Befristungsregelung für angezeigt. Insbesondere da das Diskontinuitätsprinzip unter Umständen sogar die Einsetzung eines neuen Untersuchungsausschusses in der darauffolgenden Legislaturperiode erforderlich machen kann, was die ausstehende Datenlöschung weiter verzögert.

**13.) Art. 21 BayVSG-E Auskunft an den Betroffenen:**

Auf die besondere Schwelle des besonderen Interesses an einer Auskunft sollte verzichtet werden. Das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) gewährleistet die Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen (BVerfGE 65, 1, 41 - Volkszählungsurteil). Der Gewährung von Auskunft über Daten zur eigenen Person kommt dabei eine besondere Bedeutung zu, insbesondere wenn Daten für den Betroffenen nicht unmittelbar wahrnehmbar gespeichert und verarbeitet werden. Ein gesetzlicher Auskunftsanspruch stellt daher ein verfahrensrechtliches Instrument dar, um Transparenz herzustellen und effektiven Individualrechtsschutz gemäß Art. 19 Abs. 4 GG zu gewährleisten (BVerfGE 133, 277, 367 ff., Rn. 208 ff. -

ATDG). Vor diesem Hintergrund dürfen grundsätzlich keine hohen Anforderungen an das Auskunftsbegehren gestellt werden. Mit der Regelung des Art. 21 BayVSG-E wird dem Betroffenen jedoch auferlegt, zunächst selbst Informationen über seine Person preiszugeben, um dann ggf. beauskunftet zu werden. Da Auskunftssuchende stets befürchten müssen, sich selbst „verdächtig“ zu machen und erfasst zu werden, obwohl ursprünglich möglicherweise keine Daten über sie gespeichert waren, könnten sie hierdurch von der Geltendmachung ihres Auskunftsanspruchs abgehalten werden. Die Vorleistungs- und Darlegungspflicht des Art. 21 BayVSG-E widerspricht daher dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung und dem Gebot effektiven Rechtsschutzes und sollte aufgrund dessen gestrichen werden. Es ist auch kein sachlicher Grund ersichtlich, strengere Anforderungen an den Auskunftsanspruch nach dem BayVSG-E zu stellen als an den Auskunftsanspruch nach dem ATDG. Um Auskunft aus der Antiterrordatei zu erhalten, ist nach § 10 Abs. 3 S. 1 ATDG i.V.m. § 19 BDSG – jedenfalls für die nicht verdeckt gespeicherten Daten – ein einfaches Auskunftersuchen ausreichend, in dem lediglich die Art der personenbezogenen Daten, über die Auskunft begehrt wird, näher bezeichnet werden soll (§ 19 Abs. 1 Satz 2 BDSG).

Zwar konnte ich im Rahmen der Ressortanhörung bereits erreichen (siehe hierzu unten unter B.4.), dass in der Gesetzesbegründung festgeschrieben wird, dass das LfV im Fall der unzureichenden Begründung eines Auskunftsantrags über diesen im Ermessenwege zu entscheiden hat und „*das verbleibende Ermessen...nach Maßgabe des Zwecks der Regelung auszuüben*“ ist (siehe GesBegr. S. 116). Allerdings halte ich weiterhin den Verzicht auf die Schwelle des besonderen Interesses für erforderlich.

Zudem halte ich eine gesetzliche Regelung zu den in diesem Zusammenhang zwangsweise selbstoffenbarten Daten für notwendig (Speicherungs- bzw. Verwertungsverbot).

#### 14.) Art. 22 BayVSG-E Informationsübermittlung durch öffentliche Stellen:

##### a) Trennungsprinzip:

Soweit Art. 22 BayVSG-E („Behörden“) die Polizeibehörden umfasst, wird die Vorschrift den vom *BVerfG* im ATDG-Urteil vom 24.04.2013 (Az. 1 BvR 1215/07, *BVerfGE* 133, 277) aufgestellten Anforderungen an die Durchbrechung des Trennungsprinzips nicht gerecht (siehe hierzu bereits oben unter A.2.):

Zwar handelt es sich bei der Übermittlung von der Polizei an den Verfassungsschutz nach *BVerfG* mangels Übermittlung für ein mögliches operatives Tätigwerden nicht um einen besonders schweren Eingriff, so dass die besonders strengen Voraussetzungen für die Übermittlung in der entgegengesetzten Richtung nicht ohne weiteres übertragen werden müssen. Dennoch ist auch hier eine Datenübermittlung als Einschränkung des verfassungsrechtlichen Trennungsprinzips nur ausnahmsweise zulässig (*BVerfGE* 133, 277, 329 Rn. 123: Daten dürfen grundsätzlich nicht ausgetauscht werden, Einschränkungen dieser Datentrennung nur ausnahmsweise zulässig). Dem wird die weite Regelung des Art. 22 Abs. 1 Satz 1 BayVSG-E („*wenn tatsächliche Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Informationen für die Erfüllung der Aufgaben des LfV ... erforderlich sein können*“) nicht gerecht.

Zudem müssen nach den allgemeinen Erwägungen - auch außerhalb eines operativen Zwecks - die Grundsätze der Zweckbindung der Datenerhebung (*BVerfGE* 133, 277, 323 f., Rn.114) beachtet werden. Daher ist auch im Rahmen von Art. 22 BayVSG-E weiterhin gesetzlich sicherzustellen, dass grundrechtsbezogene Beschränkungen des Einsatzes bestimmter Ermittlungsmethoden nicht umgangen werden. Eine Zweckänderung und damit die Datenübermittlung ist ausgeschlossen, wenn die Daten für den geänderten Zweck selbst auf entsprechender gesetzlicher Grundlage seitens des Verfassungsschutzes nicht oder nicht in dieser Art und Weise hätten erhoben werden dürfen (vgl. *BVerfGE* 133, 277, 323 f., Rn.114). Auch dies ist in der Regelung des Art. 22 BayVSG-E nicht sichergestellt. Dabei haben gerade Polizeibehörden Eingriffsbefugnisse, die dem LfV nicht zustehen (z.B. Wohnungsdurchsuchung; Beschlagnahme; DNA-Maßnahmen). Diese Problematik ist im Umgehungsverbot des Art. 5 Abs. 2 Satz 2 BayVSG-E nur für Amtshilfeersuchen angedeutet. Es fehlt eine Regelung speziell für die Datenübermittlungen (siehe mein Tätigkeitsbericht 2014, Nr. 4.2.1).

Zwar wurde auf meine Kritik im Rahmen der Ressortanhörung hin die Vorschrift des Art. 25 BayVSG-E für Datenübermittlungen in „beide Richtungen“ geöffnet und die Übermittlungsverbote des Art. 25 BayVSG-E auf Datenübermittlungen an das LfV erweitert (zuvor galten die Übermittlungsverbote nur für Datenübermittlungen durch das LfV). Allerdings genügt diese Erweiterung der Übermittlungsverbote nicht, um der Gefahr einer Umgehung des Trennungsprinzips zu begegnen. So tragen etwa die in Art. 25 Nr. 3 BayVSG-E erwähnten spezialgesetzlich geregelten Übermittlungsverbote und -beschränkungen (z.B. § 477 Abs. 2 Satz 3 Nr. 2 StPO i.V.m. § 18 Abs. 6 BVerfSchG, § 72 SGB X, § 22 Abs. 2 PaßG, § 24 Abs. 2 PAuswG, § 28 Abs. 3 MeldeG, § 35 Abs. 3 StVG) dem Trennungsprinzip nicht ausreichend Rechnung, insbesondere nicht im Bereich des PAG.

Verschärft wird diese Problematik durch das ersatzlose Streichen der Subsidiaritätsklausel des Art. 13 Abs. 1 Satz 2 BayVSG, wonach das LfV Ersuchen an andere öffentliche Stellen nur stellen darf, „*wenn die Information auf andere Weise nur mit übermäßigem Aufwand oder nur durch eine die betroffene Gruppierung oder Person stärker belastende Maßnahme gewonnen werden kann*“. Mit Wegfall dieses expliziten Direkterhebungsgebots besteht die gesteigerte Gefahr, dass das LfV über Auskunftersuchen an andere Behörden Daten zu erlangen versucht, die es selbst nicht hätte erheben können. Ich halte daher weiterhin eine klarstellende Regelung in Art. 22 BayVSG-E für erforderlich, dass das LfV nicht von anderen Behörden Informationen erlangen darf, die es nicht selbst aufgrund der ihm zustehenden Befugnisse hätte gewinnen dürfen.

#### **b) Weitere Anforderungen:**

Weggefallen sind, wie soeben schon erwähnt, auch die in Art. 13 Abs. 1 Sätze 2 und 3 BayVSG enthaltenen Pflichten des LfV, Ersuchen nur unter bestimmten Einschränkungen (Subsidiaritätsklausel) zu stellen und diese zu begründen (Begründungspflicht). Eine Beibehaltung dieser bisherigen Anforderungen halte ich für angezeigt, um eine weitere Absenkung des Schutzniveaus zu verhindern.

## 15.) Art. 23 BayVSG-E Informationsübermittlung durch das LfV:

### a) Stufenverhältnis von Art. 23 Abs. 1 und Abs. 2 BayVSG-E:

Das Verhältnis von Art. 23 Abs. 1 zu Abs. 2 BayVSG-E bleibt nach dem Gesetzestext unklar. Dies gilt umso mehr, als der Zweck der Strafverfolgung sowohl in Art. 23 Abs. 1 Nr. 1 BayVSG-E („für Zwecke der öffentlichen Sicherheit oder der Strafverfolgung“) als auch in Art. 23 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BayVSG-E („zur Verhinderung, sonstigen Verhütung oder Verfolgung von Straftaten von erheblicher Bedeutung“) enthalten ist und daher beide Absätze für die Übermittlung von (mit nachrichtendienstlichen Mitteln gewonnenen) Informationen an Polizei- und Strafverfolgungsbehörden herangezogen werden können.

Die Gesetzesbegründung führt zu Art. 23 Abs. 1 BayVSG-E aus, dass sich die Befugnis zur Übermittlung von Informationen an inländische öffentliche Stellen grundsätzlich nach Art. 23 Abs. 1 BayVSG-E richte. Nur für die Informationsübermittlung an Behörden mit polizeilichen Exekutivbefugnissen soll die Sondervorschrift des Art. 23 Abs. 2 BayVSG-E gelten. Daraus folge im Umkehrschluss, dass Informationen, die nicht mit nachrichtendienstlichen Mitteln erhoben wurden, auch an Polizei- und Strafverfolgungsbehörden unter den Voraussetzungen des Art. 23 Abs. 1 BayVSG-E übermittelt werden dürfen (vgl. GesBegr. S. 123).

Unabhängig von den grundsätzlich unterschiedlichen Auffassungen über die Umsetzung der Vorgaben aus dem ATDG-Urteil des *BVerfG* in Art. 23 BayVSG-E (siehe hierzu nachfolgend unter A.15.b) lässt sich dem Gesetzeswortlaut von Art. 23 Abs. 1 und Abs. 2 BayVSG-E dieses Stufenverhältnis in keiner Weise entnehmen. Ganz im Gegenteil erlauben sogar, wie bereits oben aufgezeigt, beide Absätze nach der derzeitigen Fassung die Übermittlung von Informationen an die Polizei- und Strafverfolgungsbehörden.

Ich halte daher eine Klarstellung in Art. 23 BayVSG-E, dass es sich bei Art. 23 Abs. 2 BayVSG-E um eine vorrangig anzuwendende Sonderregelung handelt, für unerlässlich. Dies umso mehr, als die Anforderungen des Art. 23 Abs. 1 BayVSG-E gegenüber denen des Art. 23 Abs. 2 BayVSG-E noch geringer sind.

### **b) Trennungsprinzip:**

Für die Übermittlung nach Art. 23 Abs. 2 BayVSG-E an Polizeibehörden gelten die strengen Voraussetzungen des *BVerfG* aus seinem ATDG-Urteil. Sie sind hier nicht ausreichend gewahrt. Soweit Einschränkungen des Trennungsprinzips zur operativen Aufgabenwahrnehmung (Übermittlung LfV an Polizei) erfolgen, liegt nach *BVerfG* ein besonders schwerer Eingriff vor. Soweit der Datenaustausch zwischen Polizei und Nachrichtendienst daher für ein mögliches operatives Tätigwerden (der Polizei) erfolgt, gelten folgende besondere Voraussetzungen (*BVerfGE* 133, 277, 329, Rn. 123 - ATDG):

- der Datenaustausch muss einem herausragenden öffentlichen Interesse dienen, welches den Zugriff auf die erleichtert erhobenen Daten (wie im Bereich der Nachrichtendienste) rechtfertigt; Absicherung dieser Bedingung durch hinreichend konkrete und qualifizierte Eingriffsschwellen auf der Grundlage normklarer gesetzlicher Regelung;
- die Eingriffsschwellen für die Erlangung der Daten dürfen durch den Datenaustausch nicht unterlaufen werden.

Art. 23 Abs. 2 BayVSG-E ist jedoch angesichts des notwendigen „*herausragenden öffentlichen Interesses*“ zu weitgehend und unbestimmt, vor allem soweit nach Nr. 1 „*Sachen von erheblichem Wert, deren Erhaltung im öffentlichen Interesse geboten ist*“, erfasst und Nr. 2 allgemein „*Straftaten von erheblicher Bedeutung*“ ausreichen lässt.

Die Problematik des Unterlaufens der Eingriffsschwellen ist nur ansatzweise in Art. 5 Abs. 2 Satz 2 BayVSG-E angedeutet und nur speziell für die Maßnahmen nach Art. 8 und 9 BayVSG-E in Art. 10 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 BayVSG-E geregelt. Die Problematik stellt sich jedoch in allen Bereichen der Datenübermittlung.

### **c) Auffangtatbestand (Art. 23 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BayVSG-E):**

Weiterhin ist die Neuregelung des Art. 23 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BayVSG-E nicht nachvollziehbar, wonach eine Datenübermittlung an die Strafverfolgungs- und Polizeibehörden zulässig ist, „*wenn der Empfänger die Informationen auch mit eigenen Befugnissen in gleicher Weise hätte erheben können*“. Die Gesetzesbegründung führt

hierzu – unter Verweis auf das ATDG-Urteil des *BVerfG* – aus, dass die Nr. 3 „eine Auffangnorm zur Übermittlung von Informationen, die nicht dem informationellen Trennungsgebot unterliegen“ darstelle (GesBegr. S. 127). Diese Auffassung teile ich jedoch nicht. Den Ausführungen des *BVerfG* zu den unterschiedlichen Aufgabenbereichen von Verfassungsschutz und Polizei und dem dadurch bedingten informationellen Trennungsprinzip (BVerfGE 133, 277, 323 ff., Rn. 112 ff. - ATDG) kann ich keine zusätzliche Befugnisnorm zur Datenübermittlung entnehmen. Vielmehr setzt das *BVerfG* mit dem ATDG-Urteil dem Datenaustausch zwischen Nachrichtendienst und Polizei enge Grenzen. Die Vorschrift der Nr. 3 ist richtigerweise daher nicht als Erweiterung der Datenübermittlungsbefugnisse („oder“ in Art. 23 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 BayVSG-E) zu lesen, sondern als deren Begrenzung („und“). Die in Nr. 3 geregelte hypothetische Erhebungsbefugnis des Empfängers kann nur als zusätzliche Voraussetzung für die Befugnisse nach Nr. 1 und Nr. 2 verstanden werden, um den strengen Vorgaben des *BVerfG* zur Durchbrechung des Trennungsgebots gerecht zu werden. Vor diesem Hintergrund halte ich eine Abänderung des Wortes „oder“ in „und“ am Ende des Art. 23 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 BayVSG-E für erforderlich.

**d) Informationspflicht des LfV gegenüber StA in Angelegenheiten des Staats- und Verfassungsschutzes (Art. 23 Abs. 2 Satz 2 BayVSG-E):**

Auch bezüglich der Informationspflicht des LfV gegenüber Staatsanwaltschaften in Angelegenheiten des Staats- und Verfassungsschutzes nach Art. 23 Abs. 2 Satz 2 BayVSG-E gelten die obigen Ausführungen. Die strengen Vorgaben des *BVerfG* zur Durchbrechung des Trennungsprinzips für ein mögliches operatives Tätigwerden sind nicht hinreichend gewahrt.

Zum einen ist nicht ausreichend sichergestellt, dass die Eingriffsschwellen nicht unterlaufen werden. Zum anderen ist Art. 23 Abs. 2 Satz 2 BayVSG-E zu unbestimmt und weitgehend, als er durch Bezugnahme auf § 20 Abs. 1 Satz 2 BVerfSchG unter sehr allgemeinen Voraussetzungen auch sonstige Straftaten über die Staatsschutzdelikte im Sinne von §§ 74a und 120 GVG hinaus ausreichen lässt und damit das herausragende öffentliche Interesse nicht in jedem Fall betroffen ist. Das Problem verschärft sich dadurch, dass Art. 23 Abs. 2 Satz 2 BayVSG-E sogar eine Pflicht zur Übermittlung beinhaltet.

**e) Dokumentationspflicht:**

In Art. 23 BayVSG-E fehlen für die Datenübermittlung die Regelungen aus Art. 14 (Abs. 1 Satz 1 ltzt. HS., Abs. 2 Satz 1 ltzt. HS., Abs. 3 Satz 1 ltzt. HS., Abs. 4 Satz 3) BayVSG, wonach das LfV die Datenübermittlung aktenkundig zu machen hat. Dies ist für Zwecke der Kontrolle zwingend erforderlich. Nur eine solche aussagekräftige Dokumentation kann eine spätere Nachvollziehbarkeit der Datenübermittlungen, insbesondere solche an ausländische bzw. überstaatliche Stellen, sicherstellen. Das *BVerfG* hat bereits im Urteil vom 14.07.1999 zu Abhörmaßnahmen des Bundesnachrichtendienstes (Az. 1 BvR 2226/94, 1 BvR 2420/95 u. 1 BvR 2437/95, BVerfGE 100, 313, 395 f.) festgestellt, dass die Übermittlung von Daten an andere Stellen zu protokollieren ist, um eine *„eine hinreichende Kontrolle der Übermittlungen durch die dafür vorgesehenen Gremien oder auch im Wege des Gerichtsschutzes“* (BVerfGE 100, 313, 396) zu ermöglichen. Im Nachgang zu vorgenanntem Urteil konnte ich die Aufnahme der Protokollierungspflicht bei Datenübermittlungen an öffentliche Stellen in Art. 14 BayVSG erreichen (vgl. mein 19. Tätigkeitsbericht 2000, Nr. 6.2.7 und 20. Tätigkeitsbericht 2002, Nr. 7.4). Es ist kein Grund ersichtlich, auf diese grundrechtssichernden Dokumentationspflichten zukünftig zu verzichten. Im Hinblick auf den besonderen Eingriff der Datenweitergabe an andere öffentliche Stellen und nicht-öffentliche Stellen ist der damit verbundene geringfügige Mehraufwand zudem ohne Weiteres vertretbar.

Zwar wurde aufgrund meiner Kritik im Rahmen der Ressortanhörung die Gesetzesbegründung zu Art. 23 BayVSG-E dahingehend ergänzt, dass sich die Dokumentationspflicht *„bereits aus dem allgemeinen Grundsatz förmlicher Vorgangsbearbeitung (§ 18 Abs. 1 der Allgemeinen Geschäftsordnung für die Behörden des Freistaates Bayern)“* ergebe und es *„daher keiner fachgesetzlichen Spezialregelung“* bedürfe (GesBegr. S. 123). Ich halte jedoch nach wie vor eine explizite Dokumentationsregelung in Art. 23 BayVSG-E für erforderlich. Denn nach § 18 Abs. 1 AGO muss ein Vorgang nur *„die Art der Bearbeitung, die wesentlichen Schritte des Geschäftsgangs und die Erledigung in ihrer zeitlichen Reihenfolge nachvollziehbar, vollständig und dauerhaft“* erkennen lassen. Eine Datenübermittlung an andere öffentliche Stellen kann hierunter nicht ohne Weiteres gefasst werden. Naheliegender wäre die Anwendung von § 18 Abs. 2 AGO, wonach *„über...Auskünfte und sonstige aus den Akten nicht unmittelbar ersichtliche Sachverhalte“* ein Aktenvermerk gefertigt werden soll.

§ 18 Abs. 2 AGO wird von der Gesetzesbegründung jedoch gerade nicht in Bezug genommen, zumal es sich hierbei lediglich um eine Soll-Vorschrift handelt. Vorzugswürdig ist daher die Aufnahme einer expliziten Dokumentationspflicht, etwa in Art. 23 Abs. 4 BayVSG-E.

**f) Datenübermittlung an ausländische bzw. überstaatliche Stellen (Art. 23 Abs. 4 Satz 3 i.V.m. Abs. 3 Nr. 2 und Nr. 3 BayVSG-E):**

Bezüglich der Datenübermittlung an ausländische bzw. überstaatliche Stellen gemäß Art. 23 Abs. 3 Nr. 2 und Nr. 3 BayVSG-E ist darüber hinaus eine Regelung zu schaffen, die die Übermittlung von der Offenlegung des Zwecks der Übermittlung und der Zusage der Auskunft über die Verwendung der Daten abhängig macht. Zwar sieht Art. 23 Abs. 4 Satz 3 BayVSG-E bei Datenübermittlungen an ausländische bzw. überstaatliche Stellen vor, dass der Empfänger darauf hinzuweisen ist, dass sich das LfV vorbehält, über die Datenverwendung Auskunft zu verlangen. Dieser einseitige Vorbehalt ist jedoch – anders als die Gesetzesbegründung ausführt – nicht ausreichend, um den Umstand zu „kompensieren“, dass „*die Empfänger nicht in gleicher Weise der staatlichen Kontrolle durch deutsche Behörden und Gerichte unterliegen wie inländische öffentliche Stellen*“ (GesBegr. S. 131). Erforderlich ist vielmehr eine verbindliche Zusage der ausländischen bzw. überstaatlichen Stelle.

**B. Bereits erreichte datenschutzrechtliche Verbesserungen:**

Im Rahmen der Ressortanhörung konnte ich bereits einige datenschutzrechtliche Forderungen durchsetzen. Hierbei handelt es sich – neben den bereits oben erwähnten Verbesserungen und weiteren redaktionellen Änderungen – um folgende Punkte:

**1.) Art. 3 Satz 2 BayVSG-E Beobachtung der Bestrebungen und Tätigkeiten der Organisierten Kriminalität:**

Während zwei meiner Vorgänger keine grundsätzlichen datenschutzrechtlichen Bedenken gegen den Auftrag des LfV erhoben haben, Bestrebungen und Tätigkeiten der Organisierten Kriminalität zu beobachten (vgl. 16. Tätigkeitsbericht 1994, Nr.

6.3), halte ich diese Auffassung angesichts der zwischenzeitlich ergangenen Rechtsprechung für überholt. Insbesondere vor dem Hintergrund des informationellen Trennungsprinzips sollte eine nähere gesetzliche Abgrenzung der Aufgaben des LfV von polizeilichen Aufgaben erfolgen (zu den Auswirkungen des Trennungsprinzips auf das Erfordernis einer Abgrenzung zwischen Aufgaben des Verfassungsschutzes und der Polizei vgl. z.B. *SächsVerfGH*, Urt. v. 21.07.2005, Az. Vf. 67-II-04, NVwZ 2005, 1310, 1311 f., wonach das Landesamt für Verfassungsschutz „auf seine klassischen Aufgaben, die letztlich auf den Verfassungsschutzbegriff des Bundes in Art. 73 Nr. 10 lit. b und c GG zurückgehen, und auf seine herkömmlichen Tätigkeiten, die in Art. 87 Abs. 1 GG für die Verfassungsschutzbehörden des Bundes zum Ausdruck kommen, beschränkt ist“; ebenso *Bergemann* in: Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 5. Aufl. 2012, H, Rn. 34, 35).

Vor diesem Hintergrund habe ich im Rahmen der Ressortanhörung gefordert, dass in Art. 3 Satz 2 BayVSG-E der Aufgabenbereich des LfV ausdrücklich auf die Beobachtung von Bestrebungen und Tätigkeiten Organisierter Kriminalität „zum Schutz der verfassungsmäßigen Ordnung“ beschränkt wird. Mit dem vorliegenden Gesetzentwurf wurde dieser Forderung Rechnung getragen und der einschränkende Passus in Art. 3 Satz 2 BayVSG-E aufgenommen.

## **2.) Art. 10 Abs. 2 Satz 4 BayVSG-E Unterbleiben der Benachrichtigung:**

Art. 10 Abs. 2 Satz 4 BayVSG-E sah ursprünglich vor, dass eine Mitteilung an den Betroffenen unter bestimmten Voraussetzungen „unterbleibt“. Nach der bisherigen Regelung des Art. 6b Abs. 4 Satz 5 BayVSG (ggf. i.V.m. Art. 6f Abs. 5 Satz 1 BayVSG) „kann“ jedoch eine Mitteilung in diesen Fällen „unterbleiben“, steht also im Ermessen des LfV. Demgegenüber deutete die Ausgangsfassung des Art. 10 Abs. 2 Satz 4 BayVSG-E auf eine gebundene Entscheidung hin.

Aufgrund meiner Kritik hieran wurde schließlich die „Kann“-Formulierung des Art. 6b Abs. 4 Satz 5 BayVSG beibehalten und in Art. 10 Abs. 2 Satz 4 BayVSG-E kodifiziert.

## **3.) Art. 20 Abs. 3 BayVSG-E Regelung des Hostings der Amtsdatei des LfV beim BfV:**

Anlässlich der Novellierung des BayVSG habe ich auch die Schaffung einer Rechts-

grundlage für das (anstehende) Hosting der Amtsdatei des LfV beim BfV im BayVSG gefordert, um das Hosting rechtlich abzusichern.

Dieser Forderung wurde mit Einfügung von Art. 20 Abs. 3 BayVSG-E Rechnung getragen. Art. 20 Abs. 3 BayVSG-E sieht nunmehr vor, dass „im Rahmen des § 1 Abs. 3 BVerfSchG...die Verarbeitung personenbezogener Daten...durch das Landesamt...auch in einer beim Bundesamt für Verfassungsschutz geführten Datei erfolgen“ darf und die näheren Einzelheiten in einer Verwaltungsvereinbarung zwischen LfV und BfV geregelt werden.

#### **4.) Art. 21 BayVSG-E Auskunft an den Betroffenen:**

Wie bereits oben ausgeführt (siehe unter A.13.), konnte ich hinsichtlich des Auskunftsanspruchs nach Art. 21 BayVSG-E erreichen, dass in der Gesetzesbegründung (GesBegr. S. 116) festgeschrieben wird, dass das LfV zumindest zur ermessensgerechten Entscheidung über die Auskunftserteilung verpflichtet ist, wenn der Auskunftsantrag unzureichend begründet ist. Damit wurde auch der Rechtauffassung des *BVerfG* entsprochen. Denn das *BVerfG* hat zum Auskunftsanspruch nach § 15 BVerfSchG entschieden, dass ein Auskunftsantrag ohne nähere Darlegung eines berechtigten Interesses nicht ohne Weiteres abgelehnt werden darf (siehe *BVerfG*, Beschl. v. 10.10.2000, Az. 1 BvR 586/90, 1 BvR 673/90, NVwZ 2001, 185, 186). Enthält ein Auskunftsersuchen keine Angaben zum konkreten Sachverhalt und besonderen Interesse, wie von § 15 Abs. 1 BVerfSchG gefordert, entfällt lediglich die Auskunftspflicht. Das verbleibende Ermessen, Auskunft zu erteilen, ist in einem solchen Fall nach Maßgabe des Zwecks der Regelung auszuüben (*BVerfG*, a.a.O., NVwZ 2001, 185, 186 sowie dem folgend *BVerwG*, Urt. v. 24.03.2010, Az. 6 A 2/09, BeckRS 2010, 52039 Rn. 29 a.E.).

Die Gesetzesbegründung führt hierzu nunmehr aus, dass „über die Auskunftserteilung...dann im Ermessenswege zu entscheiden“ und „das verbleibende Ermessen...nach Maßgabe des Zwecks der Regelung auszuüben“ ist (GesBegr. S. 116).

Weiterhin konnte ich bei Art. 21 BayVSG-E auch hinsichtlich des Umfangs der Auskunftserteilung eine Klarstellung in der Gesetzesbegründung bewirken. In der Begründung ist nunmehr ausdrücklich festgelegt, dass Gegenstand der Auskunft nicht nur die in den Fachanwendungen, sondern auch die in der Vorgangsverwaltung (Do-

kumenten-Management-System - DMS) gespeicherten Daten sind (siehe GesBegr. S. 116 ).

**5.) Art. 27 BayVSG-E Zitierklausel:**

Bislang sah die Zitierklausel des Art. 22 BayVSG – anders als etwa Art. 74 PAG bezüglich der Polizei – keine Einschränkung der Versammlungsfreiheit (Art. 8 Abs. 1 GG und Art. 113 BV) durch das BayVSG vor. Diesbezüglich habe ich Bedenken geäußert. Denn auch die Fertigung von Fotografien und Videoaufzeichnungen von Veranstaltungsteilnehmern durch das LfV kann eine Beeinträchtigung der Versammlungsfreiheit darstellen. Das Grundrecht auf Versammlungsfreiheit garantiert die möglichst unbeeinflusste Teilnahme des Einzelnen vor und bei Versammlungen und schützt diesen auch davor, das Grundrecht im Visier des Verfassungsschutzes wahrzunehmen.

Im Zuge der Ressortanhörung wurden nunmehr Art. 8 Abs. 1 GG und Art. 113 BV in die Zitierklausel des Art. 27 BayVSG-E aufgenommen.

Dr. Thomas Petri