

## Stellungnahme

zu dem Gesetzentwurf zur Ergänzung des  
Terrorismusbekämpfungsgesetzes, BT-Drs. 16/2921

und

zu dem Gesetzentwurf und zur Errichtung gemeinsamer Dateien von Polizei-  
behörden und Nachrichtendiensten des Bundes und der Länder, BT-Drs.  
16/2950

zur Vorbereitung der öffentlichen Anhörung des  
Innenausschusses des Deutschen Bundestages  
am 6. November 2006

vorgelegt von

Dr. Ralf Poscher  
Professor für Öffentliches Recht, Rechtssoziologie  
und Rechtsphilosophie  
an der Ruhr-Universität Bochum

im November 2006

## I N H A L T S V E R Z E I C H N I S

I.	Gefahrenvorsorge als Herausforderung für das Verfassungsrecht....	1
II.	Gemeinsame-Dateien-Gesetz.....	2
1.	Materielle Rechtfertigung.....	4
a)	Aufnahme von bloßen Befürwortern.....	4
b)	Kontaktpersonen .....	5
c)	Speicherung der Religionszugehörigkeit.....	7
d)	Freitextfeld.....	7
2.	Verfahrensrechtliche Sicherungen.....	7
III.	Terrorismusbekämpfungsergänzungsgesetz.....	8
1.	Abstufung der Eingriffsschwellen zwischen Stamm- und Verkehrsdaten .....	9
2.	Ausdehnung auf des Antiterrorgesetzes auf Bestrebungen nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 BVerfSchG .....	9
3.	Absenkung der Eingriffsschwelle für die Erhebung von Verkehrsdaten .....	11
4.	Absenkung organisatorischer und verfahrensrechtlicher Sicherungen .....	11
5.	Ausweitung der Auskunftsbefugnisse des MAD und BND .....	13
6.	Erneuerung der Befugnisse zur Überwachung von Wohnraum mit technischen Mitteln.....	14

## I. Gefahrenvorsorge als Herausforderung für das Verfassungsrecht

Beide Gesetzesvorhaben sollen der effektiveren Bekämpfung des internationalen Terrorismus dienen. Die Bekämpfung des Terrorismus muss darauf reagieren, dass eine möglichst wirksame Strategie gegen einen Feind, der international, ohne erkennbares Muster und gänzlich skrupellos und menschenverachtend agiert, auf möglichst umfassende Informationen angewiesen ist, um ansonsten unvorhersehbare Anschläge verhindern zu können, die Leid und Tod über eine Vielzahl von Menschen brächten. Der mit der Eskalation der Bedrohung gestiegene Informationsbedarf der Sicherheitsbehörden führt dazu, dass sich ihre Eingriffsbefugnisse immer weiter in das Vorfeld konkreter Gefahren verschieben, um durch eine Gefahrvorsorge bereits das Entstehen konkreter Gefahren verhindern zu können. In allen Bereichen des Sicherheitsrechts - Polizeirecht, Strafprozessrecht, Recht der Geheimdienste - haben sich die Befugnisse zur Gefahrenvorsorge dynamisch entwickelt.

Für das Verfassungsrecht wirft diese Entwicklung die Frage auf, was es dieser Vorsorgedynamik im Interesse des Schutzes grundrechtlicher Freiheit entgegenzusetzen hat. Anders als bei der Abwehr bereits konkreter Gefahren oder der Verfolgung bereits begangener Straftaten entfaltet die Gefahrenvorsorge eine Dynamik, der die klassischen rechtsstaatlichen Begrenzungsansätze kaum etwas entgegenzusetzen haben.

Vgl. Enders, VDStRL 65, 2005, S. 7/46 ff.

Für eine möglichst effektive Vorsorge sind immer möglichst viele Informationen nicht nur geeignet, sondern zur Effektivitätssteigerung auch erforderlich, und wie sollte die bloße Erhebung, Speicherung und Verarbeitung von Informationen unangemessen sein, wenn es darum geht, Anschläge wie die vom 11. September, Madrid, London oder noch schlimmere zu verhindern?

Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zur Rasterfahndung, zum niedersächsischen Polizeigesetz, zum Lauschangriff und zu neuartigen Datenerhebungsverfahren

BVerfG, NJW 2006, 1939-1951 (Rasterfahndung); BVerfGE 113, 348-392 (Niedersächsisches Polizeigesetz); BVerfGE 109, 279-391 (Technische Wohnraumüberwachung); BVerfG, NJW 2001, 2320-2323 (Genetischer Fingerabdruck II); BVerfGE 103, 21-41 (Genetischer Fingerabdruck I); BVerfG, Beschl. v. 22.08.2006, Az. 2 BvR 1345/03 (IMSI-Catcher).

lassen sich als erste Antworten auf die durch die Vorsorgedynamik ausgelösten Fragen verstehen. Die Rechtsprechung hat mit diesen Entscheidungen erste Wegmarken gesetzt, an Hand derer sich ein verfassungsrechtlicher Rahmen zur Begrenzung der Vorsorgedynamik entwickeln lässt. Dabei zeichnet sich ab, dass bei der Bestimmung des verfassungsrechtlichen Rahmens der sicherheitsrechtlichen Informationsvorsorge materielle und formelle Elemente von Bedeutung sind. Weite, Breite und Intensität der mit den Vorsorgemaßnahmen verbundenen Grundrechtseingriffe werden nicht nur dadurch kompensiert, dass letzte materielle Grenzen etwa die der räumlichen Intimsphäre,

BVerfGE 109, 279 (313 f.).

und materielle Eingriffsschwellen – wie etwa die der konkreten Gefahr – bestimmt werden,

BVerfG, NJW 2006, 1939 (1946 f.).

sondern die Entscheidungen betonen auch die verfahrensrechtliche Dimension des Grundrechtsschutzes. Einerseits können verfahrensrechtliche Sicherungen die besondere Eingriffsqualität der Vorsorgemaßnahmen abmildern;

BVerfGE 100, 313 (359 ff.); 110, 33 (70).

andererseits muss der Abbau verfahrensrechtlicher Sicherungen erhöhte Rechtfertigungslasten auslösen.

## II. Gemeinsame-Dateien-Gesetz

Der Zusammenhang von formellen und materiellen Anforderungen an die Gefahrenvorsorge relativiert die gegensätzlichen Positionen in der Diskussion um das verfassungsrechtliche Trennungsgebot, das für die Beurteilung des Gemeinsame-Dateien-Gesetzes einschlägig ist. Unabhängig davon, ob sich ein Trennungsgebot aus der Inkorporation der Vorgaben des Polizeibriefes in das Grundgesetz, aus der Regelung der Zentralstellenkompetenz oder aus dem Rechtsstaats- oder Demokratieprinzip ableiten lässt oder nicht,

So etwa Liskén, ZRP 1984, 144 (146) [Polizeibrief]; Gusy, ZRP 1987, 45 (46 f.) [Zentralstellenkompetenz]; Denninger, ZRP 1981, 231 (232) [Rechtsstaatsprinzip]; gegen eine verfassungsrechtliche Verankerung Pieroth/Schlink/Kniesel, Polizei- und Ordnungsrecht, 3. Auflage 2005, § 2 Rn. 19; Nehm, NJW 2004, 3289 (3292); Baumann, DVBl 2005, 798 (801 ff.)

kommt ihm jedenfalls dadurch Bedeutung zu, dass es eine formelle Sicherung gegen einige der grundrechtlich und rechtsstaatlich bedenklichen nicht intendierten Nebeneffekte bietet, die von der Vorsorgedynamik ausgehen können.

In der Trennung von Geheimdiensten und Polizei liegt eine formelle Sicherung gegen einen sich verselbständigenden Sicherheitsapparat und gegen Sicherheitsbehörden, deren gebündelte Informationserhebungs-, -speicherungs- und -verarbeitungskapazitäten Grundrechtsträgern keine informationellen Freiräume mehr lassen, sondern sie zu transparenten Objekten staatlicher Herrschaft machen könnten. Wegen des Zusammenhangs formeller und materieller Rechtfertigungselemente bei dem Ausbau der sicherheitsrechtlichen Vorsorge sind mit der Einschränkung einer bislang bestehenden Trennung von Geheimdiensten und Polizei auch dann besondere Rechtfertigungslasten verbunden, wenn das Trennungsgebot nicht formell im Grundgesetz verankert ist. Nicht wesentlich anders stellte sich die Situation bei der Annahme einer Verankerung des Trennungsgebots im Grundgesetz dar, da auch dann ein informationeller Austausch zwischen Geheimdiensten und Polizei nicht grundsätzlich ausgeschlossen wäre, sondern lediglich besonderen Rechtfertigungsanforderungen unterläge. Diesem Befund entspricht auch die bisherige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, die den Trennungsgedanken als besondere formelle Sicherung hervorgehoben, die Frage seines verfassungsrechtlichen Status aber offen gelassen hat.

BVerfGE 97, 198 (217).

Der Trennungsgedanke hat einen organisatorischen, funktionalen und informationellen Aspekt. Besonders die organisatorische Verbindung von Geheimdiensten und Polizei birgt Risiken, denen Regelungen, die eine organisationsrechtliche Verbindung vorsehen, jedenfalls hinsichtlich der materiellen und formellen Anforderungen Rechnung tragen müssen. Die vorgesehene gemeinsame Datei betrifft zuvörderst die informationelle Trennung, die durch die bisherige Praxis des Datenaustauschs ohnehin schon vielfach Einschränkungen unterliegt, die jedoch auch von Vertretern eines verfassungsrechtlichen Trennungsgebots nicht grundsätzlich für unzulässig erachtet werden. Die gemeinsame Datei geht aber über die Einschränkung der informationellen Trennung hinaus, in dem sie auch einen ersten Schritt zu einer Einschränkung der organisatorischen Trennung von Geheimdiensten und Polizei unternimmt. Mit der gemeinsamen Datei wird eine informationelle organisatorische Struktur geschaffen, die von Geheimdiensten und Polizei *gemeinsam* betrieben wird. Die gemeinsame Datei steht damit jedenfalls an der Schwelle zu einer Einschränkung der organisatorischen Trennung von Geheimdiensten und Polizei, die ge-

genüber dem bisherigen Datenaustausch besonderen Rechtfertigungsanforderungen unterliegen muss.

Dass es sich bei den vorgeschlagenen gemeinsamen Dateien um eine besondere Form des Datenaustausches handelt, die den Trennungsgedanken in intensiverer Weise berührt, als die bisherigen Formen des Datenaustausches, erkennt auch die Gesetzesvorlage an. Sie ordnet nicht einfach die Zusammenlegung geheimdienstlicher und polizeilicher Datenbestände an, sondern beschränkt die gemeinsame Datei auf bestimmte Gefährdungslagen und sieht unterschiedlich weit reichende Datenbestände vor, die gestuften organisations- und verfahrensrechtlichen Absicherungen unterliegen. Sie leistet damit einen Beitrag zur Entwicklung formeller und materieller Vorgaben, die der Vorsorgedynamik – in der das Gesetzesvorhaben insgesamt steht – einen Rahmen setzen können. Im Einzelnen muss sich die Gesetzesvorlage daran messen lassen, ob sie den materiellen Anforderungen an eine Einschränkung der Trennung von Geheimdiensten und Polizei genügt und ob sie den Wegfall der formellen Sicherungen, die mit der Trennung bislang verbunden waren, ausreichend durch organisatorische und verfahrensrechtliche Sicherungen kompensiert.

#### 1. Materielle Rechtfertigung

Seine materielle Rechtfertigung findet das Gesetzgebungsvorhaben in der Bekämpfung des internationalen Terrorismus von dem eine extreme und u.U. existenzielle Bedrohung des Gemeinwesens ausgeht. Zur Bekämpfung dieser Gefahr sind grundsätzlich auch Einschränkungen des Trennungsgrundsatzes gerechtfertigt. Fraglich ist jedoch, ob diese grundsätzliche Rechtfertigung auch für alle Speicherungsalternativen greift, die das Gesetzesvorhaben vorsieht. Je weiter die von einer Speicherung Betroffenen von der Gefahr, die vom internationalen Terrorismus ausgeht, entfernt sind, umso fraglicher wird der grundsätzlich zutreffende materielle Rechtfertigungsansatz des Entwurfs.

##### a) Aufnahme von bloßen Befürwortern

Insoweit erscheint es angemessen, dass Daten von Personen gespeichert werden sollen, bei denen Tatsachen darauf hinweisen, dass sie terroristische Gewalttaten durch ihr Handeln fördern (Art. 1 § 2 Nr. 1 und 2). Sie haben die Schwelle vom Meinen zum Handeln bereits überschritten und können daher sowohl Gegenstand geheimdienstlicher als auch polizeilicher und strafrechtlicher Gegenmaßnahmen sein. Da insoweit sowohl Geheimdienste als auch die Polizei und die Strafverfolgungsbehörden tätig werden können, kann es sinn-

voll sein, hinsichtlich dieses Personenkreises einen gemeinsamen Datenbestand zu pflegen.

Fraglich ist hingegen, ob eine Einschränkung des Trennungsgrundsatzes schon gerechtfertigt ist, wo weder die Schwelle der Rechtswidrigkeit noch die des Handelns überschritten ist, sondern lediglich eine Meinung oder Überzeugung Gegenstand geheimdienstlicher Tätigkeit sein soll. Bei Personen, die Gewaltanwendung in einem internationalen Konflikt nur meinungsmäßig befürworten (Art. 1 § 2 S. 1 Nr. 2 Alt. 4), wird weder die für eine materielle Betrachtung erhebliche Schwelle des Handelns noch die der Rechtswidrigkeit überschritten. Es ist auch nicht absehbar, welche polizeilichen oder gar strafrechtlichen Maßnahmen gegen Personen zulässig sein sollen, die lediglich den Einsatz von Gewalt in einem bestimmten internationalen Konflikt aus politischen oder religiösen Gründen befürworten.

Gegen Personen, die im Rahmen ihrer grundrechtlich geschützten Meinungsfreiheit bloße Meinungen zu einem internationalen Konflikt vertreten, ohne die Schwelle des Handelns oder der Anstiftung oder sonst des Strafrechts zu überschreiten, erscheint der Einsatz von Kooperationsformen der Geheimdienste und der Polizei, die zur Abwehr schwerwiegender Anschläge entwickelt worden sind, weder erforderlich noch angemessen. In seiner jetzigen Fassung erlaubt der Gesetzentwurf, die Daten eines jeden Palästinensers in der gemeinsamen Datei zu speichern, der die Intifada für ein legitimes politisches Druckmittel erachtet, ohne sich jedoch an Ausschreitungen zu beteiligen, sie in irgendeiner Form zu unterstützen oder zu ihnen anzustiften. Die gemeinsame Terrordatei bekäme insoweit den Charakter einer reinen *Gesinnungsdatei*. Für die rein geheimdienstliche Arbeit mögen solche Dateien erforderlich sein, das bloße Haben einer Ansicht erfordert aber noch nicht besondere organisatorische Formen der Kooperation von Geheimdiensten und Polizei. Die Alternative „befürworten“ in Art. 1 § 2 S. 1 Nr. 2 sollte gestrichen werden.

b) Kontaktpersonen

Zu weitreichend erscheint auch die Einbeziehung von Kontaktpersonen. Für Kontaktpersonen von bloßen Befürwortern folgt dies schon aus den Bedenken gegen deren Einbeziehung. Nach dem Gesetzentwurf könnten schon Personen, die mit jemandem in Verbindung stehen, der in einem internationalen Konflikt den Einsatz von Gewalt bloß meinungsmäßig befürwortet, in die gemeinsame Datei eingetragen werden. Nicht nur jeder Befürworter der Intifada, sondern auch jeder, der jemanden kennt, der die Intifada befürwortet, könnte in die Datei aufgenommen werden. Das Erfordernis, das die Möglichkeit beste-

hen muss, dass sich durch die Person Hinweise auf den internationalen Terrorismus ergeben, hat aufgrund seiner Unbestimmtheit keine ausreichend einschränkende Wirkung (i.E. sogleich).

Doch auch hinsichtlich der übrigen Alternativen ist der Kreis der Kontaktpersonen zu weit gezogen. Wegen der weiten Fassung von Art. 1 § 2 S. 1 Nr. 2 kann es sich bei Kontaktpersonen nur um Personen handeln, die selbst in keiner Weise dem Einsatz von Gewalt in internationalen politischen oder religiösen Konflikten positiv gegenüberstehen. Bei den Kontaktpersonen muss es sich um Personen handeln, die ohne ihr Wissen und jedenfalls ohne ihren Willen mit dem internationalen Terrorismus in Berührung kommen. Für sie soll allein der Kontakt zu einer Person nach Art. 1 § 2 S. 1 Nr. 1 lit. a oder Nr. 2 und die bloße Möglichkeit, dass sich durch sie Hinweise für die Aufklärung oder Bekämpfung des internationalen Terrorismus gewinnen lassen, ausreichen, in die gemeinsame Antiterrordatei aufgenommen zu werden. Dabei wird gänzlich offen gelassen, welches Maß an Konkretisierung die bloße Möglichkeit der Nützlichkeit der Speicherung erfahren haben muss. Das Merkmal ist so weit und unbestimmt, dass es keine begrenzende Wirkung entfalten kann.

Auch die Bewertung dieser weiten Fassung des Begriffs der Kontaktperson durch das Bundesverfassungsgericht erscheint absehbar. Das Gericht hatte bereits über eine entsprechende Definition der Kontaktperson im niedersächsischen Sicherheits- und Ordnungsgesetz zu entscheiden. Dort hieß es ganz analog, dass Daten von Personen erhoben werden dürfen, "die mit einer anderen Person, von der Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass diese eine Straftat von erheblicher Bedeutung gegeben wird, in einer Weise *in Verbindung steht*, die erwarten lässt, dass durch sie Hinweise über die angenommene Straftat gewonnen werden können." Das Gericht hat die Klausel aufgrund ihrer Unbestimmtheit verworfen und eine genauere Bestimmung des Kreises der Kontaktpersonen eingefordert.

BVerfGE 100, 348 (380 ff.).

Eine verfassungskonforme Lösung zur Bestimmung der Kontaktpersonen in dem Gemeinsame-Dateien-Gesetz könnte darin bestehen, den Begriff der Kontaktpersonen auf Personen im Sinne von Art. 1 § 3 Abs. 1 Nr. 1 lit. b zu beschränken, d.h. auf Personen, bei denen tatsächliche Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass sie von der Planung oder Begehung konkreter Gewalttaten Kenntnis haben.



c) Speicherung der Religionszugehörigkeit

In den erweiterten Datensatz soll ein standardisiertes Feld zur Aufnahme der Religionszugehörigkeit aufgenommen werden. In dieses standardisierte Feld soll die Religionszugehörigkeit jedoch nur eingetragen werden, soweit diese im Einzelfall zur Aufklärung oder Bekämpfung des internationalen Terrorismus erforderlich ist (Art. 1 § 3 Abs. 1 Nr. 1 lit. b, hh). Die Konditionierung der Aufnahme der Religionszugehörigkeit zeigt Sensibilität für die in Artikel 140 GG i.V.m. Artikel 136 Abs. 3 WRV besonders geschützte informationelle Selbstbestimmung über die religiöse Identität. Allerdings sieht die standardisierte Aufnahme der Religionszugehörigkeit die Aufnahme der besonderen Gründe, die die Angabe erforderlich machen, nicht vor, was die Einschränkungen nicht nur schwer kontrollierbar, sondern die Angabe auch schwer verwertbar macht.

d) Freitextfeld

Im Rahmen der erweiterten Daten werden die Angaben für das Freitextfeld nach Art. 1 § 3 Abs. 1 Nr. 1 lit. b, rr noch einmal unter besondere materielle Anforderungen gestellt und inhaltlich beschränkt. Das Feld trägt einerseits der Tatsache Rechnung, dass sich nicht alle relevanten Informationen standardisieren lassen. Die erhöhten materiellen Anforderungen berücksichtigen andererseits die gesteigerte Vernetzung, die mit freien Angaben verbunden ist. Das Freitextfeld begegnet als ein sachlich angemessener Mittelweg zwischen einer Index- und einer Volltextdatei und als weitere Ausprägung des gestuften Rege-lungskonzepts keinen verfassungsrechtlichen Bedenken, soweit die erhöhten materiellen Anforderungen und Grenzen gewahrt bleiben.

Gesetzestech-nisch wenig gelungen ist hingegen die Verbindung von Ver-hältnismäßigkeitserfordernis und Ermessen in Art. § 3 Abs. 1 Nr. 1 lit. b, rr. Soweit die Dateneinstellung verhältnismäßig ist, kann sie zudem noch in das Ermessen der Behörde gestellt werden; nicht aber unterliegt die Verhältnismä-ßigkeit dem Ermessen. Der Gesetzgeber sollte hier Klarheit schaffen, was ge-meint ist.

2. Verfahrensrechtliche Sicherungen

Auch hinsichtlich der organisatorischen und verfahrensrechtlichen Absiche-rung der gemeinsamen Datei erweist sich der Gesetzentwurf als sensibel und um eine Kompensation der Einschränkung des Trennungsgrundsatzes bemüht. Die nach unterschiedlichen Personenkreisen gestaffelte Erfassung der Daten, sowie die auf den Eilfall und durch den Behördenleitervorbehalt beschränkte

unmittelbare Zugriffsmöglichkeit auf den erweiterten Datensatz stellen eine den Gefährdungssituationen angepasste Lösung zwischen Index- und Volltextdatei dar, die wegen dieser Differenzierung als ein gelungener Versuch erachtet werden kann, dem Vorsorgegedanken in erforderlichem und angemessenem Umfang Rechnung zu tragen.

Unter Bestimmtheits- und Transparenzgesichtspunkten ist jedoch zu bedenken, ob der Kreis der beteiligten Behörden nicht enumerativ bestimmt werden sollte. Aus der Perspektive des Grundrechtsträgers ist anhand der Vorgaben in Art. 1 § 2 Abs. 2 nicht erkennbar, welche Behörden unmittelbaren Zugriff auf die in der Antiterrordatei gespeicherten Daten haben. Die geforderte über den Einzelfall hinausgehende besondere Zuweisung von Aufgaben zur Bekämpfung des internationalen Terrorismus beschränkt sich nicht auf gesetzliche Zuweisungen, so dass nach dem Gesetzeswortlaut auch verwaltungsinterne und damit nicht öffentliche Aufgabenübertragungen den Tatbestand erfüllen; ebenso wenig lassen sich für den Grundrechtsträger die Voraussetzungen aus Art. 1 § 1 Abs. 2 Nr. 2 abschätzen. Für den Bürger ist damit unbestimmt und nicht transparent, welche Behörden berechtigt sind, die mit dem Betrieb der Antiterrordatei verbundenen Grundrechtseingriffe vorzunehmen.

Als weiteres gesetzgeberisches Element, das der Dynamik des Vorsorgeprinzips einen Rahmen setzen kann, sieht der Gesetzentwurf eine Befristung des Gesetzes einschließlich einer vorherigen Evaluation vor, an der auch ein externer Wissenschaftler beteiligt werden soll. Auch diese Regelungen lassen sich als ein vom Gesetzgeber entwickeltes Instrument zur Begrenzung der Vorsorgedynamik verstehen, das es ermöglicht, spezifische Formen der Vorsorge über eine zeitliche Befristung wechselnden Gefährdungslagen anzupassen. Es ist nachhaltig zu begrüßen, besonders dann, wenn die Evaluation über eine Selbsteinschätzung der zu evaluierenden Behörden hinausgehen soll.

### III. Terrorismusbekämpfungsergänzungsgesetz

Auch im Terrorismusbekämpfungsergänzungsgesetz lässt der Gesetzgeber grundsätzlich eine Sensibilität gegenüber der Vorsorgedynamik erkennen, wenn er etwa die Evaluationsanordnung durch die Einbeziehung eines externen wissenschaftlichen Sachverständigen verbessert. Damit lässt auch der Gesetzgeber erkennen, dass er die z. Zt. vorliegende Evaluation für nicht ausreichend erachtet. Eine Einschätzung, die unter legislativen Gesichtspunkten nur beigegeben werden kann. Die vorliegende Evaluation leidet zum einen unter dem unzureichenden Evaluationszeitraum, der eine wesentliche Anwendungsperiode

außer Acht lässt, und zum anderen unter der fehlenden Einbeziehung externer Gutachter.

Im Einzelnen zu den methodischen Mängeln des Berichts als einer Evaluation Gusy, in: Roggan (Hrsg.), Mit Recht für Menschenwürde und Verfassungsstaat. Festgabe für Dr. Burkhard Hirsch, Berlin 2006, S. 139 (149 f.).

Die methodischen Mängel schlagen sich auch in dem Fokus des Berichts nieder, der das Gesetz wesentlich im Hinblick auf das Vollzugsinteresse der Sicherheitsbehörden evaluiert und seine Aufmerksamkeit auf Anwendungsschwierigkeiten und -lücken konzentriert. Weder finden sich Hinweise darauf, wie sich die Überwachungsmaßnahmen für einzelne Betroffene ausgewirkt haben - etwa Schwierigkeiten bei Kreditvergabe nach entsprechenden Auskunftsersuchen gegenüber Kreditinstituten - geschweige denn, welche gesellschaftlichen Auswirkungen die Antiterrorgesetze – etwa für die Betätigung von Nicht-Regierungsorganisationen oder die Veranstaltung von Versammlungen – gehabt haben. Diese Mängel zu konstatieren, beinhaltet keinen Vorwurf gegen die an der Evaluation beteiligten Behörden, sondern sind der Anlage des Berichts als Selbstevaluation ohne unabhängige wissenschaftliche Begleitung und Beratung geschuldet. Unter legislativen Gesichtspunkten sollten die Evaluationsmängel jedoch nicht ohne Konsequenzen für die Ausgestaltung des Ergänzungsgesetzes bleiben.

#### 1. Abstufung der Eingriffsschwellen zwischen Stamm- und Verkehrsdaten

Mit der in § 8a Abs. 1 und 2 BVerfSchG-Entwurf eingebrachten Unterscheidung zwischen Stamm- und Verkehrsdaten verbindet sich zwar hinsichtlich der Stammdaten eine deutliche Absenkung der Eingriffsschwelle für die Erhebung der Stammdaten. Doch die Differenzierung spiegelt die unterschiedliche Intensität des Eingriffs und stößt insoweit nicht auf verfassungsrechtliche Bedenken.

#### 2. Ausdehnung auf des Antiterrorgesetzes auf Bestrebungen nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 BVerfSchG

§ 8a Abs. 2 BVerfSchG-Entwurf sieht die Ausdehnung der im Antiterrorgesetz gegen den internationalen Terrorismus vorgesehenen Auskunftsregelungen auf Bestrebungen vor, die sich gegen die freiheitlich demokratische Grundordnung und die übrigen Schutzgüter des § 3 Abs. 1 Nr. 1 BVerfSchG richten. Auch wenn diese Ausweitung der Auskunftsregelungen keinen spezifischen Bezug zum internationalen Terrorismus hat, bestehen gegen die Auswei-

tung keine grundsätzlichen Bedenken. Auch hier bringt sich allerdings wieder die Vorsorgedynamik zur Geltung, die zu einer stetigen Ausweitung des Informationserhebungsinstrumentariums führt. Auch insoweit stellt sich daher die Frage nach den Grenzen jedenfalls für eingriffsintensive geheimdienstliche Maßnahmen, die der Vorsorgedynamik einen Rahmen geben.

Bedenken weckt insoweit die Definition der Bestrebungen, die die Anwendung der zum Kampf gegen den internationalen Terrorismus entwickelten Erhebungsinstrumente rechtfertigen sollen. Wie in dem Gesetzesentwurf über die gemeinsamen Dateien wird auch in § 8a Abs. 2 S. 2 Nr. 2 BVerfSchG-Entwurf nicht auf Handlungen oder zumindest eine Handlungsbereitschaft oder die Rechtswidrigkeit eines Verhaltens abgestellt, sondern auf das bloße Befürworten von Gewalt gegen Personen oder gegen Sachen. Wird die Weite des in der Rechtsprechung vertretenen Gewaltbegriffs hinzugenommen, wonach bereits bestimmte Formen der Sitzblockade Gewalt beinhalten, können nach der Begriffsbestimmung des Gesetzesentwurfs bloße Befürworter von Sitzblockaden zum Gegenstand jener geheimdienstlichen Instrumente gemacht werden, die im ersten Antiterrorgesetz zur Bekämpfung des internationalen Terrorismus und der Abwehr von Anschlägen wie denjenigen vom 11. September, von Madrid und London eingeführt worden sind. Auch dieser Regelungsansatz beachtet nicht die Differenzierungen, die aufgrund des Unterschieds zwischen bloßer Überzeugung oder Meinung auf der einen und Handeln und Rechtsverstößen auf der anderen Seite aus Gründen des unterschiedlichen Gefährdungspotenzials gemacht werden sollten.

Abgemildert wird dieses Bedenken durch die sich aus § 8a Abs. 2 S. 1 und Abs. 3 Nr.1 BVerfSchG-Entwurf ergebenden Einschränkungen, nach denen die genannten Schutzgüter schwerwiegend gefährdet und die Gefahren nachdrücklich gefördert werden müssten. Doch werden diese Anforderungen ernst genommen, lassen sich kaum Anwendungsfälle denken, die nicht schon unter eine der anderen Alternativen fallen würden. Wie soll das bloße Befürworten einer Gewaltanwendung, das diese weder hervorruft (§ 8a Abs. 2 S. 2 Nr. 2 Alt. 2 BVerfSchG-Entwurf), noch den Volksverhetzungstatbestand erfüllt (§ 8a Abs. 2 S. 2 Nr. 1 BVerfSchG-Entwurf), eine schwerwiegende Gefahr für die Schutzgüter in § 3 Abs. 1 Nr. 1 BVerfSchG bewirken? Wegen der Gefahr, dass eine Regelung, die zunächst einen sehr weiten Anwendungsbereich eröffnet, dann aber mit Einschränkungen versehen wird, die sie zwar einerseits verfassungsrechtlich für den Bereich der Geheimdienste unbedenklicher erscheinen lassen, ihr aber andererseits praktisch jeden selbständigen Anwendungsbereich rauben, in der Anwendungspraxis zu einer unzulässigen Absenkung der

Einschränkungen führt, sollte auf dies Alternative des bloßen Befürwortens verzichtet werden.

Wie schon zu dem Gesetz über die gemeinsamen Dateien geht die Empfehlung dahin, zwischen dem bloßen Innehaben einer *Meinung* und ihrer von der Meinungsfreiheit gedeckten Äußerung auf der einen und *gefährlichen Handlungen* und *Rechtsverstößen* auf der anderen Seite zu differenzieren. Entsprechend wäre die Alternative des bloßen Befürwortens in § 8a Abs. 2 S. 2 Nr. 2 Alt. 1 BVerfSchG-Entwurf zu streichen.

### 3. Absenkung der Eingriffsschwelle für die Erhebung von Verkehrsdaten

Wie die Differenzierung der Eingriffsschwelle zwischen Stamm- und Verkehrsdaten leuchtet auch die Differenzierung der Eingriffsschwelle für die Erhebung von Verkehrsdaten nach § 8a Abs. 2 S. 1 Nr. 3-5 BVerfSchG-Entwurf und Kommunikationsinhalten nach dem G10-Gesetz ein. Auch insoweit sollte jedoch durch die Streichung der Alternative des bloßen Befürwortens in § 8a Abs. 2 S. 2 Nr. 2 BVerfSchG-Entwurf deutlich gemacht werden, dass die bloße Gesinnung und deren nicht strafbare, von der Meinungsfreiheit geschützte Äußerung keine „schwerwiegende Gefahr“ im Sinne der Eingriffsvoraussetzungen bedeuten kann. Der Abstufung der Eingriffsintensität muss auch eine Abstufung der Eingriffsschwellen entsprechen, die sich an der Grenze zwischen der rechtlich zulässigen Ausübung der Meinungsfreiheit und gefährlichem Handeln orientieren sollte.

### 4. Absenkung organisatorischer und verfahrensrechtlicher Sicherungen

Aus der nur unzureichenden vorliegenden Evaluation der bisherigen Regelung ergeben sich zunächst legistische Bedenken gegen diejenigen Regelungen des Ergänzungsgesetzes, die verfahrensrechtliche oder organisatorische Sicherungen abbauen. Nachdem bisher Auskünfte bei Luftfahrtunternehmen nur das zuständige Bundesministerium einholen konnte, ohne dass eine Möglichkeit zur Delegation bestand, soll nach § 8a Abs. 4 S. 1 BVerfSchG-Entwurf die Zuständigkeit hierfür jetzt in einer Dienstvorschrift geregelt werden, die der Zustimmung des Bundesministeriums des Innern bedarf. Nach § 8a Abs. 4 S. 2 BVerfSchG soll in Angelegenheiten des Kreditwesens ein Auskunftsverlangen neben dem Behördenleiter und seinem Vertreter nunmehr auch ein Bediensteter des Bundesamtes für Verfassungsschutz stellen können, der die Befähigung zum Richteramt besitzt. Schließlich ist eine monatliche Unterrichtung der G 10-

Kommission über die Anforderung von Auskünften bei Luftfahrtunternehmen und Kreditinstituten in § 8a Abs. 5 BVerfSchG-Entwurf nicht mehr vorgesehen.

Es ist nicht auszuschließen, dass gerade die verfahrensrechtlichen Sicherungen - wie der Behördenleitervorbehalt und die Mitteilungspflichten - zu einer restriktiven Anwendung des Gesetzes geführt haben, die auch der Bericht positiv vermerkt. Da auch der Evaluationsbericht keine sich aus dem verfahrensrechtlichen Sicherungen ergebende ernstliche Vollzugsdefizite aufweist, ist unter legislativen Gesichtspunkten nicht ersichtlich, weshalb nicht zuvor ein vollständiger und methodischen Evaluationskriterien genügender Bericht abgewartet werden kann, bevor verfahrensrechtliche Sicherungen abgesenkt werden. Bei den verfahrensrechtlichen und organisatorischen Sicherungen des Antiterrorismusgesetzes handelt es sich nicht um Regelungen, die allein unter dem Gesichtspunkt der Praktikabilität beurteilt werden dürfen, sondern um organisatorische und verfahrensrechtliche Instrumente des Grundrechtsschutzes in einem Eingriffsbereich, in dem nicht nur materielle Maßstäbe, sondern auch der traditionelle Rechtsschutz nur schwer greifen. Die Beibehaltung der verfahrensrechtlichen Sicherungen für die Eingriffe nach § 8a Abs. 2 BVerfSchG-Entwurf bildete auch ein Gegengewicht zu der Absenkung der materiellen Anforderungen, über deren Auswirkungen noch keine Erfahrungen vorliegen.

Verfassungsrechtlich bedenklich ist die Neuregelung der Mitteilungspflichten über Datenerhebungen nach § 8a Abs. 2 S. 1 Nr. 1 und 2 BVerfSchG-Entwurf. Eine Mitteilungspflicht ist nur noch für Erhebungen bei Kreditinstituten nach § 8a Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BVerfSchG-Entwurf in § 8a Abs. 4 BVerfSchG-Entwurf vorgesehen. Die Aussparung von Datenerhebungen bei Luftfahrtunternehmen bei der Regelung der Mitteilungspflichten darf nicht so verstanden werden, dass insoweit keine Mitteilung erfolgen soll. Dies würde zu einer unzulässigen Einschränkung der Rechtsschutzgarantie führen. Heimliche Datenerhebungen müssen dem Betroffenen nach Abschluss der Maßnahme zur Wahrung seines Rechts aus Art. 19 Abs. 4 GG grundsätzlich mitgeteilt werden.

BVerfGE 100, 313 (364); 109, 279 (363 ff.).

Die Mitteilungspflicht nach § 8a Abs. 4 BVerfSchG-Entwurf sollte auf Erhebungen nach § 8a Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BVerfSchG-Entwurf ausgedehnt werden. Jedenfalls sollte in der Begründung klargestellt werden, dass insoweit wie auch für die Erhebung der Stammdaten nach § 8a Abs. 1 BVerfSchG-Entwurf die allgemeine Benachrichtigungspflicht des § 19 a BDSG gilt.

In seiner Entscheidung zur technischen Wohnraumüberwachung hat das Bundesverfassungsgericht ferner eine regelmäßige unabhängige Kontrolle des Vorliegens der einer Benachrichtigung entgegenstehenden Gründe gefordert. "Die Befassung unabhängiger Stellen auch mit der Überprüfung der Gründe für die weitere Geheimhaltung staatlicher Eingriffe ist ein wesentliches Element des Grundrechtsschutzes, den die Betroffenen selbst nicht wahrnehmen können"

BVerfGE 109, 279/366.

Auch wenn die Entscheidung zu dem besonders intensiven Grundrechtseingriff der Wohnungsüberwachung ergangen ist, dürften ihre Grundsätze jedenfalls für Maßnahmen gelten, die der Gesetzgeber selbst als besonders intensiv erachtet und erhöhten materiellen Eingriffsanforderungen unterstellt. Bislang wurde diesem Erfordernis für die Erhebung von Verkehrsdaten bei Luftfahrtunternehmen und Kreditinstituten durch die Kontrollmechanismen der G10-Kommission Rechnung getragen. Mit der Streichung dieser verfahrensrechtlichen Sicherung entfällt auch die vom Bundesverfassungsgericht geforderte regelmäßige Kontrolle der Geheimhaltungserfordernisse ersatzlos. Um der Rechtsschutzgarantie aus Art. 19 Abs. 4 GG gerecht zu werden, müsste eine alternative Art der regelmäßigen unabhängigen Kontrolle der Geheimhaltung der Maßnahmen nach § 8a Abs. 2 S. 1 Nr. 1 und 2 BVerfSchG-Entwurf eingeführt werden, wenn an der Rücknahme der bisherigen verfahrensrechtlichen Sicherungen festgehalten werden soll.

##### 5. Ausweitung der Auskunftsbefugnisse des MAD und BND

Nach § 4a MADG-Entwurf, § 2a BNDG-Entwurf sollen dem Militärischen Abschirmdienst und dem Bundesnachrichtendienst Befugnisse zur Einholung von Auskünften eingeräumt werden, die denen des Verfassungsschutzes des Bundes aus § 8a BVerfSchG-Entwurf im Wesentlichen entsprechen.

Unter legislativen Gesichtspunkten bestehen aus denselben Gründen, die auch gegen einen Abbau der verfahrensrechtlichen Sicherungen sprechen, Bedenken gegen eine Übertragung der noch nicht ausreichend evaluierten Auskunftsbefugnisse auf den MAD und den BND. Besonders hinsichtlich des auf Auslandssachverhalte ausgerichteten Bundesnachrichtendienst sind weder im Evaluationsbericht noch in der Gesetzesbegründung tatsächliche Anhaltspunkte genannt, die es dringlich erscheinen lassen, dass dem Bundesnachrichtendienst weitere Auskunftsrechte vor einer methodischen Evaluationsstandards genügenden Bewertung des neuen Eingriffsinstrumentariums eingeräumt wer-

den. Zudem könnte insoweit abgewartet werden, ob ein etwaiger Informationsbedarf auch noch nach der Einführung der gemeinsamen Datei besteht.

6. Erneuerung der Befugnisse zur Überwachung von Wohnraum mit technischen Mitteln

Durch Art. 2, 10 i.V.m. Art. 13 Abs. 2 des Gesetzentwurfes werden auch die § 9 Abs. 2 BVerfSchG, § 5, 2. HS. MADG, § 3 S. 2 BNDG erneut in Kraft gesetzt, die Befugnisse zur Überwachung von Wohnraum mit technischen Mitteln vorsehen. Der Gesetzentwurf enthält damit eine Neuregelung der entsprechenden Eingriffe, die den vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Grundsätzen zur technischen Wohnraumüberwachung

BVerfGE 109, 279-391.

nicht Rechnung trägt, die grundsätzlich auch auf den Bereich der Gefahrenabwehr und Gefahrenvorsorge anwendbar sind,

Vgl. BVerfGE 110, 33 (LS 2) zu Art. 10 GG.

auch wenn sie dort u.U. noch eine andere Regelung im einzelnen erlauben. Der Gesetzgeber sollte das Urteil des Bundesverfassungsgerichts beachten und nicht die alte, vom Bundesverfassungsgericht im Bereich der Strafprozessordnung für verfassungswidrig erachtete Regelung erneut erlassen. Da die Befugnisse bislang nicht in Anspruch genommen wurden, besteht auch kein akuter Handlungsbedarf, der es nicht zuließe, eine verfassungskonforme Neuregelung erst in Zukunft vorzunehmen, falls der Zeitdruck es nicht mehr erlauben sollte, sie in den jetzigen Entwurf einzuarbeiten.