



Stellungnahme im Rahmen der öffentlichen Anhörung des Innenausschusses des Deutschen Bundestages zum Entwurf eines Gesetzes zur Neustrukturierung des Bundeskriminalamtgesetzes (BT-Drs. 18/11163 und 11326) am 20.3.2017

Ich beschränke meine Stellungnahme – meiner Rolle als Hochschullehrer des öffentlichen Rechts entsprechend – im Wesentlichen auf einige grundlegende Aspekte zum vorliegenden Gesetzentwurf, die aus wissenschaftlicher Sicht bemerkenswert erscheinen. Im Zentrum steht dabei die Prüfung des Entwurfs auf seine Vereinbarkeit mit den Maßstäben, die das BVerfG in seinem BKAG-Urteil vom 20.4.2016 (1 BvR 866/09 und 1140/09) entwickelt hat, deren Umsetzung der vorliegende Entwurf dient. Fragen der korrekten Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 vom 27.4.2016 sollen dagegen nur am Rande und nur, soweit sie im bisherigen Gesetzgebungsverfahren hervorgetreten sind, gestreift werden, denn ihre Beantwortung würde eine umfassende Einbeziehung auch der parallel stattfindenden Novellierung des BDSG (DSAnUG-EU) voraussetzen, die in diesem Rahmen nicht geleistet werden kann. Zur Anhörung wurde kein Fragenkatalog vorgelegt, so dass eine eigenständige Schwerpunktsetzung unumgänglich ist.

Zur Frage der Umsetzung der vom BVerfG im BKAG-Urteil entwickelten Maßstäbe erscheint eine Vorbemerkung nötig: Das BKAG-Urteil setzt den vorläufigen Schlusspunkt einer Rechtsprechungsreihe, in der das BVerfG dem Polizeirechtsgesetzgeber ungewöhnlich dichte und bis ins Detail der einfachgesetzlichen Dogmatik hinabsteigende Vorgaben gemacht hat, die bisweilen geradezu ersatzgesetzgeberische Züge tragen bzw. in Funktionen des einfachen Gesetzgebers übergreifen; die Senatsmehrheit hat hierfür auch Kritik einstecken müssen, sowohl in den Sondervoten als auch in der Literatur. Wenn der Gesetzgeber vor der Aufgabe steht, solchermaßen dichte Vorgaben umzusetzen, wird er versucht sein, dies Punkt für Punkt möglichst getreulich zu tun, bis hin zu der Technik, Aussagen der Urteilsgründe mehr oder weniger wortwörtlich in gesetzliche Tatbestände zu gießen. Ein solches Vorgehen ist selbstverständlich zulässig und es minimiert zweifelsohne verfassungsrechtliche Risiken. Es ist verständlich, dass auch der vorliegende Gesetzentwurf eben diesen Weg der getreulichen Übernahme weit überwiegend zu gehen versucht – zur Konsequenz hat dies, dass der Entwurf, um ein Ergebnis vorweg zu nehmen, auch in der Tat kaum größere verfassungsrechtliche Probleme aufwirft. Dennoch erscheint es angebracht – und gerade für diejenigen (verhältnismäßig wenigen) Bereiche ist dies wichtig, wo der vorliegende Gesetzentwurf in dem vom BVerfG behandelten Bereich einmal doch abweichende oder eigenständige Akzente setzt –, darauf hinzuweisen, dass der Gesetzgeber auch bei dichten Vorgaben nicht gezwungen ist, stets diesen Weg der „eins-zu-eins“-Umsetzung zu gehen:

- Denn auch bei dichten Vorgaben in den Ausführungen des Gerichts heißt „Bindung an die tragenden Urteilsgründe“ im Sinne des § 31 Abs. 1 BVerfGG nicht, dass der Gesetzgeber Einzelaussagen des BVerfG sozusagen wortwörtlich übernehmen müsste; auf der Linie der tragenden Erwägungen ist er vielmehr auch zu eigenständigen dogmatischen Systembildungen in der Lage und berufen. Er darf seine originäre gesetzgeberisch-gestalterische Aufgabe auch verteidigen.

- Der Gesetzgeber hat – gerade in einem Bereich, der auch im Gericht selbst so umstritten war wie der vorliegende (vgl. Sondervoten) – trotz § 31 Abs. 1 BVerfG, wenn er entsprechende sachliche Gründe anführen kann, einen gewissen Spielraum des Festhaltens an eigenen Regelungsanliegen, der äußerstenfalls bis zur Wiederholung der verworfenen Norm reichen kann, in jedem Fall aber eine Norm nicht schon deswegen als verfassungswidrig erscheinen lässt, weil u.U. einzelne Teilaspekte eines vom BVerfG kritisierten Regelungsansatzes in modifizierter Form oder anderem Kontext wiederaufgegriffen werden (vgl. Heusch, in Burkiczak/Dollinger/Schorkopf, BVerfGG, § 31, Rn. 61 ff.; BVerfGE 135, 259/281 f.).
- Unbenommen ist es dem Gesetzgeber schließlich, dogmatische Ansätze des BVerfG weiterzudenken und auch in anderen Kontexten anzuwenden, insbesondere auch, soweit sich neue Bedrohungslagen und Regelungsbedürfnisse ergeben, die das BVerfG nicht thematisieren konnte. Von Bedeutung ist dies im hiesigen Kontext, weil die terroristischen Anschläge des vergangenen Jahres und namentlich der Anschlag in Berlin im vorliegenden Entwurf auch zu neuen Befugnissen (Aufenthalts- und Kontaktverbot, Elektronische Aufenthaltsüberwachung, §§ 5 f. BKAG-E) geführt haben, die teilweise an (in anderem Kontext entwickelte) Systembildungen des BVerfG (z.B. hinsichtlich der Eingriffsschwelle) anknüpfen.

1. Strukturelle Bemerkungen zur Fassung der Eingriffstatbestände

a) Eingriffsschwelle im Gefahrenvorfeld

Das BKAG-Urteil des BVerfG führt zu einer gewissen Konsolidierung hinsichtlich der Anforderungen, die an die Fassung von Eingriffsschwellen zu stellen sind, welche Informationseingriffe bereits im Gefahrenvorfeld ermöglichen wollen (die früheren Entscheidungen hatten diesbezüglich noch keine Klarheit gebracht, vgl. Möstl, DVBl. 2010, 808/809). Gerade in Bezug auf terroristische Gefahren scheint es unumgänglich, polizeiliche Gefahraufklärung bereits im Gefahrenvorfeld ansetzen zu lassen (und dies ggf. auch mittels eingriffintensiver Maßnahmen), um überhaupt in der Lage zu sein, etwaige Gefahren rechtzeitig entdecken und ggf. bekämpfen zu können. Das BVerfG konzidiert dies ausdrücklich und entwickelt v.a. in Rn. 112 eine – auf eingriffssintensive Maßnahmen zum Schutz gewichtiger Rechtsgüter zugeschnittene – Eingriffsschwelle, die einerseits darauf abstellt, dass bestimmte Tatsachen den Schluss auf ein wenigstens seiner Art nach konkretisiertes Geschehen sowie eine Begrenzung auf einen bestimmten Personenkreis zulassen, oder aber andererseits darauf, dass das individuelle Verhalten einer Person die konkrete Wahrscheinlichkeit begründet, dass sie bestimmte Straftaten begehen wird. Gemeinsam ist diesen Fallgruppen, dass es weniger um eine Absenkung der Wahrscheinlichkeitsschwelle geht (dass überhaupt eine Rechtsgutsverletzung/Straftatenbegehung droht, ist durchaus hinreichend wahrscheinlich), sondern dass der genaue Kausalverlauf (wann, wo und wie wird sich die Gefahr möglicherweise realisieren?) noch nicht in der Weise konkret vorhersehbar ist, wie dies sonst für eine konkrete Gefahr erforderlich ist. Ermöglicht wird damit eine gewisse – begrenzte (vgl. die Einschränkungen in Rn. 113) –, aber doch wichtige Vorverlagerung der Eingriffsmöglichkeit selbst in Bezug auf tiefgreifende Informationseingriffe (bzgl. weniger tiefgreifenden Ermittlungseingriffen ist eine weitergehende Vorverlagerung zulässig, vgl. Rn. 104).

Der vorliegende Gesetzentwurf greift die Aussagen des Urteils in der Weise auf, dass diese quasi wortwörtlich in die Fassung der jeweiligen Eingriffstatbestände übernommen werden (§ 45 I Nr. 2, 3; § 49 I 2, § 50 I Nr. 2, 3; § 51 I Nr. 2, 3; § 52 I Nr. 2, 3 etc. BKAG-E). Dies ist eine zweifelsohne zulässige und bedenkenfreie gesetzgeberische Technik. Etwaige Chancen zu einer generellen gesetzgeberischen Fortentwicklung der polizeirechtlichen Systembildung, indem etwa eine vor die Klammer gezogene Regelung zu dieser neuen Eingriffsschwelle geschaffen und für diese ein neuer übergreifender Gefahr- bzw. Gefahrverdachtsbegriff definiert wird, werden jedoch nicht aufgegriffen (anders z.B. die derzeitigen Überlegungen zur Novellierung des BayPAG; hier soll die vom BVerfG beschriebene Eingriffsschwelle vor der Klammer in einem neuen Art. 11

III BayPAG-E als „drohende Gefahr“ definiert werden; siehe [https://www.stmi.bayern.de/assets/stmi/ser/gesetzentwuerfe/gesetzentwurf - gesetz zur effektiveren Überwachung gefährlicher personen.pdf](https://www.stmi.bayern.de/assets/stmi/ser/gesetzentwuerfe/gesetzentwurf_-_gesetz_zur_effektiveren_Überwachung_gefährlicher_personen.pdf)).

Auch bleibt die Interpretation dessen, was genau mit der neuen Schwelle gemeint ist, ganz der Rechtsanwendung überlassen, ohne dass eigenständige Präzisierungs- oder Formulierungsversuche unternommen werden (so solchen Versuchen vgl. z.B. Darnstädt, DVBl. 2017, 88). Dies ändert freilich nichts daran, dass gegen die wortwörtliche Übernahme der vom BVerfG getroffenen Aussagen verfassungsrechtlich nichts zu erinnern ist.

Die neue Eingriffsschwelle verwendet der Gesetzesentwurf auch für die im BKAG neuartigen Befugnisse des Aufenthalts-/Kontaktverbots (§ 55 BKAG-E) und der elektronischen Aufenthaltsüberwachung (§ 56 BKAG-E). Die Entwurfsbegründung merkt hierzu an (BT-Drs. 18/11163, S. 116, 117), hierdurch solle auf die vom BVerfG „entwickelten Voraussetzungen für gefahrenabwehrrechtliche Maßnahmen zurückgegriffen“ werden, „die auch für die übrigen Maßnahmen des Bundeskriminalamtes gelten“. Damit füge sich „die neue in den Kanon der bestehenden Befugnisse ein“.

Übergangen wird durch diese Begründung allerdings der Umstand, dass das BVerfG die neue Gefahrenvorfeldschwelle ausdrücklich allein für (reine) Informationseingriffe (vgl. Rn. 103 ff. „Ermittlungs- und Überwachungsbefugnisse“), nicht dagegen für in Kausalverläufe eingreifende aktionelle Befugnisse entwickelt hat. Jedenfalls das Aufenthalts- und Kontaktverbot ist jedoch eine Anordnung, mithilfe derer sehr wohl in Kausalverläufe eingegriffen und das (weitere) Entstehen einer drohenden Gefahr verhindert werden soll (um reine Ermittlung geht es hier gerade nicht, vielmehr werden Konsequenzen aus vorhandenen Erkenntnissen gezogen). Und auch die elektronische Aufenthaltserfassung, mag diese im Schwerpunkt durchaus eine informationelle (auf Erkenntnisgewinn gerichtete) Zielrichtung haben, kann (gerade, wenn sie in Verbindung mit einem Aufenthalts-/Kontaktverbot angeordnet wird, vgl. § 56 II Nr. 2 BKAG) durchaus (auch) verhaltensbeeinflussende Wirkung haben, so dass sie im Grenzbereich zwischen rein informationeller und aktioneller Maßnahme anzusiedeln ist (vgl. Brodmerkel, <https://bayrvr.de/2017/03/09/der-gesetzentwurf-zur-effektiveren-ueberwachung-gefaehrlicher-personen-gelungen-mit-einschraenkungen/>, unter 5.).

Der Unterschied zwischen aktionellen und rein informationellen Befugnissen ist für das Polizeirecht jedoch systemprägend (zum Folgenden mwN: Möstl, in Möstl/Schwabenbauer, BeckOK PolSichR Bayern, Systematische Vorbemerkungen, Rn. 37): Aktionelle (d.h. verhaltenssteuernde, in den potentiell schadensträchtigen Kausalverlauf eingreifende und diesen unterbrechen wollende) Befugnisse hat die Polizei regelmäßig erst ab der Schwelle der konkreten Gefahr (systembildend: die polizeiliche Generalklausel). Rein informationelle, der Gefahraufklärung dienende Befugnisse dagegen können, ja müssen typischerweise bereits im Gefahrenvorfeld ansetzen, denn sie dienen der Gewinnung von Erkenntnissen, die nötig sind, um das Entstehen und Bestehen von Gefahren zu erkennen und dann – nach erkannter Gefahr – mittels aktioneller Befugnisse gegen sie einzuschreiten (vgl. Gusy JA 2011, 641: „Gefahrenabwehr setzt Gefahraufklärung voraus“); allenfalls wie weit die Vorverlagerung je nach Gewicht des Eingriffs reichen darf, kann verfassungsrechtlich problematisch sein. Deutlich wird, dass es (entgegen dem in der Gesetzesbegründung erweckten Eindruck) keineswegs selbstverständlich ist, dass eine aktionelle Befugnis im Gefahrenvorfeld ansetzen darf und dass eine vom BVerfG allein für Informationseingriffe entwickelte Vorfeldschwelle auch auf aktionelle Befugnisse übertragen werden darf.

Dennoch sind gegen die neuen Befugnisse, was die Fassung ihrer Eingriffsschwellen anbelangt, im Ergebnis keine verfassungsrechtlichen Bedenken zu erheben. Denn die Gefahrenschwelle als Regelschwelle für aktionelle Gefahrbeseitigungseingriffe entspricht nur einer verfassungsrechtlichen Normalvorstellung des verhältnismäßigen Ausgleichs von Freiheits- und Sicherheitsinteressen in Ungewissheitslagen (Möstl, Die

staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, 2002, S. 195 ff.), die nicht für alle denkbaren Fallkonstellationen zwingend ist. Seit jeher ist anerkannt, dass der Gesetzgeber bei entsprechender sachlicher Notwendigkeit der Polizei oder den Sicherheitsbehörden auch (aktionelle) Befugnisse einräumen darf, die in besonderen Fällen auch einmal vor der Normaleingriffsschwelle der konkreten Gefahr ansetzen. Eine solche Vorverlagerung ist verfassungsrechtlich rechtfertigungsbedürftig, u.U. aber sehr wohl rechtfertigbar. Genau so liegt der Fall hier: Denn die zu bekämpfenden terroristischen Gefährdungslagen, bei denen es (gemäß der neuen Vorfeldschwelle) zwar hinreichend wahrscheinlich erscheint, dass es überhaupt zu einer terroristischen Straftat kommen kann, sich aber (für eine konkrete Gefahr) noch nicht hinreichend konkret absehen lässt, wie, wann und wo sich diese Gefahr realisieren wird, zeichnen sich gerade dadurch aus, dass es oftmals als unzureichend erscheint, im Gefahrenvorfeld allein auf Gefahrbeobachtung zu setzen, da das Risiko, dass sich die Gefahr vielleicht plötzlich realisiert, noch bevor sie aufgeklärt ist, angesichts der auf dem Spiele stehenden Rechtsgüter zu hoch ist (terroristische Gefährdungslagen, die sich verdeckt entwickeln, können sehr schnell in eine Gefahr und einen Schaden umschlagen); gleichermaßen kann reine Gefahraufklärung (zB in Gestalt permanenter Beobachtung) auch zu aufwändig sein, um eine realistische und praktisch durchführbare Alternative zu einer (auch) aktionellen Vorgehensweise darstellen zu können. In genau diesen Fällen sollen die neuen Befugnisse der Polizei ein Mittel an die Hand geben, mittels Aufenthalts- und Kontaktverboten und ggf. flankiert durch elektronische Aufenthaltsüberwachung präventiv das weitere Entstehen der drohenden Gefahr abzuwenden. Die neuen Befugnisse basieren – sicherlich auch infolge der Erfahrungen aus dem Anschlag von Berlin – also auf der Erkenntnis, dass es für die Bekämpfung terroristischer Gefahren nicht immer ausreicht, auf die klassische Systembildung „(rein informationelle) Gefahraufklärung im (je nach Eingriffstiefe zu begrenzenden) Gefahrenvorfeld, aktionelle Kausalverlaufeingriffe jedoch erst ab der Schwelle der konkreten Gefahr“ zu setzen, da eine verlässliche und rechtzeitige Gefahrerkennung durch rein informationelle Vorfeldmaßnahmen oftmals nicht möglich ist, so dass auch gewisse aktionelle Maßnahmen im Gefahrenvorfeld unvermeidlich erscheinen (vgl. Brodmerkel, <https://bayrvr.de/2017/03/09/der-gesetzentwurf-zur-effektiveren-ueberwachung-gefaehrlicher-personen-gelungen-mit-einschraenkungen/>, unter 7.). Wenn der Gesetzgeber hierbei auf die vom BVerfG (in anderem, nämlich rein informationellen Kontext) entwickelte Vorfeldschwelle des BKAG-Urteils zurückgreift, so erscheint dies als eine zulässige und verfassungsrechtlich rechtfertigbare Erstreckung einer Systembildung des BVerfG auf einen anders gelagerten Befugnistypus (siehe auch meine Vorbemerkung unmittelbar vor 1.).

b) Straftatenbezogene Eingriffstatbestände

Noch ein letztes sei allgemein zur Fassung der Eingriffstatbestände angemerkt: Einwandfrei sind diese auch, soweit sie (wie z.B. §§ 45 I Nr. 2, 3, 51 I Nr. 2, 3, 55 I, 56 I BKAG-E) tatbestandlich auf die (drohende) Gefahr der Begehung bestimmter Straftaten (nach § 5 I 2 BKAG-E) statt auf die (drohende) Gefahr einer Verletzung bestimmter Rechtsgüter (so zB § 49 I 2 BKAG-E) abstellen. Dies zu betonen besteht deswegen Anlass, weil das BVerfG mehrfach den Eindruck erweckt hat, als sei es für das Polizeirecht generell keine geeignete Regelungstechnik, Eingriffstatbestände statt rechtsgutsbezogenen straftatenbezogenen (d.h. auf die Verhütung bestimmter Katalogstraftaten bezogen) auszuformen (BVerfGE 122, 120/142; 125, 260/329; in diese Richtung auch BKAG-Urteil Rn. 108; kritisch dazu Möstl DVBl. 2010, 808/811 ff.; Möstl, in: Möstl/Schwabenbauer, BeckOK PolSichR Bayern, Systematische Vorbemerkungen, Rn. 12.1.). Für eine solche Sichtweise ist jedoch keinerlei verfassungsrechtlich tragfähiger Grund ersichtlich. Denn das deutsche Polizeirecht ist – unter der Überschrift des Schutzes der öffentlichen Sicherheit – bereits seit langem nicht allein auf den Schutz bestimmter Rechtsgüter (Leib, Leben, Gesundheit, Freiheit, Eigentum, Ehre etc. - Rechtsgüterschutz), sondern auch (und sogar zuallererst) auf den Schutz der Unversehrtheit der Rechtsordnung bezogen (Rechtsdurchsetzung), so dass polizeiliche Befugnisnormen ganz selbstverständlich (und oftmals mit dem Vorzug

größerer Bestimmtheit) auch auf die Verhütung bestimmter Straftaten abstellen dürfen. Es ist vor diesem Hintergrund zu begrüßen, dass das BVerfG im BKAG-Urteil – trotz seiner erneut missverständlichen Äußerungen in Rn. 108 – mehrfach implizit anerkennen musste, dass Eingriffsbefugnisse auf die Verhütung bestimmter Straftaten abzielen dürfen (dies jedenfalls dann, wenn sie, wie die Straftaten des § 5 I 2 BKAG-E, ihrerseits dem Schutz derjenigen Rechtsgüter dienen, die das BVerfG gemäß Rn. 108 als für die Rechtfertigung tiefgreifende Ermittlungseingriffe im terroristischen Kontext maßgeblich ansieht); siehe insbesondere Rn. 108 „solche Straftaten“, „Straftatenverhütung“; s.a. Rn. 164; zuvor bereits Rn. 88, 96.). Der Gesetzentwurf greift dies zu Recht auf, und zwar nicht allein dadurch, dass er die einzelnen Eingriffsbefugnisse straftatenbezogen ausgestaltet, sondern in einwandfreier Weise auch dadurch, dass er bereits die aufgabeneröffnende terroristische Gefahr gemäß § 5 I 2 BKAG-E auf die Verhütung bestimmter Straftaten bezogen definiert (dazu auch Entwurfsbegründung S. 86).

2. Horizontal wirkendes Datenschutzkonzept und Grundsatz der hypothetischen Datenneuerhebung

Der Gesetzentwurf will – statt der bisherigen vertikalen Aufspaltung Einzeldateien – zu einem horizontal wirkenden Datenschutzkonzept im Rahmen eines einheitlichen (die prinzipielle wechselseitige Vernetzung sicherstellenden) Verbundsystems übergehen. Das entsprechende gesetzgeberische Ziel wird auf den S. 73 f. der Entwurfsbegründung plausibel dargelegt. Der Legitimität des gesetzgeberischen Ziels tut es keinen Abbruch, dass das auf S. 73 in Bezug genommene Zitat aus Rn. 281 des BVerfG-Urteils einer Passage entstammt, in der es zunächst nur um die Verwendung von Spurenansätzen und noch nicht um (ggf. zweckändernde) Übermittlungen im Allgemeinen ging (vgl. den Hinweis in Punkt 1. der Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drs. 109/17). Denn erstens dürfte sich der in Bezug genommene Gedanke des BVerfG (dass sich die Generierung von Wissen nicht auf die Addition von je getrennten Einzeldaten reduzieren lässt) verallgemeinern lassen. Zweitens bedarf der demokratische Gesetzgeber für die Verfolgung eines vernünftigen Ziels keiner verfassungsrechtlichen/verfassungsgerichtlichen Ermächtigung (er darf selbst legitime Ziele setzen). Drittens und überdies lässt sich (soweit es hierauf ankäme) sogar eine verfassungsunmittelbare Rechtfertigung für die Verfolgung des gesetzgeberischen Ziels finden: Das Ziel eines einheitlichen, eine effektive wechselseitige Vernetzung sicherstellenden Datenverbundsystems sieht sich in Art. 87 Abs. 1 Satz 2 GG (Zentralstelle für das polizeiliche Auskunfts- und Nachrichtenwesen) nämlich auf eine verfassungsrechtliche Basis gestellt, auf die sich der Gesetzgeber (im Rahmen einer grundrechtlichen Rechtfertigungsprüfung) berufen kann.

Freilich muss sich die Weiterverwendung und Übermittlung von Daten ggf. an den Grundrechten der hiervon Betroffenen messen lassen. Als dogmatisches Kernstück des neuen horizontal wirkenden Datenschutzkonzepts, mithilfe dessen die Grundrechtskonformität der Datenverwendung im Rahmen des neuen Verbundsystems gewährleistet werden soll, fungiert im Gesetzentwurf der Grundsatz der hypothetischen Datenneuerhebung, wie er vom BVerfG im BKAG-Urteil ausgeformt wurde. An der Normierung dieses Grundsatzes in § 12 BKAG-E fällt auf, dass er als allgemeiner Grundsatz für die prinzipiell gesamte Weiterverarbeitung von Daten durch das BKA Anwendung finden soll (vgl. die systematische Stellung im Allgemeinen Teil des Abschnittes 2); auch der Gesetzentwurf sagt ausdrücklich, der Grundsatz gelte bei jeder Datenverarbeitung durch das BKA – unabhängig von der jeweiligen Eingriffsintensität der ursprünglichen Erhebungsmaßnahme (S. 89, siehe auch S. 91: „allgemeiner Grundsatz“). Dies wirkt sich auch aus auf im Allgemeinen (d.h. bzgl. aller Daten) entsprechend gesteigerte Kennzeichnungspflichten (§ 14 BKAG-E). Der Gesetzentwurf geht hierbei bewusst deutlich über das hinaus, was das BVerfG zwingend gefordert hat, denn dieses hat den (vergleichsweise strengen) Grundsatz der hypothetischen Datenneuerhebung ausdrücklich allein für Daten gefordert, die aus „eingriffsintensiven Überwachungs- und Ermittlungsmaßnahmen“ entstammen (vgl. Rn.

287 des Urteils). Bzgl. der aus nicht besonders eingriffsintensiven Ermittlungsmaßnahmen gewonnenen Daten hat es zumindest offen gelassen, ob hier nicht ein milderer Maßstab (z.B. keine Unvereinbarkeit der Zwecke, vgl. dazu auch Art. 4 Abs. 1 b) der Richtlinie 2016/680) in Betracht kommt, wenn diesbezüglich nicht sogar ein zwingender Umkehrschluss zu bilden ist.

Dem Gesetzgeber ist es grundrechtlich freilich nicht verwehrt, den vergleichsweise strengen Maßstab der hypothetischen Datenneuerhebung (zur Kritik hieran vgl. die Sondervoten des BKAG-Urteils) über das grundrechtlich zwingende Maß hinaus allgemein zu statuieren. Er nimmt hierdurch aber ggf. Schutzlücken in Kauf und erschwert die Arbeit der Polizei über das verfassungsrechtlich erforderliche Maß hinaus. In diesem Kontext erscheint es gut nachvollziehbar, dass die Stellungnahme des Bundesrates (vgl. Punkt 6. der BR-Drs. 109/17) zu bedenken gibt, dass eine so weit gezogene Fassung des Grundsatzes der hypothetischen Datenneuerhebung (samt entsprechenden durchgehenden Kennzeichnungspflichten) die Sachbearbeitung in den Ländern vor schwerwiegendste Probleme stellen würde (vgl. S. 4 des BR-Beschlusses). Erwägenswert erscheint auch, dass vom Bundesrat (a.a.O.) Übergangsregelungen (auch für Altdaten) angeregt werden. Es ist mir, der ich keinen besonderen Praxiseinblick habe, nicht möglich, aus dem Stegreif verlässlich zu beurteilen, welche Praxiskonsequenzen eine so umfassende Normierung des Grundsatzes der hypothetischen Datenneuerhebung (samt verfahrensrechtlicher Flankierung durch entsprechende Kennzeichnungspflichten) haben würde. Es scheint mir aber doch, dass ein sehr ehrgeiziger Ansatz gewählt wird, der die vom BVerfG aufgestellten anspruchsvollen Anforderungen (die an sich schon im Senat umstritten waren, vgl. die Sondervoten) noch zusätzlich perfektioniert, und was als Sonderrecht für Daten aus eingriffsintensiven Maßnahmen konzipiert war, unnötig zu einem allgemeinen Grundsatz des polizeilichen Datenschutzes erhebt.

Noch eine letzte Überlegung sei in diesem Zusammenhang gestattet (sie betrifft speziell die zweckändernde Verwendung von aus präventivpolizeilichen Gründen erhobenen Daten zu Repressivzwecken und umgekehrt): Der Grundsatz der hypothetischen Datenneuerhebung, wie ihn das BVerfG entwickelt hat, passt diesbezüglich gut, soweit es um Daten geht, die aus einem eindeutig präventivpolizeilichen Kontext stammen, wie dies im Kontext der BKA-Aufgabe „Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus“ (über die allein das BVerfG zu befinden hatte) auch klar der Fall ist. Ich habe jedoch Zweifel, ob es sachlich richtig ist, diesen Grundsatz – wie in § 12 BKAG-E geplant – auf die gesamte Tätigkeit des BKA, insbesondere auch seine Zentralstellentätigkeit zu erstrecken. Denn als Zentralstelle für das polizeiliche Auskunfts- und Nachrichtenwesen hat das BKA schon bislang (und ich vermute, das soll so bleiben), wie die Praxis so genannter „Mischdateien“ zeigt, Aufgaben der Zurverfügungstellung von Daten wahrgenommen, die das Präventiv-Repressiv-Schema bewusst übersteigen und sich diesbezüglich nicht eindeutig zuordnen lassen (vgl. § 2 Abs. 1 und Abs. 4 BKAG und BKAG-E, § 9 Abs. 1 BKAG: „Verhütung und Verfolgung von Straftaten“, z.B. im Rahmen der Fahndung nach Personen und Sachen; zu solchen Mischdateien siehe auch § 483 Abs. 3 StPO; BVerfGE 120, 378/421 f.). Dass dies so ist, ist auch kein rechtsstaatliches Manko, sondern verfassungsrechtlich legitimiert, da die Normierung der einheitlichen übergreifenden Aufgabe „polizeiliches Auskunfts- und Nachrichtenwesen“ in Art. 87 Abs. 1 Satz 2 GG ein Stück weit anerkennt, dass sich kriminalpolizeiliche Datensammlungen nicht stets eindeutig nach dem Präventiv-Repressiv-Schema zuordnen lassen, sondern ggf. multifunktional einsetzbar sein müssen (vgl. Ibler, in Maunz/Dürig, Art. 87, Rn. 129: keine „strikte Trennung“ von Gefahrenabwehr und Strafverfolgung in diesem Rahmen; siehe auch Graulich, in: Schenke/Graulich/Ruthig, Sicherheitsrecht des Bundes, § 2 BKAG, Rn. 7). Es wäre wünschenswert, dass der Gesetzgeber klarstellte, in welchem Verhältnis der Grundsatz der hypothetischen Datenneuerhebung bei Zweckänderungen in § 12 BKAG-E zu dieser (multifunktionalen) Eigenart der Zentralstellenaufgabe des BKAG stehen soll (es sei denn man versteht die wiederholte Bezugnahme auf „Verhütung oder Verfolgung“ von Straftaten

in § 12 BKAG-E so, dass bereits damit klargestellt werden soll, dass allein die präventiv-repressive Zweckänderung innerhalb des BKA wegen der einheitlich zu begreifenden Zentralstellenaufgabe kein Problem sein soll; eventuell spricht dafür auch die Kennzeichnungsregelung des § 14 Abs. 1 Nr. 2 und 3 BKAG-E, die zwar die Kennzeichnung der Rechtsgüter, deren Schutz die Erhebung dient, bzw. der Straftaten, deren Verfolgung oder Verhütung die Erhebung dient, verlangt, nicht aber eindeutig auch eine Kennzeichnung, ob der diesbezügliche ursprüngliche Erhebungszweck präventiv oder repressiv war). Die streng nach präventiven und repressiven Zwecken unterscheidende Logik der Lehre von der Zweckbindung und des Grundsatzes der hypothetischen Datenneuerhebung steht insoweit in einer nicht ganz klar aufgelösten Spannung zu einer spezifischen Eigenart des BKA als Zentralstelle für das polizeiliche Auskunfts- und Nachrichtenwesen, die diesen Unterschied traditionell gerade nicht besonders betont, sondern bewusst überschreitet.

3. Einzelfragen der Verfassungs- und Unionsrechtskonformität

- Erwägenswert erscheint die Anregung des Bundesrates, die §§ 18, 19 BKAG-E stärker an den Personenkategorien des Art. 6 der Richtlinie (EU) 2016/680 zu orientieren (vgl. Punkt 7. der BR-Drs. 109/17).
- Erwägenswert erscheint auch die in Punkt 8. der Stellungnahme des Bundesrates (BR-Drs. 109/17) geäußerte Prüfbittte zu § 28 BKAG-E.
- Aus meiner Sicht im Ergebnis zu Recht nicht übernommen hat das Plenum des Bundesrates eine vom Rechtsausschuss des Bundesrates noch vorgeschlagene Kritik an § 45 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BKAG-E (vgl. Empfehlungen 109/1/17, Punkt 11; in BR-Drs. 109/17 fehlt dieser Punkt). Er betrifft die Frage, ob der dort vorgesehene Richtervorbehalt für Maßnahmen nach Abs. 2 Nr. 4 und 5 (Vertrauensperson und Verdeckter Ermittler) an die Bedingung geknüpft werden kann, dass sich die Ermittlung gegen eine bestimmte Person richtet oder dass eine nicht allgemein zugängliche Wohnung betreten werden soll. Denn zwar ist richtig, dass das BVerfG im Rahmen seiner Anordnung zur übergangsweisen Weiteranwendung des § 20g BKAG den Richtervorbehalt nicht mit dieser Einschränkung versehen hat. Andererseits hat es sich in den Gründen zur Frage der Zulässigkeit dieser Einschränkung nicht ausdrücklich geäußert, sondern andere Probleme thematisiert (Fokus auf das Problem, ob der Richtervorbehalt bereits für die erstmalige Anordnung oder nur für die Verlängerung der Maßnahme vorgesehen werden muss; vgl. Rn. 172 ff.; eher positive Äußerung zum – eingeschränkten – Richtervorbehalt dagegen in Rn. 173). Vor dem Hintergrund dieser nicht eindeutigen Äußerung spricht nichts dagegen, dass der Gesetzgeber auch weiterhin an einer Regelung festhalten will, die offensichtlich an die Parallelregelung der StPO (§ 110b Abs. 2) angelehnt ist.

Bayreuth, den 14.3.2017

Prof. Dr. Markus Möstl