



## Der Bayerische Landesbeauftragte für den Datenschutz

Bayer. Datenschutzbeauftragter • PF 22 12 19 • 80502 München

Bayerischen Landtag  
Ausschuss für Kommunale Fragen,  
Innere Sicherheit und Sport

Ihr Zeichen, Ihre Nachricht vom

Unser Zeichen  
DSB/1-622/2-272-2

München, den 08.05.2017  
Durchwahl: 089 212672 - 0

### **Anhörung des Ausschusses für Kommunale Fragen, Innere Sicherheit und Sport des Bayerischen Landtags am 17. Mai um 10:30 Uhr zum Gesetzentwurf der Staatsregierung zur effektiven Überwachung gefährlicher Personen (Drs. 17/16299)**

Sehr geehrte Damen und Herren Abgeordnete,

ich bedanke mich für die Einladung zur o.g. Anhörung und die damit einhergehende Gelegenheit zur Stellungnahme. Gleichzeitig möchte ich darauf hinweisen, dass ich mich im Rahmen meiner Funktion als Bayerischer Landesbeauftragter für den Datenschutz im Folgenden nur zu datenschutzrechtlichen Fragestellungen äußere. Auch bitte ich Sie um Verständnis, dass ich die Fragen teilweise aufgrund ihrer inhaltlichen Verknüpfung zusammenhängend beantworte. Unter dieser Maßgabe nehme ich zu dem vorliegenden Fragenkatalog wie folgt Stellung:

#### **1. Zur Einführung des Begriffs der „drohenden Gefahr“ nach Art. 11 Abs. 3 PAG-E**

Allgemein möchte ich zur Einführung des Begriffs der „drohenden Gefahr“ zunächst Folgendes ausführen:

Im Rahmen der Ressortanhörung habe ich gegenüber dem Bayerischen Staatsministerium des Innern, für Bau und Verkehr zum ersten Gesetzentwurf

Stellung genommen. Da die dortige Ausgestaltung des Begriffs der „drohenden Gefahr“ meines Erachtens zu einer erheblichen Herabsenkung der Einschreitschwellen bei polizeilichen Standardmaßnahmen geführt hätte, hatte ich diesen ersten Gesetzentwurf deutlich kritisiert.

In der Folge habe ich mit dem Bayerischen Staatsministerium des Innern, für Bau und Verkehr konstruktive Gespräche über die geplanten Änderungen der informationellen Eingriffsbefugnisse geführt. Als Ergebnis dieser Gespräche ist der Begriff der „drohenden Gefahr“ überarbeitet worden, wobei von mir nahegelegte Änderungsvorschläge wie folgt umgesetzt worden sind:

Der Begriff der drohenden Gefahr in Art. 11 Abs. 3 S. 1 PAG-E wurde auf den Schutz „bedeutender Rechtsgüter“ (vormals: „öffentliche Sicherheit oder Ordnung“), die in Art. 11 Abs. 3 S. 2 PAG-E einzeln aufgeführt werden, begrenzt.

Zudem wurde die drohende Gefahr in Art. 11 Abs. 3 S. 2 PAG-E auf „Gewalttaten von erheblicher Intensität oder Auswirkungen“ beschränkt.

Des Weiteren wurde die Qualität der zu schützenden Rechtsgüter angehoben. So ist in Art. 11 Abs. 3 S. 2 Nr. 4 PAG-E nunmehr der Schutz „erheblicher Eigentumspositionen“ (statt des bloßem „Eigentums“) sowie in Art. 11 Abs. 3 S. 2 Nr. 5 PAG-E der Schutz von „Sachen, deren Erhalt im besonderen öffentlichen Interesse liegt“ (statt: „Sachen, deren Erhalt im öffentlichen Interesse geboten erscheint“) vorgesehen.

Vor diesem Hintergrund kann ich nunmehr meine ursprünglich geäußerten Bedenken, die Einführung des Begriffs der „drohenden Gefahr“ führe zu einer erheblichen Herabsenkung der Einschreitschwellen bei polizeilichen Standardmaßnahmen, im Grundsatz zurückstellen.

- a) **Wie bewerten Sie allgemein die Einführung des Begriffs bzw. der Kategorie einer „drohenden Gefahr“ in Art. 11 Abs. 3 PAG-E, insbesondere im Hinblick auf die Verfassungsmäßigkeit (auch im Hinblick auf das BKAG-Urteil des BVerfG vom 20.04.2016) und die Praxistauglichkeit dieses Gefahrenbegriffs?**

Zunächst ist festzuhalten, dass es sich bei der Kategorie der „drohenden Gefahr“ bundesweit um eine neue Gefahrenkategorie handelt, die im Vorfeld der konkreten Gefahr anzusiedeln ist. Aufgrund der oben genannten Einschränkungen und vor dem Hintergrund, dass der Schutz vor massiven Gewalttaten einen legitimen Gesetzeszweck darstellt, ist nach meiner Einschätzung eine verfassungskonforme Auslegung des Begriffes der „drohenden Gefahr“ möglich. Hinsichtlich des Urteils des BVerfG zum BKAG vom 20.04.2016 möchte ich allgemein darauf hinweisen, dass die Überlegungen dieses Urteils nur bedingt auf die vorliegende Thematik übertragbar sind, da sich die Entscheidung auf informationelle Datenerhebungen bei verdeckten Maßnahmen bezieht, während der Gesetzentwurf Standardmaßnahmen betrifft, die neben dem Persönlichkeitsrecht auch andere Grundrechte beeinträchtigen.

Die Praxistauglichkeit des neuen Gefahrenbegriffs muss sich erst noch erweisen.

- b) **Wie bewerten Sie dabei die Bezugnahme des Art. 11 Abs. 3 PAG-E auf Gewalttaten von erheblicher Intensität oder Auswirkung, insbesondere gemessen an den im Verhältnis zum Bundeskriminalamt deutlich weitergehenden, nicht auf die Terrorismusabwehr beschränkten präventivpolizeilichen Aufgaben der Bayer. Polizei?**

Aufgrund der Bezugnahme des Art. 11 Abs. 3 PAG-E auf Gewalttaten von erheblicher Intensität oder Auswirkung wird der Begriff der drohenden Gefahr beschränkt und, wie oben ausgeführt, eine verfassungskonforme Auslegung möglich. Diese Beschränkung wirkt sich zugleich einschränkend auf alle Standardmaßnahmen aus, die auf den Begriff der „drohenden Gefahr“ Bezug nehmen.

Die Begrifflichkeit „Gewalttaten von erheblicher Intensität oder Auswirkung“ umfasst beispielhaft auch (nichtterroristische) Amoklagen, deren Abwehr zu den Aufgaben der Bayerischen Polizei gehört. Die Verhinderung von Amoklagen, und hiermit verbunden der Schutz von hochwertigen Rechtsgütern, ist, wie ebenfalls bereits oben ausgeführt, ein legitimer Gesetzeszweck.

- c) Inwieweit ist der in Art. 11 Abs. 3 Satz 2 PAG-E aufzufindende Rechtsgüterkatalog geeignet, „bedeutende“ Rechtsgüter im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wiederzugeben?**

Meinen einleitenden Ausführungen kann ich diesbezüglich anfügen, dass der Rechtsgüterkatalog in Art. 11 Abs. 3 Satz 2 PAG-E grundsätzlich nur hochwertige Rechtsgüter auflistet. Bezüglich Nr. 4 des Katalogs ist anzumerken, dass es sich um „erhebliche Eigentumspositionen“ handeln muss. Durch diese Qualifizierung ist zumindest eine verfassungskonforme Auslegung des Gesetzes möglich.

- d) Wie bewerten Sie die Aufnahme der Begrifflichkeit der „drohenden Gefahr für bedeutende Rechtsgüter“ in die Standardbefugnisse der Art. 13 ff. PAG?**

Diesbezüglich darf ich auf meine einleitenden Ausführungen sowie meine Antworten zu 1a) und 1b) verweisen.

- 2. Zur Anordnung von Kontaktverboten, Aufenthaltsverboten und Aufenthaltsgeboten nach Art. 16 Abs. 2 i.V.m. Art. 17 Abs. 1 Nr. 4, Art. 32 a Abs. 1 Satz 2 PAG-E und zur Einführung einer präventivpolizeilichen Elektronischen Aufenthaltsüberwachung (EAÜ)**

- a) Wie bewerten Sie die spezielle polizeiliche Regelung für orts- und gebietsbezogene Aufenthaltsge- und -verbote sowie für Kontaktverbote nach Art. 16 Abs. 2 PAG-E hinsichtlich ihrer Verfassungsmäßigkeit, insbesondere im Hinblick auf die Abwehr von drohenden Gefahren?**

ren nach Art. 11 Abs. 3, und wie beurteilen Sie die Erforderlichkeit der polizeilichen Maßnahmen des Art. 16 Abs. 2 PAG-E im Hinblick auf die polizeiliche Praxis?

- b) Halten Sie die Normierung eines Richtervorbehalts bei den Maßnahmen nach Art. 16 Abs. 2 PAG-E wie in § 55 Abs. 3 Entwurf eines Gesetzes zur Neustrukturierung des Bundeskriminalamtgesetzes BT-Drucksachen 18/11163, 18/11326 (BKAG Entwurf) für erforderlich? Wenn ja, wie begründen Sie den Richtervorbehalt? Wenn nein, halten Sie die gesetzliche Normierung eines qualifizierten Anordnungsvorbehalts für erforderlich?
- c) Halten Sie (weitere) maßnahmenspezifische Regelungen wie in § 55 Abs. 4 und 5 BKAG Entwurf bei den Maßnahmen nach Art. 16 Abs. 2 PAG-E für erforderlich und wenn ja, warum?
- d) Wie bewerten Sie die Maßnahmen nach Art. 16 Abs. 2 PAG-E in Verbindung mit der Möglichkeit einer Ingewahrsamnahme nach Art. 17 Abs. 1 Nr. 4 PAG-E?
- e) Wie bewerten Sie die Verbindung der Maßnahmen nach Art. 16 Abs. 2 PAG-E mit der Möglichkeit einer EAÜ-Anordnung nach Art. 32a Abs. 1 Satz 2 PAG-E?

Auch hier möchte ich zunächst auf meine einleitenden Ausführungen und meine Antworten zu 1a) und 1c) verweisen.

Insbesondere erscheint durch die - im Vergleich zum ersten Entwurf - vorgenommene Anhebung der Qualität der zu schützenden Rechtsgüter eine verfassungskonforme Gesetzesauslegung möglich.

Art. 16 Abs. 2 PAG-E sieht – mit Ausnahme der Befristungsregelung des Art. 16 Abs. 2 S.2 PAG-E – keine grundrechtssichernden Verfahrensvorschriften vor. Angesichts der Eingriffsintensität der Maßnahmen und der vom BVerfG entwickelten Wesentlichkeitslehre sollten meines Erachtens aber weitere flankierende Schutzmaßnahmen im Gesetz selbst geregelt werden und nicht etwaigen Vollzugsvorschriften vorbehalten bleiben. Im Rahmen der Ressortanhörung habe ich daher entsprechende, insbeson-

dere an § 55 Abs. 3 bis 6 BKAG-E angelehnte Empfehlungen für grundrechtssichernde Verfahrensvorschriften gegeben, die ich auch weiterhin für sinnvoll erachte.

- 3. Zur Einführung einer präventivpolizeilichen Elektronischen Aufenthaltsüberwachung (EAÜ):**
- a) Wie bewerten Sie allgemein die Einführung einer derartigen Befugnis (auch) im Landespolizeirecht, insbesondere im Hinblick auf die Verfassungsmäßigkeit, die Praxistauglichkeit und im Verhältnis zu weiteren bundesrechtlichen Regelungen der Elektronischen Aufenthaltsüberwachung?**
  - b) Wie bewerten Sie – wiederum unter Berücksichtigung der weitergehenden landespolizeilichen Zuständigkeit – die in Art. 32a Abs. 1 Satz 1 PAG-E erfolgte Bezugnahme auf den Schutz von Rechtsgütern im Sinne von Art. 11 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 bis 3 und Nr. 5 PAG-E?**
  - c) Wie beurteilen Sie die einer ausdrücklichen, richterlichen Anordnung oder Bestätigung bedürftige, unter bestimmten Voraussetzungen bestehende Befugnis zur Erstellung eines Bewegungsbildes?**
  - d) Wie bewerten Sie die Regelungen zu Umfang, Verarbeitung und Löschung der durch Art. 32a Abs. 1 PAG-E erhobenen Daten der von der Maßnahme betroffenen Person?**
  - e) Halten Sie eine gesetzliche Konkretisierung im Hinblick auf die Antragsbefugnis der Maßnahme bei Gericht und die an den Antrag zu stellenden Anforderungen für erforderlich?**

Grundsätzlich gelten auch hier meine einleitenden Ausführungen und meine Antworten zu 1a),b) und c).

Zur Praxistauglichkeit dieses Überwachungsmittels ist Folgendes anzumerken: Zwar hat sich, etwa im Zusammenhang mit Sexualstraftätern, die elektronische Aufenthaltsüberwachung im Rahmen der Führungsaufsicht durchaus als umsetzbar erwiesen. Gleichwohl hat in Bayern trotz entsprechender Überwachung ein aus der Sicherungsverwahrung entlassener

Sexualstraftäter erneut ein Kind missbraucht. Auch sei an den Fall der beiden islamistisch motivierten Mörder eines Priesters im französischen Rouen im August 2016 erinnert, von denen einer ebenfalls eine elektronische „Fußfessel“ trug. Diese Beispiele zeigen, dass eine elektronische Aufenthaltsüberwachung einen überzeugten und entschlossenen Täter nicht von seiner geplanten Tat abhalten wird. Allerdings stellen solche Einzelfälle die Praxistauglichkeit der elektronischen Aufenthaltsüberwachung nicht generell in Frage. Es ist durchaus vorstellbar, dass eine elektronische Aufenthaltsüberwachung einen Abschreckungseffekt entfaltet und zum Beispiel einen Gefährder, der in seiner Radikalisierung noch nicht gefestigt ist, von einer beabsichtigten Tat abhält.

Letztlich wird erst die Praxis die Erforderlichkeit und Geeignetheit dieser Überwachungsmaßnahme, auch im Verhältnis zu weiteren (bundes-) rechtlichen Regelungen der elektronischen Aufenthaltsüberwachung, zeigen können.

Die in Art. 32a Abs. 2 S. 3 PAG-E enthaltene Möglichkeit, die erhobenen Daten zur Erfüllung des Überwachungszwecks zu einem Bewegungsbild zu verbinden, sehe ich aus datenschutzrechtlicher Sicht grundsätzlich kritisch. Jedoch wurde im Vergleich zum ersten Entwurf Art. 32a PAG-E (neben dem bereits in Art. 32a Abs. 3 S. 1 PAG-E vorgesehenen Richtervorbehalt für die Anordnung der Maßnahme) um einen Richtervorbehalt für die Erstellung eines Bewegungsprofils (Art. 32a Abs. 2 S. 3 PAG-E) ergänzt. Hierdurch ist eine sinnvolle grundrechtssichernde Verfahrensvorschrift eingezogen worden.

Im Rahmen der Ressortanhörung habe ich empfohlen, die Speicherungs- bzw. Löschungsfrist der Daten in Art. 32a Abs. 6 S.1 PAG-E von sechs auf zwei Monate zu verkürzen. Diese Anregung hat das Bayerische Staatsministerium des Innern, für Bau und Verkehr in dem vorliegenden Entwurf aufgegriffen. Daneben habe ich weitere Empfehlungen für grundrechtssichernde Verfahrensvorschriften gegeben, die ich auch weiterhin für sinnvoll erachte. Insbesondere sollte im Gesetz klargestellt werden, dass die Maßnahme unverzüglich zu beenden ist, wenn die Voraussetzungen der

Anordnung nicht mehr vorliegen. Auch sollte im Gesetz eine zweijährige Aufbewahrungsdauer für die in Art. 32a Abs. 6 S. 2 PAG-E vorgesehenen Protokolldaten vorgesehen werden.

4. **Zur Sanktionierung von Verstößen gegen die EAÜ:**
  - a) **Halten Sie die hier vorgesehene Einführung eines zusätzlichen Tatbestands der Gewahrsamnahme in Art. 17 Abs. 1 Nr. 5 PAG-E für verfassungsmäßig und geeignet zur Zweckerreichung (auch aus praktischer Sicht)?**
  - b) **Wäre, ggf. auch zusätzlich, die Einführung eines landesrechtlichen Straftatbestands (auf Grund Art.3 Abs. 1 EGStGB beschränkt auf maximal 2 Jahre Freiheitsstrafe oder Geldstrafe) oder zumindest eines Ordnungswidrigkeitentatbestandes erforderlich?**
  - c) **Wie beurteilen Sie im Falle eines an Stelle des zusätzlichen Tatbestands der Gewahrsamnahme in Art. 17 Abs. 1 Nr. 5 PAG-E tretenden landesrechtlichen Straftatbestandes dessen etwaige Effektivität zur Abwehr greifbarer Gefahrenlagen in Anbetracht des in Ziff. 4b) genannten möglichen Strafrahmens und der gerade bei Ersttätern zu erwartenden Strafen, aber auch der strengen materiellen Voraussetzungen der strafprozessualen Untersuchungshaft?**
  
5. **Zu den Ergänzungen und Änderungen bei der Gewahrsamnahme in Art. 17 Abs. 1 Nr. 3 sowie Art. 20 Nr. 3 Sätze 2 und 3 PAG-E:**
  - a) **Wie beurteilen Sie die Einfügung eines zusätzlichen Gewahrsamnahmetatbestandes für Fälle der konkreten Gefahr für bestimmte bedeutende Rechtsgüter in Art. 17 Abs. 1 Nr. 3 PAG-E, insbesondere hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit (auch im Hinblick auf die Rechtsprechung des EGMR) und die Praktikabilität? Wäre auch ein Gewahrsamnahmetatbestand für Fälle einer drohenden Gefahr für bestimmte bedeutende Rechtsgüter verfassungsgemäß?**
  - b) **Wie bewerten Sie die an Stelle einer absoluten gesetzlichen Obergrenze für eine Gewahrsamnahme tretende Begrenzung auf drei Monate mit jeweils entsprechender Verlängerungsmöglichkeit in Art. 20 Nr. 3 Sätze 2 und 3 PAG-E?**

Zu den Fragen 4 und 5 treffe ich mangels unmittelbarem datenschutzrechtlichem Bezug keine Aussage.

**6. Zur Schaffung einer gesetzlichen Regelung für die präventivpolizeiliche Maßnahme der Quellen-Telekommunikationsüberwachung (Quellen-TKÜ) nach Art. 34a Abs. 1a PAG-E i.V.m. Art. 34c PAG-E**

- a) **Erfüllt die Regelung des Art. 34a Abs. 1a PAG-E i.V.m. den Regelungen des Art. 34c PAG-E die verfassungsrechtlichen Anforderungen, insbesondere die das BVerfG im BKAG-Urteil vom 20.4.2016 (Rn. 228 ff., 234) aufgestellt hat? Wenn nein, wo sehen Sie die verfassungsrechtlichen Defizite?**
- b) **Halten Sie es für geboten, dass der Gesetzgeber - obwohl die Quellen-TKÜ nach Art. 34a Abs. 1a Satz 1 Nr. 1 PAG-E nur bei einer technisch sichergestellten Begrenzung der Überwachung und Aufzeichnung auf die laufende Telekommunikation erlaubt ist - wegen des für die Quellen-TKÜ erforderlichen Zugriffs auf das informationstechnische System der betroffenen Person, eine Unterrichtungspflicht der Staatsregierung an den Landtag vergleichbar der Unterrichtung über die Datenerhebung aus dem verdeckten Zugriff auf informationstechnische Systeme nach Art. 34d Abs.8 PAG normiert?**

Diesbezüglich möchte ich zunächst darauf hinweisen, dass ich mich bereits 2012 ausführlich mit der Quellen-TKÜ auseinandergesetzt und hierzu einen umfangreichen Prüfbericht (abrufbar über meine Homepage) erstellt habe.

Auch wenn die bestehende Regelung für eine Quellen-TKÜ im BKAG der Prüfung des BVerfG bislang Stand gehalten hat, halte ich an meinen im Prüfbericht ausgesprochenen Verfahrensempfehlungen fest.

Teilweise wurden diese Empfehlungen im vorliegenden Gesetzentwurf auch berücksichtigt (siehe die Benachrichtigungspflicht in Art. 34 c Abs. 2 Satz 2 PAG-E).

Unabhängig davon würde ich eine Unterrichtungspflicht der Staatsregierung an den Bayerischen Landtag begrüßen.

7. **Zur Wiedereinführung einer zweimonatigen Höchstspeicherfrist bei offenen Bild- und Tonaufzeichnungen in Art. 32 PAG sowie Art. 21a BayDSG:**
- a) **Wie beurteilen Sie die Ausweitung der Speicherfristen für die offene Videografie im Hinblick auf die Steigerung der Effizienz der Gefahrenabwehr, Straftatenverhütung und im Einzelfall auch -verfolgung?**
  - b) **Ist das gewählte Modell einer Höchstspeicherfrist (gegenüber beispielsweise dem Modell einer verpflichtenden Regelspeicherfrist) für diese Zwecke geeignet und die gewählte Höchstspeicherfrist von zwei Monaten hierfür auch ausreichend?**

Da es sich um eine Höchstspeicherfrist handelt, habe ich keine durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken, da diese abhängig von der Erforderlichkeit im Einzelfall ist. Eine Regelspeicherfrist könnte dagegen gegen den Grundsatz der Erforderlichkeit verstoßen; umso mehr als mir aufgrund meiner umfassenden Prüf- erfahrung kein einziger Fall bekannt ist, in dem die Polizei es für erforderlich gehalten hätte, die derzeit geltende Höchstspeicherfrist von drei Wochen zu überschreiten.

Mit freundlichen Grüßen

Prof. Dr. Thomas Petri