



LUDWIG-  
MAXIMILIANS-  
UNIVERSITÄT  
MÜNCHEN

**PROF. DR. MARK A. ZÖLLER**  
LEHRSTUHL FÜR DEUTSCHES, EUROPÄISCHES  
UND INTERNATIONALES STRAFRECHT UND  
STRAFPROZESSRECHT, WIRTSCHAFTSSTRAFRECHT  
UND DAS RECHT DER DIGITALISIERUNG



Professor-Huber-Platz 2 · 80539 München

Herrn  
Vorsitzenden des Ausschusses für  
Kommunale Fragen, Innere Sicherheit und Sport  
des Bayerischen Landtages  
Dr. Martin Runge, MdL  
Maximilianeum  
Max-Planck-Straße 1  
  
81675 München

**Prof. Dr. Mark A. Zöller**

Geschäftsführer des Insti-  
tuts für Digitalisierung und  
das Recht der Inneren  
Sicherheit (IDRIS)

Telefon +49 (0)89 2180-3542

Mark.Zoeller@jura.uni-  
muenchen.de

www.jura.uni-muenchen.de

Dienstadresse  
Ludwigstr. 29/IV. OG, Raum 406  
80539 München

München, 14.04.2023

## **Schriftliche Stellungnahme**

**zum Gesetzentwurf der Staatsregierung zur Änderung des Bayerischen  
Verfassungsschutzgesetzes und des Bayerischen Datenschutzgesetzes  
vom 2. März 2023 (Drs. 18/21537)  
unter Einbeziehung des Gesetzentwurfs der SPD-Fraktion  
vom 20. Dezember 2022 (18/25825)**

**im Rahmen der öffentlichen Anhörung des Ausschusses für  
Kommunale Fragen, Innere Sicherheit und Sport am 25. April 2023**

Sehr geehrter Herr Vorsitzender, sehr geehrte Damen und Herren Abgeordnete,  
für die Einladung zur oben genannten Anhörung und die Gelegenheit zur Stellung-  
nahme möchte ich mich herzlich bedanken. Bei der Begutachtung der beiden Ge-  
setzentwürfe habe ich mich inhaltlich an dem mir übermittelten Fragenkatalog orien-  
tiert. Zum Zwecke der besseren Lesbarkeit und um eine schnellere Orientierung zu  
den wichtigsten Sachfragen zu ermöglichen, sind die nachfolgenden Ausführungen  
jedoch nach inhaltlichen Schwerpunkten gegliedert.

## A. Vorbemerkungen

### I. Ausgangslage

Am 26. April 2022 hat der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) sein Urteil zum Bayerischen Verfassungsschutzgesetz (BayVSG) gefällt.<sup>1</sup> In dieser Entscheidung wurden zahlreiche Bestimmungen des im Jahr 2016 umfassend reformierten Bayerischen Verfassungsschutzgesetzes<sup>2</sup> für verfassungswidrig erklärt. Dieses bayerische Reformgesetz war trotz heftiger Kritik und massiver verfassungsrechtlicher Bedenken<sup>3</sup> ausschließlich mit der damaligen absoluten Stimmenmehrheit der CSU-Landtagsfraktion durchgesetzt worden. Alle Oppositionsfraktionen hatten seinerzeit gegen den Gesetzentwurf der Staatsregierung gestimmt.<sup>4</sup> Die mahnenden Stimmen aus den Reihen von Bündnis 90/Die Grünen, SPD und den Freien Wählern sind zwischenzeitlich durch Karlsruhe bestätigt worden. Das BVerfG hat der von der Bayerischen Staatsregierung auch im Bereich des Verfassungsschutzrechts verfolgten Strategie einer beständigen Ausweitung der Überwachungsbefugnisse auf der (formalen) Grundlage weitgehend unbestimmter, den Sicherheitsbehörden möglichst großen Spielraum gewährender Regelungen eine deutliche Absage erteilt. Es hat in seiner Entscheidung also keineswegs „die Bedeutung unserer Verfassungsschutzbehörden für den Schutz unserer freiheitlichen Demokratie deutlich betont und die hierfür erforderlichen Befugnisse nicht grundsätzlich beanstandet“.<sup>5</sup> Wer das Urteil aufmerksam liest, kann stattdessen das Karlsruher Unverständnis und die Ungeduld mit Gesetzgebern, die aus politischen Gründen und unter dem Deckmantel vermeintlicher Bedürfnisse der Vollzugspraxis die verfassungsrechtlichen Grenzen immer wieder deutlich überschreiten, geradezu mit Händen greifen. Die demgegenüber gerne vorgebrachte Klage, dass sich das BVerfG mit kleinteiligen und detailverliebten Vorgaben immer mehr in die Aufgaben der Legislative einmischt, ist daher bei objektiver Betrachtung der deutschen Sicherheitsarchitektur hausgemacht. Es ist die immer wieder praktizierte Missachtung und teilweise auch bewusste Umgehung längst artikulierter verfassungsgerichtlicher Vorgaben im Recht der Inneren Sicherheit, die das BVerfG faktisch dazu zwingt, immer deutlicher zu werden.<sup>6</sup> Insofern besteht immerhin weitgehend Einigkeit, dass die Entscheidung vom 26. April 2022 bundesweit Reformbedarf für die Nachrichtendienstgesetze von Bund und Ländern

<sup>1</sup> BVerfG NJW 2022, 1583; dazu etwa Gärditz GSZ 2022, 161 ff.; Löffelmann JR 2022, 433 ff.; Ogorek NJW 2022, 1570 ff.; Zöller StV 2022, 693 ff.; s. auch Unterreitmeier GSZ 2023, 34 ff.

<sup>2</sup> GVBl. 2016 S. 145, 12-1-I.

<sup>3</sup> Dazu Löffelmann BayVBl. 2017, 253 ff.

<sup>4</sup> S. Plenarprotokoll 17/78 v. 07.07.2016, S. 6698.

<sup>5</sup> So jedoch die Pressemitteilung der Bayerischen Staatsregierung v. 26.04.2022: Herrmann zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Bayerischen Verfassungsschutzgesetz, abrufbar unter: <https://www.bayern.de/herrmann-zur-entscheidung-des-bundesverfassungsgerichts-zum-bayerischen-verfassungsschutzgesetz> (zuletzt abgerufen am 14.02.2023).

<sup>6</sup> Dies gesteht auch Gärditz GSZ 2022, 161 (170) zu.

ausgelöst hat.<sup>7</sup> Die **zentrale Botschaft aus Karlsruhe** lautet dabei auch, aber nicht nur für die nun anstehende Reform des BayVSG: **Die Nachrichtendienste sind keine allgemeinen Servicedienstleister von Gefahrenabwehr- und Strafverfolgungsbehörden.**

## II. Der Entwurf der Bayerischen Staatsregierung

Diese Leitlinie des BVerfG ist im Rahmen des vorliegend zur Begutachtung vorgelegten Änderungsantrags der CSU-Landtagsfraktion zum Gesetzentwurf der Staatsregierung zur Änderung des Bayerischen Verfassungsschutzgesetzes und des Bayerischen Datenschutzgesetzes vom 24. Januar 2023<sup>8</sup> erneut in maßgeblichen Teilen nicht beachtet worden. Stattdessen versuchen die Entwurfsverfasser wiederum, die vom BVerfG gelassenen Spielräume auszureizen und die Vorgaben aus Karlsruhe durch mehr oder minder „kreative“ Lösungen formal zu umgehen. Dahinter dürfte das Bestreben stehen, an der bisherigen Rechtslage auch in neuem Gewand faktisch so wenig wie möglich zu ändern und dem Landesamt für Verfassungsschutz zur Erfüllung seiner Aufgaben möglichst große Handlungsspielräume bei möglichst geringem Rechtfertigungsdruck für Eingriffe in die Grund- und Menschenrechte der Bürgerinnen und Bürger zu sichern. Diese Strategie ist zwar aus der praktischen Perspektive der Verfassungsschutzbehörden nachvollziehbar, mit Blick auf die jüngere Rechtsprechung des BVerfG aber von vornherein zum Scheitern verurteilt. Insofern muss man kein Prophet sein, um festzustellen, dass der Entwurf der Staatsregierung in dieser oder ähnlicher Gesetzesfassung wiederum keinen Bestand vor den Schranken des BVerfG haben würde. Er ist erneut in maßgeblichen Teilen als **verfassungswidrig** einzustufen und würde für den Fall seiner Verabschiedung das verfassungsgerichtliche „Spiel“ letztlich nur von vorne beginnen lassen.

Insofern sei auch der Hinweis darauf erlaubt, dass gleich mehrere der den Sachverständigen vorgelegten Fragestellungen aus Sicht des Unterzeichners ganz grundsätzlich in die falsche Richtung weisen. Insbesondere das Urteil des BVerfG vom 26. April 2022 zum BayVSG zielt gerade darauf ab, die Tätigkeit der Nachrichtendienste nicht nur in Bayern, sondern bundesweit verhältnismäßig auszugestalten, den zu beobachtenden Auswüchsen entgegenzutreten und insgesamt eine **rechtsstaatlich ausgewogene Rechtsgrundlage für die Sicherheitsbehörden** einzufordern. Die Beachtung zwingender verfassungsrechtlicher und verfassungsgerichtlicher lässt sich schon begrifflich nicht als „nachteilige rechtliche und tatsächliche Folgewirkung“ (vgl. Frage I. 5.) einstufen. Auch „rechtliche oder praktische Schwierigkeiten“ (vgl.

<sup>7</sup> Löffelmann JR 2022, 434; Zöller StV 2022, 693 (694); für Bayern läuft die Frist zur Nachbesserung bis zum 31.07.2023; vgl. BVerfG NJW 2022, 1583 (1617).

<sup>8</sup> LT-Drs. 18/26159; vgl. dazu jetzt auch LT-Drs. 18/21537 v. 2.3.2023.

Frage II. 1. a)) entstehen nicht erst durch die Umsetzung verfassungsgerichtlicher Vorgaben. Vielmehr wird hierdurch nur eine zuvor unzulässige Rechtslage wieder korrigiert. Es werden Befugnisse wieder eingeschränkt, die speziell das Bayerische Landesamt für Verfassungsschutz formal niemals hätte erhalten dürfen. Karlsruhe „nimmt also nur das weg“, was sich die Bayerische Staatsregierung im Jahr 2016 verfassungswidrig „selbst genehmigt“ hat. Insofern sollte auch nicht von möglicherweise drohenden „Informationsdefiziten“ (vgl. Frage II. 5. b) cc)) gesprochen werden, weil dies suggeriert, dass unser Grundgesetz bzw. die Bayerische Verfassung einen umfassenden Informationsverbund aller Sicherheitsbehörden ermöglicht. Das Gegenteil ist angesichts des Trennungsgebots und der bitteren Erfahrungen und Lehren aus der Zeit des Nationalsozialismus der Fall.<sup>9</sup>

Welche **Auswirkungen** verfassungsrechtlich zwingende Änderungen der deutschen Nachrichtendienstgesetze **für die Sicherheit in der Bundesrepublik Deutschland** haben (Frage I. 4.) ist somit – jedenfalls juristisch betrachtet – letztlich irrelevant. Im Übrigen ist Sicherheit auch empirisch-methodisch nicht verlässlich messbar und beruht häufig nur auf einem **diffusen Sicherheitsgefühl**, das sich mit objektiven Nachweisen nicht verlässlich belegen lässt.

### III. Der Entwurf der BayernSPD-Landtagsfraktion

Deutlich vorzugswürdig ist demgegenüber schon der Grundansatz des von der BayernSPD-Landtagsfraktion vorgelegten Entwurfs für ein modernes und rechtsstaatskonformes Bayerisches Verfassungsschutzgesetz (BayModVSG) vom 20.12.2022.<sup>10</sup> Diesem Entwurf geht es erkennbar nicht um ein Beharren auf überholten Strukturen und Eingriffsbefugnissen, sondern um die **Schaffung eines modernen Verfassungsschutzgesetzes mit klar abgegrenzten und an neue gesellschaftliche Entwicklungen und Erwartungen angepassten Befugnissen**.<sup>11</sup> Auch wenn sich über die dort nachzulesenden Detailregelungen im Einzelfall rechtspolitisch streiten lässt, werden hier die **Vorgaben des BVerfG erkennbar ernstgenommen**. Zudem wird die komplizierte Rechtsmaterie des Landesverfassungsschutzrechts deutlich **übersichtlicher strukturiert und auch sprachlich verständlicher** aufbereitet. Anstelle wie im Entwurf der Bayerischen Staatsregierung auch noch den letzten Winkel des nicht eindeutig Verfassungswidrigen auszuleuchten, würde ein Bayerisches Verfassungsschutzgesetz nach dem Vorbild des BayModVSG-E klare rechtstaatliche und juristisch verlässliche Strukturen für die wichtige Tätigkeit des Landesamtes schaffen.

---

<sup>9</sup> Dazu etwa *Zöller*, Informationssysteme und Vorfeldmaßnahmen von Polizei, Staatsanwaltschaft und Nachrichtendiensten, 2002, S. 311 ff.

<sup>10</sup> LT-Drs. 18/25825.

<sup>11</sup> Vgl. LT-Drs. 18/25825, S. 1 f.

Vor allem aber würde es grosso modo **einer verfassungsgerichtlichen Überprüfung standhalten.**

## **B. Einzelfragen**

Durch die zwingend erforderlichen Reformen des BayVSG und die individuelle Ausgestaltung der beiden Entwürfe wird eine Fülle von Detailfragen berührt, die an dieser Stelle nicht ansatzweise vollständig dargestellt können. In den nachfolgenden Ausführungen sollen daher lediglich einige zentrale Kritikpunkte herausgegriffen werden, die insbesondere den Entwurf der Bayerischen Staatsregierung betreffen.

### **I. (Fehlen von) Begriffsbestimmungen**

Auffällig ist zunächst, dass der Gesetzentwurf der Bayerischen Staatsregierung in zentralen Bereichen des Gesetzestextes Begrifflichkeiten verwendet bzw. neu einführt, die entweder gar nicht oder nicht entsprechend den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts bestimmt werden.

#### **1. Besonders schwere Straftaten**

Das BVerfG hat in seiner Entscheidung zum BayVSG die Übermittlung von personenbezogenen Daten lediglich zur Verfolgung besonders schwerer Straftaten zugelassen.<sup>12</sup> Der Begriff der „besonders schweren Straftaten“ findet sich auf verfassungsrechtlicher Ebene in Art. 13 Abs. 3 GG. Für den Bereich des Strafverfahrensrechts ist er **in § 100b Abs. 2 StPO und in § 100g Abs. 2 StPO jeweils durch einen umfangreichen Straftatenkatalog legal definiert.** Schon kurz nach Veröffentlichung der Entscheidung des BVerfG zum BayVSG wurde deutlich, dass selbst diese Kataloge aus dem Kontext der strafprozessualen Online-Durchsuchung und Vorratsdatenspeicherung, die als eingeführte Begriffskonkretisierungen auch den Karlsruher Richtern als Modell vorschwebt haben dürften, den Innenministerien von Bund und Ländern und den unter ihrer Aufsicht stehenden Sicherheitsbehörden als zu strikt bzw. zu wenig verfassungsschutzspezifisch erschienen. Seitdem wird massive Werbung dafür betrieben, die Möglichkeit der strafrechtlichen Nutzung von nachrichtendienstlich gewonnenen Daten über den Rahmen des § 100b Abs. 2 StPO hinaus zuzulassen.<sup>13</sup> In diesem rechtspolitischen Kontext ist auch die vorgeschlagene Regelung des § 4

---

<sup>12</sup> BVerfG NJW 2022, 1583 (1599).

<sup>13</sup> So etwa Gärditz GSZ 2022, 161 (169); Unterreitmeier GSZ 2023, 34 (39 f.).

Abs. 3 VSG-E zu sehen. Diese Legaldefinition ist allerdings in mehrfacher Hinsicht (verfassungs-)rechtlichen Bedenken ausgesetzt.

So ist bereits zweifelhaft, ob ein Landesgesetzgeber wie der Bayerische Landtag überhaupt die **Gesetzgebungskompetenz** besitzt, im Rahmen eines Landesverfassungsschutzgesetzes die Frage, was „besonders schwere Straftaten“ sind, abweichend von den Regelungen der StPO zu beantworten. Schließlich liegt die konkurrierende Gesetzgebungszuständigkeit für die Bereiche „Strafrecht“ und „gerichtliches Verfahren“ nach Art- 74 Nr. 1 GG beim Bund. Und auch die Legaldefinition in Art. 4 Abs. 3 VSG-E zielt eindeutig auf die **Nutzung von Nachrichtendienstdaten zur Strafverfolgung** ab. Hinzu kommt, dass die Bayerische Staatsregierung mit ihrer Interpretation der „besonders schweren Straftaten“ sogar noch über die ausufernden Straftatenkataloge der §§ 100b Abs. 2, 100g Abs. 2 StPO hinausgehen will, also keinen durchweg eigenen, verfassungsschutzspezifischen Katalog erstellt. Wie eine Recherche des Instituts für Digitalisierung und das Recht der Inneren Sicherheit (IDRIS) an der Ludwig-Maximilians-Universität München zeigt (vgl. dazu **Anlage 1**), würde auf diese Weise die Nutzung von Daten, die vom Bayerischen Verfassungsschutz erhoben wurden, zur Strafverfolgung von insgesamt 153 verschiedenen Straftatbeständen ermöglicht. Es handelt sich demnach nicht um eine punktuelle, sondern um eine **massive Durchbrechung des (informationellen) Trennungsgebots** zwischen Polizei und Nachrichtendiensten. Und dass in allen diesen Fällen – wie vom BVerfG explizit gefordert<sup>14</sup> – ein „**herausragendes öffentliches Interesse**“ an der Datenübermittlung zu Strafverfolgungszwecken besteht und eine solche Regelung somit durchweg verhältnismäßig wäre, muss bezweifelt werden.

An dieser Stelle **geht auch Art. 17 Abs. 1 Nr. 3 BayModVSG-E** letztlich **zu weit**, der die Übermittlung an die Strafverfolgungsbehörden über die Katalogstraftaten des § 100b Abs. 2 StPO hinaus u.a. auch bei einfachen Körperverletzungen (§ 223 StGB) zulassen will, sofern diese eine **rassistische, volksverhetzende, antisemitische, menschenfeindliche oder diskriminierende Zielsetzung** aufweisen. Diese Ziele sind zwar strafzumessungsrelevant (vgl. § 46 Abs. 2 StGB), machen aber eine Körperverletzung noch nicht zwangsläufig zu einem Delikt, an dessen Verfolgung ein herausragendes öffentliches Interesse besteht. Zudem besteht die **Gefahr eines Dammbruchs** bei den Datenübermittlungen, da man dann bei jeder über der Bagatellgrenze liegenden, im Rahmen einer Rangelei oder mittels einer Ohrfeige begangenen Körperverletzung von Seiten des Landesamtes erst einmal eine nicht näher bezeichnete menschenfeindliche oder diskriminierende Motivation des Täters unterstellen könnte, um den Sachverhalt an Polizei und Staatsanwaltschaft weiterzugeben.

---

<sup>14</sup> BVerfG NJW 2022, 1583 (1597) unter Berufung auf BVerfGE 133, 277 (329); 154, 152 (268); 156, 11 (51 f.).

Vor diesem Hintergrund empfiehlt es sich, den **Begriff der „besonders schweren Straftaten“** schon aus Gründen der **Gesetzgebungskompetenz i.S. der bestehenden Kataloge der Strafprozessordnung** (§§ 100b Abs. 2, 100g Abs. 2 StPO) **zu definieren.**

## 2. Operative Befugnis

Auch die Legaldefinition der „operativen Befugnis“ in Art. 25 Abs. 2 VSG-E birgt Tücken. Diese (behördliche) Befugnis, die besondere Schutzmaßnahmen bei der Datenübermittlungen an solche Stellen auslöst, wird als Möglichkeit definiert, gegenüber einem Einzelnen Maßnahmen mit unmittelbarer Zwangswirkung zu ergreifen, die typischerweise ohne Möglichkeit vorherigen Rechtsschutzes vollzogen werden. Das trifft die Argumentation des BVerfG nur bedingt. Das Adjektiv „operativ“ bedeutet schon grammatikalisch so viel wie „konkrete Maßnahmen treffend, sie unmittelbar wirksam werden lassend“.<sup>15</sup> Operative Befugnisse wären dann solche, die **unmittelbar der Aufgabe der Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung oder der Verfolgung von Straftaten** dienen. Anders als Art. 25 Abs. 2 VSG-E spricht das BVerfG in seiner Entscheidung zum BayVSG synonym von „operativen Zwangsbefugnissen“ und „operativen Anschlussbefugnissen“.<sup>16</sup> Erhellend ist insoweit insbesondere der Verweis auf die den Diensten nicht zustehenden „Anschlussbefugnisse“. Gemeint sein können nur **Befugnisse im Anschluss an den jeweiligen Informationserhebungs- oder Informationserlangungsakt**. Schließlich stehen den Nachrichtendiensten umfangreiche Informationserhebungsbefugnisse zu. Operative **Zwangsbefugnisse** müssen also solche Befugnisse sein, die die Dienste selbst nicht besitzen. Das sind Maßnahmen im Anschluss an Informationsgewinnungsmaßnahmen, die von den damit ausgestatteten Behörden notfalls mit unmittelbarem Zwang und einer korrespondierenden **Duldungspflicht der Betroffenen** durchgesetzt werden können: Typische Beispiele sind Präventivgewahrsam, Untersuchungs- und Strafhaft, Durchsuchungen, Beschlagnahmen, körperliche Untersuchungen oder Platzverweise. Es geht somit um diejenigen **Befugnisse von Behörden, mit deren Hilfe nicht nur Wissen erlangt, sondern das Wissen auch direkt gegenüber den Bürgerinnen und Bürgern zur Gefahrenabwehr oder Strafverfolgung eingesetzt werden kann**. Die Frage des vorherigen Rechtsschutzes, die sich in der Praxis vor allem bei heimlichen Überwachungsmaßnahmen stellt, ist somit für eine diesbezügliche Einstufung nicht entscheidend.<sup>17</sup> Die Einbeziehung eines diesbezüglichen Zusatzes mit dem vagen Begriff „typischerweise“ in Art- 25 Abs. 2 VSG-E verwischt damit,

<sup>15</sup> <https://www.duden.de/rechtschreibung/operativ>.

<sup>16</sup> Zum Begriffswirrwarr *Unterreitmeier* GSZ 2023, 34.

<sup>17</sup> Dafür aber *Unterreitmeier* GSZ 2023, 34 (35).

worauf es ankommt: die Unterschiede bei den Eingriffsschwellen und Befugnissen von Polizei und Nachrichtendiensten.

Im BayVSG sollten daher nicht „operativen Befugnisse“, sondern der vom BVerfG verwendete Begriff der **„operativen Zwangs- oder Anschlussbefugnisse“** verwendet und legal definiert werden. Darunter sind Befugnisse von Behörden zu verstehen, mit denen behördliche Aufgaben der Gefahrenabwehr oder der Strafverfolgung unmittelbar erfüllt und notfalls mit unmittelbarem Zwang durchgesetzt werden können.

### 3. Konkretisierte Gefahr

Der Gesetzentwurf der Bayerischen Staatsregierung spricht sowohl im Kontext des verdeckten Zugriffs auf informationstechnische Systeme (Art. 10 Abs. 1 S. 1 VSG-E) als auch bei der Datenübermittlung an Gefahrenabwehrbehörden (Art. 25 Abs. 2 VSG-E) von einer Eingriffsschwelle der „konkretisierten Gefahr“, ohne diesen Begriff näher zu erläutern. Das BVerfG verlangt allerdings insbesondere im Zusammenhang mit solchen Übermittlungen durch den Verfassungsschutz an Gefahrenabwehrbehörden als Übermittlungsschwelle **„wenigstens eine konkretisierte Gefahr“**.<sup>18</sup> Die Verwendung des Adverbs „wenigstens“ weist daraufhin, dass damit nur eine absolute **Mindestgrenze für das verfassungsrechtlich gerade noch Zulässige** angegeben wird. Selbstverständlich bleibt es daher auch dem bayerischen Gesetzgeber unbenommen, die Übermittlung von Daten an Gefahrenabwehrbehörden nur zur Abwehr konkreter Gefahren zuzulassen. Diesen Weg beschreitet auch Art. 17 Abs. 1 Nr. 2 BayModVSG-E, der damit schon deshalb auf der verfassungsrechtlich sicheren Seite ist, weil er Unsicherheiten in Bezug auf eine Bestimmung der bislang im Sicherheitsrecht nicht als Eingriffsschwelle verwendeten „konkretisierten Gefahr“ vermeidet.

Das BVerfG<sup>19</sup> geht davon aus, dass eine hinreichend konkretisierte Gefahr schon dann bestehen kann, wenn sich der zum Schaden führende Kausalverlauf noch nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit vorhersehen lässt, sofern bereits bestimmte Tatsachen auf eine im Einzelfall drohende Gefahr für ein überragend wichtiges Rechtsgut hinweisen. Auch dann müssen die Tatsachen dafür jedoch zum einen bereits den Schluss auf ein wenigstens seiner Art nach konkretisiertes und zeitlich absehbares Geschehen zulassen, zum anderen darauf, dass bestimmte Personen beteiligt sein werden, über deren Identität zumindest so viel bekannt ist, dass die Überwachungsmaßnahme gezielt gegen sie eingesetzt und weitgehend auf sie beschränkt werden kann. In Anlehnung an den strafprozessualen Begriff des hinreichenden Tatverdachts (vgl. §§ 170, 203 StPO) muss also eine **überwiegende Wahrscheinlichkeit**

<sup>18</sup> BVerfG NJW 2022, 1583 (1598).

<sup>19</sup> BVerfG NJW 2022, 1583 (1586).



**dafür** bestehen, **dass bereits eine konkrete Gefahr** für die öffentliche Sicherheit und Ordnung **vorliegt**. Damit nimmt die „konkretisierte Gefahr“ eine Zwischenstellung zwischen der „konkreten Gefahr“ als klassischer präventivpolizeilicher Eingriffsschwelle und der – richtigerweise als verfassungswidrig einzustufenden – lediglich „drohenden Gefahr“ ein. Letztere wird nach der umstrittenen Legaldefinition in Art. 11a Abs. 1 BayPAG dadurch beschrieben, dass

„im Einzelfall

1. das individuelle Verhalten einer Person die konkrete Wahrscheinlichkeit begründet oder
2. Vorbereitungshandlungen für sich oder zusammen mit weiteren bestimmten Tatsachen den Schluss auf ein seiner Art nach konkretisiertes Geschehen zulassen, wonach in absehbarer Zeit Angriffe von erheblicher Intensität oder Auswirkung zu erwarten sind“.

Einerseits bezieht sich das BVerG bewusst schon sprachlich nicht auf die lediglich „drohende Gefahr“ nach dem Muster des BayPAG. Andererseits erscheint eine Abgrenzung zwischen der von Seiten des Gerichts nicht intendierten Datenübermittlung zur Abwehr lediglich drohender Gefahren nach bayerischem Muster und einer lediglich „konkretisierten Gefahr“ mit großen Unsicherheiten und Unwägbarkeiten behaftet.

Zu empfehlen ist daher, nach dem Vorbild des BayModVSG-E im BayVSG **auf den Begriff der „konkretisierten Gefahr“ ganz zu verzichten** und insbesondere die **Übermittlung** der vom Landesamt für Verfassungsschutz erhobenen personenbezogenen Daten **an Gefahrenabwehrbehörden nur zur Abwehr konkreter Gefahren** für die öffentliche Sicherheit und Ordnung zuzulassen.

#### **4. Nachrichtendienstliche Mittel**

In Art. 5 Abs. 1 BayModVSG-E werden die dem Landesamt für Verfassungsschutz zustehenden **nachrichtendienstliche Mittel** in mustergültiger Art und Weise abschließend aufgezählt. Demgegenüber **fehlt es** dem hierzu korrespondierenden **Art. 8 VSG-E erkennbar an der erforderlichen Transparenz und einer Beachtung des Wesentlichkeitsgebots**. Hier werden in Art. 8 Abs. 1 VSG-E lediglich einige nachrichtendienstliche Mittel beispielhaft („insbesondere“) benannt (Observationen, Bild- und Tonaufzeichnungen, Tarnpapiere und -kennzeichen). Im Übrigen will Art. 8 Abs. 2 VSG-E das tatsächlich bestehende Arsenal der nachrichtendienstlichen Mittel in einer nicht näher bezeichneten Dienstvorschrift „verstecken“. Das ist verfassungs-

rechtlich unzulässig. Das BVerfG hat ausdrücklich betont, dass dem Wunsch der Exekutive, die gesetzlichen Grundlagen ihres Handelns weitgehend vor den Augen der Bürger zu verstecken, nicht entsprochen werden kann.<sup>20</sup> Auch der Bayerische Landtag ist damit gehalten, die maßgeblichen Entscheidungen über den Einsatz von Überwachungsmaßnahmen nicht dem Bayerischen Staatsministerium des Innern auf untergesetzlicher Ebene zu überlassen, sondern diese im Rahmen ihrer demokratisch-parlamentarischen Verantwortung unmittelbar selbst zu regeln. Im Nachrichtendienstrecht gilt dies schon deshalb, weil hier regelmäßig kein nachträglicher Rechtsschutz stattfindet, der maßgeblich zu einer richterrechtlichen Konkretisierung einer Generalklausel wie Art. 8 Abs. 1 VSG-E beitragen könnte.<sup>21</sup>

Insofern empfiehlt es sich dringend, die dem Landesamt für Verfassungsschutz zustehenden **nachrichtendienstlichen Mittel** nach dem Vorbild von Art. 5 Bay-ModVSG-E **ausdrücklich und abschließend im BayVSG gesetzlich zu verankern.**

## II. Beobachtungsbedürftigkeit/Eingriffsschwellen

Auch wenn die Nachrichtendienste nicht an Eingriffsschwellen wie eine konkrete Gefahr oder einen Anfangsverdacht gebunden sind, dürfen sie nicht voraussetzungslos tätig werden. Das BVerfG fordert deshalb ausdrücklich einen „hinreichenden verfassungsschutzspezifischen Aufklärungsbedarf“.<sup>22</sup> Dieser wiederum setzt voraus, dass **hinreichende tatsächliche Anhaltspunkte für eine aus Verfassungsschutzgründen beobachtungsbedürftige Bestrebung** vorliegen und dass die **Überwachungsmaßnahmen zu deren Aufklärung im Einzelfall geboten** ist. Dabei gilt folgende Leitlinie: **Je höher das Eingriffsgewicht der Überwachungsmaßnahme ist, umso dringender muss das Beobachtungsbedürfnis sein.**<sup>23</sup> Vor diesem Hintergrund will **Art. 4 Abs. 2 VSG-E** hinsichtlich des Grades der Beobachtungsbedürftigkeit differenzieren. Unterschieden wird danach, ob die Bestrebung „beobachtungsbedürftig“, „erheblich beobachtungsbedürftig“ oder „gesteigert beobachtungsbedürftig“ ist. Das ist als Grundansatz verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Allerdings ist die **gesetzestechnische Umsetzung** dieser Idee, die auf Vorarbeiten einer bereits kurz nach Erlass des Urteils des BVerfG zum BayVSG eingesetzten Bund-Länder-Arbeitsgruppe basiert,<sup>24</sup> erkennbar **misslungen**. Schon die Einteilung in verschiedene Intensitätsstufen scheint willkürlich gewählt. Zudem wird in einem solchen Umfang mit Verweisungen (auf § 3 BVerfSchG und § 3 G 10-Gesetz) und unbestimmten

<sup>20</sup> BVerfG NJW 2022 1583 (1592).

<sup>21</sup> BVerfG NJW 2022 1583 (1602).

<sup>22</sup> BVerfG NJW 2022, 1583 – LS 2b).

<sup>23</sup> BVerfG NJW 2022, 1583 – LS 2b).

<sup>24</sup> LT-Dr. 18/26159, S. 16.

Begriffen (z.B. „Hass“; „Willkürmaßnahmen“, „gesellschaftlicher Einfluss“) gearbeitet, dass es mit Blick auf solche **Bestimmtheitsdefizite** kaum vorstellbar erscheint, dass in der Anwendungspraxis des Landesamts für Verfassungsschutz eine trennscharfe, für die Verhältnismäßigkeit der zu treffenden Maßnahmen aber entscheidende Abgrenzung gelingen kann. Diese strukturellen und bestimmtheitsbezogenen Defizite des Entwurfs der Bayerischen Staatsregierung werden noch dadurch verstärkt, dass man das Kriterium der Gebotenheit der jeweiligen Überwachungsmaßnahme im Einzelfall dann nicht in der Legaldefinition des Art. 4 Abs. 2 VSG-E, sondern dann erst im Zusammenspiel mit der Regelung zu den nachrichtendienstlichen Mitteln (Art. 8 Abs. 1 VSG-E) finden kann.

Der **Entwurf der BayernSPD-Landtagsfraktion** verzichtet demgegenüber auf die Unterscheidung verschiedener Grade der Beobachtungsbedürftigkeit, die von Seiten des BVerfG ohnehin nicht vorgegeben wird. Stattdessen bindet Art. 5 Abs. 2 und 3 BayModVSG-E den Einsatz bestimmter nachrichtendienstlicher Mittel normenklar an generelle, auf die Gefährlichkeit der Bestrebung abstellende und im Gesetzestext auch näher bezeichnete Voraussetzungen (z.B. Ausübung von Gewalt, terroristische Bedrohungen, Hochverrat oder Landesverrat). Dieses Regelungskonzept erscheint im Vergleich zum VSG-E **deutlich anwenderfreundlicher**. Problematisch erscheint allerdings die in Art. 5 Abs. 2 Nr. 2 BayModVSG-E vorgeschlagene Regelung, die eingriffsintensivere Maßnahmen bei Verfolgung rassistischer, volksverhetzender, antisemitischer, menschenfeindlicher oder bestimmte Bevölkerungsgruppen diskriminierender Ziele der Bestrebung zulassen will. Solche Zielsetzungen werden sich gerade in einem zeitlich frühen Beobachtungsstadium meist nicht von vornherein ausschließen lassen. Somit würde eine solche Regelung ein problematisches **Einfallstor für subjektive Einschätzungen** des Landesamts in Bezug auf eine **schwer nachweisbare subjektive Motivation** potenzieller Verfassungsfeinde bieten und sollte daher noch einmal überdacht werden.

Zur Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ist ein Regelungskonzept erforderlich, das **eingriffsintensive Maßnahmen nur bei einem erhöhten verfassungsrechtlichen Beobachtungsbedürfnis erlaubt**. Der Gesetzentwurf der Bayerischen Staatsregierung wird diesem Erfordernis mangels ausreichender Normenklarheit nicht gerecht. Diesbezüglich erscheint **das im Entwurf der BayernSPD-Landtagsfraktion vorgelegte Konzept deutlich klarer und anwendungsfreundlicher**. Allerdings sollte **auf die dort enthaltene Bezugnahme auf subjektive Zielvorstellungen der Beobachtungsobjekte verzichtet** werden. Zudem sollte der von Seiten des BVerfG explizit verwandte Begriff des „**hinreichenden verfassungsschutzspezifischen Aufklärungsbedarfs**“, ggf. in Verbindung mit einer gesetzlichen Be-

griffserläuterung,<sup>25</sup> **generell als nachrichtendienstliche Eingriffsschwelle in das BayVSG aufgenommen** werden.

### III. Besonders eingriffsintensive Maßnahmen

In seiner Entscheidung zum BayVSG hat das BVerfG für **besonders eingriffsintensive Überwachungsmaßnahmen der Verfassungsschutzbehörden** aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz **zusätzliche Anforderungen** abgeleitet. Diese dürfen

- (1) nur zur Abwehr dringender Gefahren zugelassen werden,
- (2) unterliegen einer strikten Subsidiaritätsbindung, dürfen also nur dann eingesetzt werden, wenn geeignete polizeiliche Hilfe für das bedrohte Rechtsgut ansonsten nicht rechtzeitig erlangt werden kann,
- (3) bedürfen effektiver Vorkehrungen zum Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung und
- (4) müssen einer (Vorab-)Kontrolle durch eine unabhängige Stelle unterliegen.

An nachrichtendienstliche Eingriffsbefugnisse sind somit dann gleich strenge Anforderungen wie an polizeiliche Befugnisse (im Gefahrenabwehr- oder Strafprozessrecht) zu stellen, „wenn durch eine Überwachungsmaßnahme besonders umfangreiche Informationen gewonnen werden und dies eine weitestgehende Erfassung der Persönlichkeit zulässt“.<sup>26</sup> Als ausdrückliche Beispiele für gesetzlich derart abzusiichernde, besonders eingriffsintensive Maßnahmen nennt das BVerfG die **Online-Durchsuchung** sowie die **akustische oder optische Wohnraumüberwachung**. Allerdings trägt die Nennung dieser Maßnahmen in den Urteilsgründen erkennbar **keinen abschließenden Charakter**.<sup>27</sup> Konsequenterweise werden deshalb in Art. 9 ff. BayModVSG-E auch die längerfristige Observation und der Einsatz technischer Observationsmittel (Art. 9 BayModVSG-E), der Einsatz von Verdeckten Mitarbeitern und Vertrauensleuten (Art. 10 BayModVSG-E), Auskunftersuchen (Art. 11 BayModVSG-E), Maßnahmen der Telekommunikationsüberwachung (Art. 12 BayVSGModG-E), die Überwachung des gesprochenen Wortes außerhalb von Wohnungen (Art. 13 BayModVSG-E) und die Asservatenauswertung (Art. 14 BayModVSG-E) als besonders eingriffsintensive Maßnahme eingestuft. Demgegenüber stuft der VSG-E nur die Wohnraumüberwachung und die Online-Durchsuchung als besonders eingriffsintensive Maßnahmen ein und gewährt nur für diese den umfassenden, vom BVerfG geforderten Schutz. Insofern wird einmal mehr verfassungsrechtlich „auf Kante ge-

<sup>25</sup> Dazu Zöller StV 2022, 693 (695).

<sup>26</sup> BVerfG NJW 2022, 1583 (1587).

<sup>27</sup> Zöller StV 2022, 693 (696).

nährt“ und nur das vermeintlich absolute Minimum einfachgesetzlich umgesetzt. Das setzt die Ausgestaltung zahlreicher Überwachungsbefugnisse des Bayerischen Landesamtes für Verfassungsschutz dem Risiko aus, bei einer erneuten Überprüfung in Karlsruhe erneut als verfassungswidrig eingestuft zu werden. Ein Lerneffekt aus dem Scheitern vom 26. April 2022 ist diesbezüglich im VSG-E leider nicht zu verzeichnen.

Über die Online-Durchsuchung und die Wohnraumüberwachung hinaus sind **weitere Überwachungsbefugnisse als besonders eingriffsintensive Maßnahmen i.S. der Rechtsprechung des BVerfG einzustufen und mit besonderen gesetzlichen Schutzvorkehrungen zu versehen**. Dieser Tatsache trägt nur der Entwurf der BayernSPD-Landtagsfraktion, nicht aber der Entwurf der Bayerischen Staatsregierung ausreichend Rechnung, so dass bei Letzterem ohne die erforderliche Nachjustierung ein erneutes Scheitern vor den Schranken des Bundesverfassungsgerichts vorprogrammiert erscheint.

### III. Datenspeicherung betreffend Minderjährige

#### 1. Allgemeines

Minderjährige sind nach § 2 BGB Personen, die das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet haben. Sie sind grundsätzlich schutzbedürftiger als Erwachsene, da sie in ihrer Persönlichkeit noch nicht ausgereift sind und die Tragweite ihrer Handlungen altersbedingt regelmäßig nicht (vollständig) überblicken können. Bei einer Interessenabwägung, wie sie im Rahmen der Neuregelung der bereichsspezifischen Datenschutzregelungen des BayVSG erfolgen muss, sind deshalb – auch mit Blick auf Art. 24 der EU-Grundrechtecharta – **erhöhte Anforderungen an die Legitimierung von Grundrechtseingriffen** zu stellen. Daraus folgt für den vorliegenden Kontext, dass personenbezogene Daten von Minderjährigen zwar grundsätzlich gespeichert werden können, aber aus Gründen des Schutzes der Persönlichkeitsentwicklung **verkürzte Speicherfristen** gelten müssen. Die Kennzeichnung und besondere Sicherung personenbezogener Daten von Minderjährigen unter 14 Jahren allein genügt mithin nicht.<sup>28</sup> Diesbezügliche gesetzlich niedergelegte Pflichten sind vielmehr um **verhältnismäßige Speicherungs- bzw. Lösungsfristen** zu ergänzen.

Grundsätzlich soll nach den Vorstellungen der Bayerischen Staatsregierung aber eine Datenspeicherung auch bei Minderjährigen nach den allgemeinen Voraussetzungen (Art. 5 Abs. 1 S. 1, 2, Abs. 2 BayVSG-E) unbeschränkt möglich sein. Demgegenüber darf etwa das Bundesamt für Verfassungsschutz nach § 11 Abs. 1 S. 1 BVerfSchG Daten über Minderjährige vor Vollendung des 14. Lebensjahres in zu ihrer

<sup>28</sup> A.A. LT-Drs. 18/26159, S. 21.

Person geführten Akten nur speichern, verändern und nutzen, wenn tatsächliche Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Minderjährige eine der in § 3 Abs. 1 des G 10-Gesetzes genannten Straftaten plant, begeht oder begangen hat. In Dateien ist eine Speicherung von Daten oder über das Verhalten Minderjähriger gem. § 11 Abs. 1 S. 2 BVerfSchG vor Vollendung des 14. Lebensjahres absolut unzulässig. Insofern erscheinen die im Gesetzentwurf der Bayerischen Staatsregierung vorgeschlagenen **Regelungen zur Speicherung personenbezogener Daten jedenfalls in Bezug auf Minderjährige deutlich zu weit geraten**. Eine Unterscheidung zu der Datenspeicherung in Bezug auf Erwachsene soll danach – abweichend von der Regelung auf Bundesebene – nicht erfolgen.

Art. 20 BayModVSG-E differenziert demgegenüber zwar zwischen einer Speicherung von Daten in Akten oder in Dateien, da an die Aufbewahrungsform jeweils unterschiedliche Vorgaben für die Berichtigung und die Löschung von Daten anknüpfen. Auch sieht Art. 20 Abs. 2 BayModVSG-E eine Pflicht zur Kennzeichnung und besonderen Sicherung von Daten Minderjähriger vor, dies sogar begrüßenswerterweise bis zum Zeitpunkt der Volljährigkeit. Eine Datenspeicherung ist aber auch nach diesem Entwurf in Akten und Dateien schon vor Vollendung des 14. Lebensjahrs in Akten und Dateien uneingeschränkt möglich.

Letztlich entscheidend ist jedoch, dass der Entwurf der Bayerischen Staatsregierung nur **in sehr eingeschränktem Maße verkürzte Löschrufen für Minderjährige** vorsieht. Solche verkürzten Löschrufen sind in anderen Sicherheitsgesetzen durchaus verbreitet und tragen wiederum dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips Rechnung. Sie dienen dem Zweck des informationellen Schutzes von Minderjährigen, sollen ein „Mitschleppen von Jugendsünden“ verhindern und auf Resozialisierung hinwirken.<sup>29</sup> Auf Bundesebene wird diesen Grundgedanken beispielsweise im Bundespolizeigesetz (BPolG) Rechnung getragen. Dieses sieht eine verkürzte Löschrufe von fünf Jahren bei Jugendlichen und zwei Jahren bei Kindern vor (§ 35 Abs. 3 S. 2 i.V.m. Abs. 2 Nr. 2 BPolG). Auch im BVerfSchG erfolgt eine Überprüfung nach zwei Jahren, die Löschung grundsätzlich spätestens nach fünf Jahren (§ 11 Abs. 2 BVerfSchG).

Die allgemeine Löschrufe betragt nach dem VSG-E gem. Art. 21 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BayVSG-E grundsätzlich 15 Jahre. Und auch dann erfolgt eine Löschrufe nur, wenn seit dem Zeitpunkt der Ersterhebung keine relevanten Daten mehr angefallen sind. **Art. 21 Abs. 1 S. 2 VSG-E verweist speziell für die Löschrufe von Informationen über Minderjährige auf § 63 Abs. 1 BZRG**. Letztere Vorschrift regelt jedoch im ursprünglichen Kontext nur die Entfernung von Eintragungen im Erziehungsregister,

<sup>29</sup> Vgl. BT-Drs. 11/4306, S. 62; LT-Drs. 17/10014, S. 45.

sobald die betroffene Person das 24. Lebensjahr vollendet hat. Demnach würden Datensätze in Bezug auf Minderjährige frühestens (vgl. die Ausnahme Art. 21 Abs. 1 S. 2 aE VSG-E) dann gelöscht, wenn der Minderjährige **das 24. Lebensjahr vollendet** hat – bei einer Speicherung vor Vollendung des 14. Lebensjahrs also im Zweifel erst nach mehr als zehn Jahren. Für Minderjährige gilt zwar nach Art. 21 Abs. 4 S. 2 VSG-E eine auf zwei Jahre verkürzte **Prüffrist**, die jedoch nicht zur Löschung nach einem gewissen, gegenüber Erwachsenen verkürzten Zeitraum verpflichtet. Bedauerlicherweise hat der Bayerische Gesetzgeber im Zuge der Novelle des BayVSG im Jahr 2016 ohne überzeugende Begründung<sup>30</sup> das bis dahin geltende, nach Altersstufen differenzierende Modell (vgl. Art. 7 Abs. 2 S. 3 und 4 BayVSG aF) aufgegeben und durch die vorstehend beschriebene, pauschale Regelung ersetzt. Zudem ist der Verweis auf das Bundeszentralregister deshalb problematisch, weil dort in der Regel nur rechtskräftige Verurteilungen und keine „weichen Tatsachen“ wie verfassungsfeindliche Aktivitäten eingetragen werden.

**Art. 20 Abs. 6 S. 2 BayModVSG-E** sieht für die Speicherdauer hingegen eine sachlich überzeugende **Höchstfrist von zwei Jahren** vor, um den besonderen datenschutzrechtlichen Schutz von Minderjährigen zu erhöhen. Für in Dateien gespeicherte Informationen gilt nach Art. 20 Abs. 4 S. 1, 2 BayModVSG-E bei fehlender Erforderlichkeit oder sonstiger Unzulässigkeit der Speicherung eine unverzügliche Löschungspflicht. Eine Überprüfung, ob die Voraussetzung der Datenverarbeitung weiterhin vorliegen erfolgt für alle Daten gemäß Art. 20 Abs. 5 S. 1 BayModVSG-E generell spätestens nach drei Jahren.

Insgesamt empfiehlt es sich daher, zum Schutz von Minderjährigen über die vorgeschlagenen Kennzeichnungs- und Sicherungspflichten hinaus die **Datenspeicherungs- und Löschungsfristen differenzierter auszugestalten**. Dazu bieten die einschlägigen Bestimmungen im BayModVSG-E eine sachgerechte Grundlage. Diese sollten allerdings noch um eine **Einschränkung der Speichermöglichkeiten** nach dem Vorbild von § 11 Abs. 1 BVerfSchG ergänzt werden, um bereits ein unverhältnismäßiges Entstehen von Datensätzen über Minderjährige zu verhindern.

#### IV. Übermittlungsbefugnisse

##### 1. Allgemeines

Die Regelung der Befugnisse zur Übermittlung personenbezogener Daten zwischen Nachrichtendiensten, Gefahrenabwehr- und Strafverfolgungsbehörden gehört bereits seit Jahrzehnten zu den größten Herausforderungen und ungelösten Problemen des

<sup>30</sup> Vgl. insoweit LT-Drs. 17/10014, S. 45.

deutschen Sicherheitsrechts.<sup>31</sup> Anstelle des gegenwärtigen **Flickenteppichs von Befugnisnormen** zur Übermittlung und Entgegennahme solcher Daten in zahlreichen Bundes- und Landesgesetzen bedarf es dringend einer an verfassungsrechtlichen Grundprinzipien orientierten Gesamtreform.<sup>32</sup> Stattdessen zeigen die vorliegend zu begutachtenden Gesetzentwürfe, aber auch der bisherige rechtspolitische Diskurs auf Bundesebene zur Reform des Bundesverfassungsschutzgesetzes oder des BND-Gesetzes, dass auch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Bayerischen Verfassungsschutzgesetz vom 26. April 2022 erneut keinen Anstoß für eine solche Gesamtreform geben konnte. Stattdessen beschränken sich die Reformen bislang allein auf die Befugnisse der Nachrichtendienste zur Übermittlung von personenbezogenen Daten an andere Behörden. Zudem fehlt es an einer inhaltlichen Abstimmung der neu zu schaffenden Regelungen zwischen dem Bund und den einzelnen Bundesländern. Insofern wird es auch in Zukunft bei dem dogmatisch wie praktisch höchst unbefriedigenden Zustand verbleiben, dass die Verfassungsschutzbehörden in Bayern auf der Grundlage des Bayerischen Verfassungsschutzgesetzes personenbezogene Daten nicht unter den gleichen Voraussetzungen an andere Stellen übermitteln dürfen wie das Bundesamt für Verfassungsschutz oder die Verfassungsschutzbehörden der 15 anderen Bundesländer.

## 2. Art. 25 VSG-E

Den Anforderungen des BVerfG genügen die in Art. 25 VSG-E vorgeschlagenen Regelungen, die erstaunlicherweise in den Gesetzesmaterialien kaum näher begründet werden, evident nicht. Die Defizite der sind dabei so umfangreich, dass sie an dieser Stelle nur überblicksartig benannt werden können:

- (1) § 25 Abs. 1 S. 1 BayVSG-E, der die Übermittlung von personenbezogenen Daten betrifft, die vom Bayerischen Landesamt für Verfassungsschutz **nicht mit nachrichtendienstlichen Mitteln erhoben** wurden oder öffentlich zugänglich sind, trägt der Tatsache nicht ausreichend Rechnung, dass bereits der Übermittlungsvorgang als solcher einen eigenständigen Grundrechtseingriff darstellt, der zu seiner verfassungsrechtlichen Rechtfertigung insbesondere dem Bestimmtheitsgebot und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügen muss. Diesen Anforderungen wird die vage Umschreibung der Übermittlungszwecke mit einer allgemeinen Anknüpfung an Erforderlichkeitsbeurteilungen und nicht

---

<sup>31</sup> Zöller StV 2022, 693 (696); Müller/Schwabenbauer GSZ 2023, 1.

<sup>32</sup> Hierzu Singelstein ZStW 120 (2008), 854 (878); Hefendehl GA 2011, 219 (222 f.); Voigt StV 2017, 435 (436); Zöller StV 2019, 419 (423 ff.); Gazeas, Übermittlung nachrichtendienstlicher Erkenntnisse an Strafverfolgungsbehörden, 2014, S. 497 ff.



näher konkretisierten Begriffen wie „erhebliche Nachteile für das Gemeinwohl“ oder „Wahrung schutzwürdiger Interessen“ nicht gerecht.

- (2) Art. 25 Abs. 1 S. 2 VSG-E will die **Übermittlung von mit nachrichtendienstlichen Mitteln erhobenen Daten** – jenseits spezieller Regelungen für Online-Durchsuchung und Wohnraumüberwachung – generell zum Schutz eines Verfassungsschutzguts oder von Menschenwürde, Leib, Leben, Gesundheit, Freiheit oder sexueller Selbstbestimmung einer Person oder Sachen von bedeutendem Wert, deren Erhaltung im besonderen öffentlichen Interesse geboten ist. Das bildet die diesbezügliche Rechtsprechung des BVerfG nur unvollständig ab. Diese lässt die Datenübermittlung an Stellen mit operativen Zwangsbefugnissen lediglich zum Schutz besonders gewichtiger Rechtsgüter zu.<sup>33</sup> Die Datenübermittlung ist also der Ausnahmefall. An ihr muss ein **herausragendes öffentliches Interesse** bestehen. Dies erkennt das BVerfG ausdrücklich für den Schutz von Leib, Leben, Freiheit, Bestand oder Sicherheit des Bundes oder eines Landes sowie Sachen von bedeutendem Wert an.<sup>34</sup> Diesem Katalog fügt Art. 25 Abs. 1 S. 2 VSG-E eigenmächtig neben der Menschenwürde und der sexuellen Selbstbestimmung auch noch den Schutz der in Art. 3 Abs. 1 VSG-E katalogartig definierter „Verfassungsschutzgüter“ an. Dass diese Formulierung mit dem „Bestand oder der Sicherheit des Bundes oder eines Landes“ deckungsgleich ist, muss bezweifelt werden.
- (3) Völlig im Dunkeln bleibt, warum auch nach Art. 25 Abs. 1 S. 4 VSG-E neben dem Landesamt für Verfassungsschutz auch einem nicht näher bezeichneten „Staatsministerium“ (gemeint ist wohl das Bayerische Staatsministerium des Innern, für Sport und Integration) die Befugnis zur Datenübermittlung zukommen soll. Der bloße Hinweis in den Gesetzesmaterialien darauf, dass diese Regelung den bisherigen Art. 25 Abs. 5 BayVSG übernehmen soll,<sup>35</sup> ersetzt keine sachliche Begründung.
- (4) Die Übermittlung an Gefahrenabwehrbehörden wird in Art. 25 Abs. 2 VSG-E lediglich zur Abwehr „konkretisierter Gefahren“ zugelassen (s. dazu die Ausführungen unter I. 3.). Dass das BVerfG die entsprechende Formulierung mit dem Zusatz „mindestens“ versehen hat, wird sachwidrig unterschlagen.
- (5) Die Übermittlung an Strafverfolgungsbehörden wird nach Art. 25 Abs. 4 VSG an den zu weit gefassten (vgl. dazu die Ausführungen unter I. 1.) Straftatenkatalog nach Art. 4 Abs. 3 VSG-E geknüpft.

---

<sup>33</sup> BVerfG NJW 2022 1583 – LS 3.

<sup>34</sup> BVerfG NJW 2022, 1583 (1598).

<sup>35</sup> LT-Drs. 18/26159, S. 37.

- (6) Die kaum reglementiert Übermittlung an sonstige öffentliche und nichtöffentliche Stellen nach Art. 25 Abs. 5, 6 VSG-E ist inhaltlich zu weit geraten und damit unverhältnismäßig.
- (7) Soweit es um die Übermittlung an Stellen mit „operativen Befugnissen“ außerhalb des Freistaates Bayern nach Art. 25 Abs. 7 VSG-E geht, fehlt dem Bayerischen Landtag schließlich schon die hierfür erforderliche Gesetzgebungskompetenz. Bei einer solchen einer Zweckbindungsregelung zum Ausschluss operativer Zwangsbefugnisse der Empfängerbehörde im Einzelfall besitzt der Freistaat Bayern schlicht keine Zuständigkeit, die Arbeit von der Gesetzgebungskompetenz des Bundes (z.B. Strafverfolgungsbehörden, Bundeskriminalamt oder Bundespolizei) oder eines anderen Bundeslandes (z.B. die dortigen Polizei- und Ordnungsbehörden) unterfallenden Behörden zu reglementieren. Dies kann nach der Kompetenzverteilung des Grundgesetzes nur der jeweils zuständige Gesetzgeber.

### 3. Art. 17 BayModVSG-E

Demgegenüber zeigt sich die korrespondierende **Übermittlungsregelung in Art. 17 BayModVSG-E** zu Recht deutlich **zurückhaltender, klarer und damit anwendungsfreundlicher**. Lediglich die Übermittlung von personenbezogenen Daten an die Strafverfolgungsbehörden nach Art. 17 Abs. 1 Nr. 3 BayModVSG-E ist inhaltlich zu weit geraten (s. dazu die Ausführungen unter I. 1.).

Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist dringend davon abzuraten, einer Übermittlungsvorschrift nach dem Vorbild des **Art. 25 VSG-E** Gesetzeskraft zu verleihen. Die dort vorgeschlagenen Regelungen sind **zu großen Teilen verfassungswidrig**. Die Bedeutung verfassungskonformer Übermittlungsbestimmungen in den Nachrichtendienstgesetzen von Bund und Ländern kann nicht überbetont werden. Schließlich folgt **bei diesbezüglichen Defiziten** nach dem ausdrücklichen Votum des BVerfG die „Strafe auf dem Fuße“. Dann **sollen die nachrichtendienstlichen Überwachungsbefugnisse denselben Verhältnismäßigkeitsanforderungen unterliegen wie polizeiliche Überwachungsmaßnahmen**.<sup>36</sup> Das würde im Klartext insbesondere bedeuten, dass **Überwachungsmaßnahmen des Bayerischen Landesamtes für Verfassungsschutz im Vorfeld von konkreten Gefahren und strafprozessualen Anfangsverdacht** mangels ausreichender Kompensation durch verhältnismäßige Übermittlungsregelungen **unzulässig** wären. Zweifelhafte Übermittlungsregelungen im Nachrichten-

<sup>36</sup> BVerfG NJW 2022, 1583 (1588).

dienstrecht sollte somit nach dem 26. April 2022 kein verantwortungsbewusster Gesetzgeber mehr riskieren.

## V. Änderungsbedarf aus der Entscheidung des BVerfG zum Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung in Mecklenburg-Vorpommern (Beschl. vom 9. Dezember 2022 – Az. 1 BvR 1345/21)

### I. Zentrale Aussagen der Entscheidung

Der Beschluss des BVerfG vom 9. Dezember 2022<sup>37</sup> betont ebenfalls die **strengen Anforderungen an die Wohnraumüberwachung und Online-Durchsuchung** als besonders eingriffsintensive Maßnahmen. Vor allem aber wird über die Entscheidung vom 26. April 2022 hinaus die Bedeutung des **Kernbereichsschutzes im Zusammenhang mit dem Einsatz von Verdeckten Ermittlern und Vertrauenspersonen** besonders betont. Speziell diese Vorgaben haben auch Auswirkungen auf die aktuelle Reform des BayVSG. Der Eingriff in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) liegt speziell bei dem Einsatz von Vertrauensleuten darin, dass die Vertrauensperson die vermeintliche Vertrauensbeziehung ausnutzt, um von einer anderen Person Informationen zu erlangen, die sie ansonsten nicht erhalten würde.<sup>38</sup> Da der Einsatz von Vertrauensleuten somit typischerweise dazu führen kann, dass kernbereichsrelevante Daten erlangt werden, sei der Gesetzgeber verpflichtet, für diese Maßnahme den Kernbereichsschutz normenklar zu regeln.<sup>39</sup>

Grundsätzlich ist dabei schon auf der **Ebene der Datenerhebung** der **Einsatz von Vertrauensleuten abzubrechen**, wenn Kernbereichsinformationen erfasst werden.<sup>40</sup> Eine **Ausnahme** vom strikten Abbruchgebot kann sich lediglich dann ergeben, wenn im Einzelfall der Einsatz nicht ohne Inkaufnahme erheblicher Nachteile für die Vertrauensperson oder den Verdeckten Ermittler beendet werden kann. Verfassungsrechtlich gerechtfertigt ist eine solche Ausnahme jedenfalls dann, wenn Leib oder Leben (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) durch die Enttarnung konkret gefährdet wären oder eine Enttarnung droht.

Da die Erlangung kernbereichsrelevanter Informationen aber in der Praxis kaum vermeidbar sein wird, muss der Gesetzgeber vor allem auch auf der **Auswertungs- und Verwertungsebene** Vorkehrungen treffen, die sicherstellen, dass alle kernbereichsrelevanten Informationen vor Kenntnisnahme durch die Behörde herausgefil-

<sup>37</sup> BVerfG BeckRS 2022, 41609.

<sup>38</sup> BVerfG, Beschl. v. 09.12.2022 – 1 BvR 1345/21, BeckRS 2022, 41609 Rn. 105.

<sup>39</sup> BVerfG, Beschl. v. 09.12.2022 – 1 BvR 1345/21, BeckRS 2022, 41609 Rn. 108.

<sup>40</sup> BVerfG, Beschl. v. 09.12.2022 – 1 BvR 1345/21, BeckRS 2022, 41609 Rn. 113 ff.

tert werden. Unter anderem müssen deshalb die Vertrauenspersonen bzw. deren Führer und die Verdeckten Ermittler zur Minimierung eines Kernbereichseingriffs schon selbst eine Prüfung anstellen, ob der Kernbereich privater Lebensgestaltung durch die von ihnen ermittelten Informationen betroffen ist.<sup>41</sup> Darüber hinaus ist für die von Verdeckten Ermittlern und Vertrauenspersonen erhobenen Daten eine unabhängige Vorabkontrolle auf Kernbereichsrelevanz nach Ansicht des BVerfG grundsätzlich nicht erforderlich. Es ist aber sicherzustellen, dass in Zweifelsfällen der behördliche Datenschutzbeauftragte über die Kernbereichsrelevanz befindet.<sup>42</sup>

Zudem müssen in irgendeiner Form festgehaltene Informationen, die den Kernbereich betreffen, sofort gelöscht und die Löschung dokumentiert werden.<sup>43</sup> Wenn nichts festgehalten wurde, ist zu dokumentieren, dass durch die Maßnahme in den Kernbereich vorgedrungen wurde. Auch ist zu dokumentieren, wenn trotz erkannten Vordringens in den Kernbereich ein Einsatz nicht abgebrochen wurde, da dies mit der Gefährdung der Vertrauensperson verbunden wäre. Nach einem solchen Vorfall ist die Maßnahme durch die Behörde vollständig zu überprüfen.

## II. Umsetzungsbedarf für das BayVSG

Diesen detailreichen Regelungsvorgaben für den Kernbereichsschutz bei Verdeckten Mitarbeitern und Vertrauenspersonen werden bislang weder der VSG-E noch der BayModVSG-E in vollem Umfang gerecht.

Die Ausnahmeregelung zum Abbruch des Einsatzes in Art. 8a Abs. 1 S. 2 BayVSG-E ist nicht auf eine konkrete Gefährdung von Leib und Leben konkretisiert. Auch ist keine eigene Kernbereichsprüfung durch Vertrauensleute, Verdeckte Ermittler oder V-Person-Führer vorgesehen. Zudem fehlt es an einer Regelung über die Hinzuziehung des behördlichen Datenschutzbeauftragten in Zweifelsfällen. Die Dokumentation eines Kernbereichseingriffs, eines dadurch veranlassten Abbruchs oder einer Fortsetzung der Maßnahme trotz Kernbereichseingriffs ist nicht in ausreichendem Umfang geregelt. Zwar ist eine Pflicht zur Löschung über Art. 8a Abs. 1 S. 4, 21 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BayVSG-E vorgesehen, aber es wird nicht klar, dass damit auch von V-Personen festgehaltene Informationen erfasst sind. Auch ist die Löschdokumentation über Art. 7 BayVSG-E nicht sichergestellt.

Dies gilt entsprechend auch für den bisherigen Regelungsvorschlag in Art. 6 BayModVSG-E. Letzterer vermeidet allerdings zumindest die zu weitgehende Erhebungsregelung des Art. 8a Abs. 1 S. 1 VSG-E, wonach die Anwendung nachrichten-

---

<sup>41</sup> BVerfG, Beschl. v. 09.12.2022 – 1 BvR 1345/21, BeckRS 2022, 41609 Rn. 118.

<sup>42</sup> BVerfG, Beschl. v. 09.12.2022 – 1 BvR 1345/21, BeckRS 2022, 41609 Rn. 119.

<sup>43</sup> BVerfG, Beschl. v. 09.12.2022 – 1 BvR 1345/21, BeckRS 2022, 41609 Rn. 119.

dienstlicher Mittel nur dann von vornherein unzulässig ist, soweit hinreichend gewichtige tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen, dass durch sie „allein“ Erkenntnisse aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung gewonnen werden würden. Solche „allein kernbereichsrelevanten“ Gespräche kommen im Alltag praktisch nicht vor, so dass ein solches Erhebungsverbot weitgehend ins Leere läuft und dieses Defizit erst auf der Verwertungsebene aufgefangen werden kann.

Die **Regelungen zum Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung** in Art. 8a VSG-E sowie in Art. 6 BayModVSG-E **werden** insbesondere mit Blick auf den Einsatz Verdeckter Ermittler und Vertrauenspersonen durch den Verfassungsschutz **den entsprechend anwendbaren Vorgaben des BVerfG aus der Entscheidung zum Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung in Mecklenburg-Vorpommern vom 9. Dezember 2022 noch nicht gerecht** und müssen gemäß den vorstehend skizzierten Grundsätzen noch ergänzt werden.

München, den 14. April 2023



PROF. DR. MARK A. ZÖLLER