

Prof. Dr. Matthias Rossi – Juristische Fakultät – Universität Augsburg – 86159 Augsburg

Deutscher Bundestag
Innenausschuss
Sekretariat
Platz der Republik 1

11011 Berlin

E-Mail: innenausschuss@bundestag.de

Prof. Dr. Matthias Rossi

Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht,
Europarecht sowie Gesetzgebungslehre

Universitätsstraße 24
86159 Augsburg

Tel +49 (0) 821 598 - 4546

Fax +49 (0) 821 598 - 4547

matthias.rossi@jura.uni-augsburg.de

www.jura.uni-augsburg.de/rossi

Augsburg, den 21.09.2014

Stellungnahme

zum Gesetzentwurf der Bundesregierung

„Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Antiterrordateigesetzes und anderer Gesetze“,

BT-Drucksache 18/1565,

im Rahmen der Anhörung im Innenausschuss des Deutschen Bundestages am
22.09.2014.

I. Vorbemerkungen

1. Die Bundesregierung reagiert mit dem vorgelegten Gesetzentwurf explizit¹ auf das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 24.04.2013.² Sie übernimmt mit dieser Initiative eine Verantwortung, die in gleicher Weise auch die anderen initiativberechtigten Organe, den Bundestag und den Bundesrat, trifft.³ Freilich hat das Bundesverfas-

¹ Vgl. die Begründung des Gesetzentwurfs, BT-Drs. 18/1565 S. 1, S. 12 sowie passim.

² BVerfGE 133, 277.

³ Vgl. Rossi, Gesetzgebungspflicht ohne Initiativverpflichtung, Ad Legendum 2012, S. 80 ff.

sungsgericht – dies ist jedenfalls bei der politischen, weniger bei der rechtlichen Bewertung des Gesetzentwurfs zu betonen – dem Gesetzgeber keine Gesetzgebungspflicht auferlegt. Es ist deshalb die freie Entscheidung des Gesetzgebers, entweder den verfassungsgerichtlichen Vorgaben durch eine Novellierung des ATDG und anderer Gesetze nachzukommen und die Nutzung der existierenden Verbunddatei auch nach dem 31.12.2014 zu ermöglichen oder durch Untätigkeit faktisch das Ende ihrer Nutzung ab dem 1.1.2015 zu beschließen. Entsprechend und ohne jede Überschreitung der verfassungsrechtlichen Gewaltenteilung zwischen den konstruktiven Gesetzgebungsorganen auf der einen Seite und dem kontrollierenden Bundesverfassungsgericht auf der anderen Seite hat das Bundesverfassungsgericht mit seinem Urteil vom 24.04.2013 nur die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers beschränkt, seine Entschließungsfreiheit aber unberührt belassen. Soweit in der Öffentlichkeit der Eindruck vermittelt wird, das Bundesverfassungsgericht „verlange“ die hier zu begutachtende Novellierung des ATDG und anderer Gesetze, ist dies daher falsch.

2. Zutreffend ist es umgekehrt, dass die meisten der im Gesetzentwurf vorgeschlagenen Änderungen des ATDG und anderer Gesetze verfassungsgerichtlich motiviert sind. Der Gesetzentwurf strebt ganz offensichtlich die vollständige Nutzung der Verbunddatei über den 31.12.2014 hinaus an und will deshalb die vom Bundesverfassungsgericht festgestellte Verfassungswidrigkeit der im Urteil explizit benannten Normen durch eine Novellierung beseitigen. Dies hat Rückwirkungen auf den verfassungsrechtlichen Maßstab: Es erscheint zulässig, jedenfalls aber praktikabel, das noch junge Urteil des Bundesverfassungsgerichts als verbindliche und abschließende konkretisierende Interpretation des Verfassungsrechts zu begreifen und die novellierten Normen allein an dieser Entscheidung zu messen. Trotz mancher Kritik an der Entscheidung⁴ muss das verfassungsrechtliche Fass nicht erneut vollständig neu aufgemacht werden.
3. Soweit dagegen im Zusammenhang mit der verfassungsgerichtlich motivierten Überarbeitung des ATDG und anderer Gesetze auch weitere, allein politisch motivierte Änderungen vorgeschlagen werden (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 lit. b lit. ss ATDG und insb. § 6a ATDG), bedürfen diese der umfassenden verfassungsrechtlichen Bewertung. Zwar kommt auch insofern der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts eine maßge-

⁴ Vgl. bspw. *Arzt*, Antiterrordatei verfassungsgemäß – Trennungsgebot tot?, NVwZ 2013, 1328; z.T. *Fremuth*, Wächst zusammen, was zusammengehört?, AöR 139, (2014), 33, 61 ff.; *Prügel*, ZIS 2012, S. 529 ff.; *Kasiske*, NJW-Spezial 2013, 312z.T. *Töpfer*, Informationsaustausch zwischen Polizei und Nachrichtendiensten strikt begrenzen, Deutsches Institut für Menschenrechte, Policy Paper Nr. 21, 2013; *Volkmann* JA 2014, S. 820 ff.; *Will*, Der automatisierte Datenaustausch zwischen Polizei und Nachrichtendiensten im Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Antiterrordateigesetz, in: *Nolte/Poster/Wolter* (Hrsg.): Die Verfassung als Aufgabe von Wissenschaft, Praxis und Öffentlichkeit, Freundesgabe für Bernhard Schlink zum 70. Geburtstag, 2014, S. 429 ff., kritisch zur Argumentation auch *Gärditz*, Anmerkung, JZ 2013, 633 ff.

bende Bedeutung zu. Gleichwohl sollte nicht suggeriert werden, sämtliche der vorgeschlagenen Änderungen erfolgten in Reaktion auf das Urteil des Bundesverfassungsgerichts, setzten dessen Vorgaben nur um und bedürften schon deshalb keiner exakten verfassungsrechtlichen Prüfung mehr. Vielmehr ist es insofern notwendig, zwischen den verfassungsgerichtlich motivierten Änderungen auf der einen Seite (II.) und den allein politisch motivierten Änderungen auf der anderen Seite (III.) zu unterscheiden. Hinzuweisen ist darüber hinaus auf die sachlich gebotenen, im Gesetzentwurf aber unterlassenen Änderungen weiterer Gesetze (IV.).

II. Verfassungsgerichtlich motivierte Änderungen

1. Bestimmung der beteiligten Behörden durch Rechtsverordnung, 1 Abs. 2 ATDG, § 1 Abs. 2 RED-G

Nach Art. 1 Nr. 1 und Art. 2 Nr. 2 des Gesetzentwurfs werden die weiteren Polizeivollzugsbehörden, die zur Teilnahme an der Antiterrordatei berechtigt werden sollen, nun nicht mehr durch Verwaltungsvorschrift, sondern durch Rechtsverordnung bestimmt. Zudem stellt das verbindende „und“ zwischen Nr. 1 und Nr. 2 des Absatzes 2 klar, dass beide Voraussetzungen kumulativ vorliegen müssen.

Mit dieser Änderung wird dem Urteil des Bundesverfassungsgericht hinreichend Rechnung getragen. Das Bundesverfassungsgericht hat aus der besonderen Grundrechtsrelevanz der Vorschriften geschlossen, dass die Festlegung weiterer an der ATD beteiligten Behörden in einer Form zu ergehen hat, die sowohl gegenüber den Betroffenen als auch gegenüber den Gerichten eine rechtlich bindende Wirkung entfaltet und zudem rechtsförmlich ausgefertigt und verkündet wird. Es hat als mögliche Rechtsform explizit eine Rechtsverordnung nach Maßgabe des Art. 80 Abs. 1 GG genannt.⁵ Insofern ist der Gesetzgeber dem Hinweis Bundesverfassungsgerichts gefolgt.

Thematisieren mag man allein, ob das Bundesverfassungsgericht nur generell auf die Art. 80 Abs. 1 GG verwiesen oder auch schon implizit eine Subsumtion unter dessen Voraussetzungen vorgenommen hat. Denn die Norm enthält nicht nur Voraussetzungen an die Rechtsverordnung, sondern zugleich Bestimmtheitserfordernisse an die gesetzliche Ermächtigungsnorm. § 1 Abs. 2 ATDG-E knüpft mit dem Tatbestandsmerkmal des „internationalen Terrorismus“ ebenso wie § 1 Abs. 2 RED-G-E mit dem Tatbestandsmerkmal des „gewaltbezogenen Rechtsextremismus“ aber an Begrifflichkeiten an, die für sich genommen nicht sehr präzise sind.

⁵ BVerfGE 133, 277, 338, Rn. 144; kritisch dazu *Arzt*, Antiterrordatei verfassungsgemäß – Trennungsgebot tot?, NVwZ 2013, 1328, 1331.

Indes lassen sich erstens beide Begriffe im Wege einer systematischen Auslegung im Kontext der jeweiligen Gesetze hinreichend klar bestimmen, was für den Maßstab des Art. 80 Abs. 1 GG völlig ausreichend ist. Und zweitens wird man bei einer Gesamtbeurteilung des detailreichen Urteils davon ausgehen dürfen, dass das Bundesverfassungsgericht mit dem Verweis auf die Form des Art. 80 Abs. 1 GG zugleich klargestellt hat, dass hinsichtlich des Inhalts der Vorschrift im Übrigen keine Bedenken bestehen. Von zentraler Bedeutung sind insofern allein die rechtliche Bindungswirkung sowie die Publizität einer Rechtsverordnung. Sie ermöglicht nicht nur eine Kenntnis von der Bestimmung weiterer beteiligter Behörden, sondern gegebenenfalls zugleich auch ihre gerichtliche Kontrolle.

2. Subjektive Komponente der Unterstützung, § 2 Satz 1 lit. a) Nr. 1 ATDG

Art. 1 Nr. 2 des Gesetzentwurfs strukturiert den Kreis der von der ATD erfassten Personen nach § 2 Satz 1 lit. a) Nr. 1 ATDG neu. Das Bundesverfassungsgericht billigte diesbezüglich ausdrücklich die Einbeziehung von Mitglieder solcher Gruppierungen, die terroristische Vereinigungen unterstützen, sah in der gleichzeitige Einbeziehung der sog. „Unterstützer von Unterstützern“ einen Verstoß gegen die Normenklarheit und den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, soweit nicht explizit jedenfalls ein subjektiver Bezug zum Terrorismus gefordert wird.⁶

Diesem – durch zahlreiche Beispiele belegten – berechtigten Einwand des Bundesverfassungsgerichts trägt die neue Fassung des § 2 Satz 1 lit. a) Nr. 1 ATDG Rechnung. Er nimmt nun hinsichtlich der erfassbaren Personen hinreichend klar und deutlich eine Stufung vor, die ihrerseits Ausdruck des Verhältnismäßigkeitsprinzips ist. Erfasst werden können

- a) Mitglieder terroristischer Vereinigungen,
- b) Mitglieder von Gruppierungen, die die terroristischen Vereinigungen nach a) unterstützen,
- c) Unterstützer von Gruppierungen nach b), soweit sie wissen, dass diese Vereinigungen nach a) unterstützen.

Dass diese Strukturierung weiterhin an die „innere Haltung“ anknüpft,⁷ ist zutreffend, verfassungsrechtlich an dieser Stelle aber nicht zu beanstanden und verfassungsge-

⁶ BVerfGE 133, 277, 340, Rn. 147.

⁷ Kritisch deshalb *Jelpke*, DIE LINKE, Beratung v. 05.06.14, BT-Plenarprotokoll 18/39, S. 3473A.

richtlich im Übrigen explizit auch für zulässig befunden,⁸ weil es entscheidend immer noch auf die Unterstützung ankommt.

3. Begriff der „rechtswidrigen Gewalt“, § 2 Satz 1 Nr. 2 ATDG

Keine Änderungen sieht der Gesetzentwurf mit Blick auf den Begriff der „rechtswidrigen Gewalt“ vor. Dies ist insofern konsequent, als die konkrete Bestimmung und speziell der Begriff der „rechtswidrigen Gewalt“ in der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts nicht von der Aufzählung der verfassungswidrigen Normen erfasst werden. Die unterlassene Konkretisierung des Begriffs führt deshalb nicht zur Verfassungswidrigkeit des Änderungsgesetzes.

Die unterlassene Präzisierung ist gleichwohl aus Gründen der Normenklarheit und Rechtssicherheit zu bedauern.⁹ Denn der Begriff ist ebenso unbestimmt wie von zentraler Bedeutung – von Bedeutung für die Beurteilung der tatbestandlichen Voraussetzungen für die Erfassung von Personen ebenso wie für die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit der Bestimmung. Hinzu kommt, dass die Frage der Verfassungsmäßigkeit der Norm gerade mit Blick auf den unbestimmten Begriff der „rechtswidrigen Gewalt“ im 1. Senat des Bundesverfassungsgerichts nicht einheitlich beantwortet wurde. Vier Richter hielten die Bestimmung wegen fehlender Bestimmtheit und übermäßiger Reichweite insgesamt für verfassungswidrig.¹⁰ Weil bei Stimmgleichheit nach § 15 Abs. 4 Satz 3 BVerfGG ein Verstoß gegen das Grundgesetz nicht festgestellt werden kann, sich also im Zweifel die Vermutung der Verfassungsmäßigkeit durchsetzt, bestand formal auch keine Pflicht des Änderungsgesetzgebers, die Norm zu präzisieren.

Doch auch die vier anderen Mitglieder des 1. Senats knüpften ihre Wertung an eine enge Auslegung des Begriffs:

„Entsprechend der gegen terroristische Straftaten gewendeten Zielrichtung der Antiterrordatei ist der Begriff vielmehr dahin zu verstehen, dass er nur Gewalt umfasst, die unmittelbar gegen Leib und Leben gerichtet oder durch den Einsatz gemeingefährlicher Mittel geprägt ist. In dieser Auslegung bestehen gegen die Verhältnismäßigkeit der Verwendung des Gewaltbegriffs in § 2 S. 1 Nr. 2 ATDG erfassten Personenkreises keine verfassungsrechtlichen Bedenken.“¹¹

⁸ BVerfGE 133, 277, 340, Rn. 149.

⁹ Ebenso Bundesrat, Stellungnahme v. 23.05.14 zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Antiterrordateigesetzes und anderer Gesetze, BR-Drs. 153/14, S. 1.

¹⁰ BVerfGE 133, 277, 343, Rn. 153 ff.

¹¹ BVerfGE 133, 277, 342, Rn. 151.

Nur mit dieser verfassungskonformen Auslegung ist die Bestimmung künftig anzuwenden, dies erkennt auch die Begründung des Regierungsentwurfs des Änderungsgesetzes.¹² Der zitierte Passus der Urteils mag den an der ATD beteiligten Behörden in Form einer Verwaltungsvorschrift bekannt gegeben werden oder sicherlich schon bekannt gemacht worden sein. Doch es wäre dem Gesetzgeber ein Leichtes, die enge und über die Verfassungsmäßigkeit der Vorschrift entscheidende Definition in Gesetzesform zu gießen. Dies schaffte – verfassungsrechtlich betrachtet – Bestimmtheit und Rechtssicherheit und – verfassungspolitisch betrachtet – zudem Vertrauen und Akzeptanz. Es wäre also ein kleiner Schritt für den Gesetzgeber, ein großer hingegen für die Sicherheitspolitik.

4. Begriff des „vorsätzlichen Hervorrufens“, § 2 Satz 1 Nr. 2 ATDG

Ähnliches gilt für den Begriff des „vorsätzlichen Hervorrufens“, der in derselben Vorschrift verwendet wird. Auch hier hätte es sich angeboten, die Auslegungsvorgaben des BVerfG in den Wortlaut aufzunehmen,¹³ um den Eventualvorsatz im strafrechtlichen Sinne auszuschließen. Hervorzuheben ist (insbesondere den an der ATD beteiligten Behörden) also, dass der verfassungsrechtliche Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nur gewahrt ist, wenn

„dem Merkmal des vorsätzlichen Hervorrufens [...] eine Bedeutung beigelegt [wird], wonach nur das willentliche Hervorrufen von Gewalt erfasst ist.“¹⁴

5. Befürworten von Gewaltanwendungen, § 2 Satz 1 Nr. 2 ATDG

Die durch Art. 1 Nr. 2 lit. b) des Gesetzentwurfs bewirkten Änderungen des ATDG reagieren auf die Feststellung der Verfassungswidrigkeit von § 2 Satz 1 Nr. 1 lit. b).¹⁵ Hier ist das Bundesverfassungsgericht der Auffassung, dass die Datenspeicherung einer Person, die Gewalt bloß befürwortet, ohne dass es Anhaltspunkte dafür gibt, dass auch tatsächlich Gewalt angewendet, unterstützt, vorbereitet oder hervorgerufen wird, verfassungswidrig sei. Das Anknüpfen an das forum internum (innere Haltung) sei besonders geeignet, die Wahrnehmung von Freiheitsrechten wie der Glaubens- und Meinungsfreiheit zu vereiteln.

¹² BT-Drs. 18/1565, S. 16.

¹³ Ebenso Bundesrat, Stellungnahme v. 23.05.14 zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Antiterrordateigesetzes und anderer Gesetze, BR-Drs. 153/14, S. 1.

¹⁴ BVerfGE 133, 277, 342, Rn. 152.

¹⁵ BVerfGE 133, 277, 278 u. 347, Rn. 161.

Der Gesetzentwurf gibt die Tatbestandsalternative des Befürwortens von Gewaltanwendungen nicht vollständig auf, sondern degradiert sie zu einem Regelbeispiel. Nunmehr dürfen Personen in der ATD erfasst werden, die „... eine solche Gewaltanwendung unterstützen, vorbereiten oder durch ihre Tätigkeiten, insbesondere durch Befürworten solcher Gewaltanwendungen, vorsätzlich hervorrufen.“

Den verfassungsrechtlichen bzw. verfassungsgerichtlichen Zweifeln an der Vereinbarkeit der Regelung wird damit Rechnung getragen. Denn entscheidend ist nun ein „Tätigwerden“, mithin ein aktives Tun, so dass ein stilles Befürworten im forum internum nicht mehr für eine Datenerfassung in der ATD genügt. Im Zusammenhang mit diesem maßgeblichen Tatbestandsmerkmal kann das Regelbeispiel nur so verstanden werden, dass sich das Befürworten solcher Gewaltanwendungen nach außen manifestieren muss.

Interessanterweise scheint die Abfassung des Tatbestands eher ein sprachliches denn ein verfassungsrechtliches oder gar verfassungspolitisches Problem zu sein. Denn (weitgehende) Einigkeit herrscht sowohl in der politischen wie auch in der rechtlichen Bewertung,¹⁶ dass „Hassprediger“ in die ATD sollen aufgenommen werden dürfen. Die entscheidende Frage ist insofern, wie der seinerseits unbestimmte und zudem politisch sicherlich nicht korrekte Begriff des „Hasspredigers“ zu einem abstrakt-generellen Begriff stilisiert werden kann, ohne zugleich einen zu weiten Anwendungsbereich zu eröffnen. Bei aller Schwierigkeit fragt sich gleichwohl, ob nicht auch im Interesse der Einheitlichkeit der Rechtsordnung die Vorschrift des § 111 StGB hätte fruchtbar gemacht werden können. Sie hätte in ihren konkreten Voraussetzungen sogar noch relativiert werden dürfen, weil es im Rahmen der ATD ja „nur“ um die Speicherung von Daten, nicht hingegen um die Verhängung einer Strafe geht.

6. Kontaktpersonen, § 2 S. 1 Nr. 3 ATDG

Auf den ersten Blick überraschend ist, dass § 2 Satz 1 Nr. 3 ATDG keiner Änderung unterzogen wird. Denn die dort vorgesehene Einbeziehung von Kontaktpersonen ist nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts weder mit dem Bestimmtheitsgrundsatz noch mit dem Übermaßverbot vereinbar.¹⁷ Es sei nicht vorhersehbar, wer als Kontaktperson gespeichert werden kann, insb. etwa aus dem privaten, beruflichen und geschäftlichen Umfeld der terrorismusverdächtigen Hauptperson.¹⁸ Vor diesem

¹⁶ BVerfGE 133, 277, 347 f., Rn. 161.

¹⁷ BVerfGE 133, 277, 348, Rn. 162.

¹⁸ BVerfGE 133, 277, 349, Rn. 164.

Hintergrund spricht viel dafür, dass die unveränderte Vorschrift nach wie vor dem Verdikt der Unbestimmtheit, der Unverhältnismäßigkeit und damit im Ergebnis der Verfassungswidrigkeit zum Opfer fällt. Denn nach wie vor wird der Begriff der Kontaktperson nicht definiert.

Auf der anderen Seite darf nicht übersehen werden, dass das Bundesverfassungsgericht es ausdrücklich zulässt, derartige Kontaktpersonen insofern zu speichern, als sie Aufschluss über die als terrorismusnah geltenden Hauptperson vermitteln können. Es sieht die Möglichkeit darin, die Kontaktperson nur mit wenigen Elementardaten nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 b) oo) als Information zur eigentlichen Hauptperson, verdeckt recherchierbar, zu speichern. Es wird also die Kontaktperson nicht eigenständig gespeichert, sondern gewissermaßen nur als eine weitere Information zur Hauptperson.

An diesen Passus in der Verfassungsgerichtsentscheidung knüpft die Gesetzesänderung an. Sie differenziert hinsichtlich der zu speichernden Datenarten nun zwischen Personen nach § 2 Satz 1 Nr. 1 und 2 auf der einen Seite und Kontaktpersonen auf der anderen Seite, indem die Kontaktpersonen aus dem Anwendungsbereich des § 3 Abs. 1 ATDG herausgenommen werden und in einem neu eingefügten § 3 Abs. 2 ATDG – systematisch an richtiger Stelle – einer Sonderregelung unterworfen werden.

Inhaltlich stehen diese beschränkten Speichermöglichkeiten von Daten von Kontaktpersonen im Einklang mit den geäußerten Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts. Ob freilich durch die Beschränkung der nutzbaren Daten § 2 Satz 1 Nr. 3 ATDG einen derart neuen Inhalt gewonnen hat, dass er der festgestellten Verfassungswidrigkeit auch ohne formale Änderung entkommt, muss bezweifelt werden. Zwar mag man – und somit auch das Bundesverfassungsgericht – darüber nachdenken, die Anforderungen an die Bestimmtheit und das Übermaßverbot mit abnehmender Eingriffsintensität zu senken und so zu einer neuen materiellen Bewertung des selbst zwar unveränderten, jedoch in einem neuen Kontext stehenden § 2 Satz 1 Nr. 3 ATDG zu gelangen. Doch ohne eine neue explizite Befassung des Bundesverfassungsgerichts wird die durch das Gericht angeordnete befristete Fortgeltung der Vorschrift nicht entfristet. Im Tenor des Urteils führt das Gericht die Vorschrift des § 2 Satz 1 Nr. 3 ATDG unter 1. a) explizit auf. Zudem ordnet es für die Übergangszeit an, dass der Zugriff auf Daten von Kontaktpersonen ausgeschlossen sein muss. Insofern ist davon auszugehen, dass die Vorschrift allenfalls formal bis Ende 2014 fort gilt, faktisch aber bereits jetzt keine Wirkungen mehr entfaltet. Die bloße Nichtänderung der Vorschrift ruft sie deshalb nicht wieder ins Leben zurück. Vielmehr müsste der Gesetzgeber dieselbe Vorschrift erneut per Änderungsgesetz in das ATDG einfügen.

Um sich für diesen Fall nicht auf Diskussionen über die Reichweite des Normwiederholungsverbots einzulassen, sollte der Gesetzgeber § 2 Satz 1 Nr. 3 ATDG ändern und den Begriff der Kontaktpersonen – und sei es durch eine Kombination positiver wie negativer Aspekte – definieren.

7. Kriterien und Kategorien von Datenarten, § 3 Abs. 4 ATDG

Im neu eingefügten § 3 Abs. 4 ATDG reagiert der Gesetzentwurf auf die Feststellung des Bundesverfassungsgerichts, die bisherigen Datenkategorien der aufgezählten Doppelbuchstaben seien zu unbestimmt und daher konkretisierungsbedürftig. Ferner mahnte das BVerfG mehr Transparenz an und verlangte insoweit eine nachvollziehbare Dokumentation und Veröffentlichung.¹⁹ Beiden Verpflichtungen kommt § 3 Abs. 4 Satz 1 mit zu veröffentlichenden Verwaltungsanweisungen nach. Soweit ersichtlich, geht der Gesetzgeber an dieser Stelle sogar ausnahmsweise über die Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts hinaus, als er das Bundeskriminalamt in Satz 3 dazu ermächtigt, Kriterien für die zu speichernden Datenarten in den weiteren Fällen des Absatzes 1 in derselben Verwaltungsvorschrift zu veröffentlichen.

8. Beschränkte und verdeckte Speicherung, § 4 Abs. 3 ATDG

Mit der Neuregelung in § 4 Abs. 3 ATDG reagiert der Gesetzgeber auf die strengeren Anforderungen, die für Eingriffe in Art. 10 Abs. 1, 13 Abs. 1 GG durch Datenerhebung gelten und nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts auch bei der Übermittlung und Weiterverwendung dieser Daten fortgelten müssen. Die Anforderungen an Übermittlung und Weiterverwendung dürfen nicht unter diejenigen abgesenkt werden, die für einen unmittelbaren Eingriff in die genannten Grundrechte gelten würden.²⁰ Daher müssen die unter Eingriff in Art. 10 Abs. 1, 13 Abs. 1 GG gewonnenen Daten gekennzeichnet werden und dürfen nur verdeckt in die ATD eingestellt werden, so dass keine automatische Ausgabe der Daten an die suchende Stelle erfolgt, sondern nur die einstellende Behörde im Trefferfall zu prüfen hat, ob die erhobenen Daten, gemessen an den o.g. Voraussetzungen, an die suchende Behörde übermittelt werden dürfen.

Zu Recht stellt der Gesetzentwurf fest, dass nicht ganz deutlich wird, welche Daten das Bundesverfassungsgericht den o.g. Anforderungen unterwirft, denn es verwendet

¹⁹ BVerfGE 133, 277, 359, Rn. 187.

²⁰ BVerfGE 133, 277, 372, Rn. 224 f.

einerseits die Begriffe „Telekommunikation“ und „Wohnung“, teilweise aber auch „Brief- und Fernmeldegeheimnis“. Aufgrund der Bezugnahme des Bundesverfassungsgerichts auf verdeckte Grundrechtseingriffe²¹ folgert der Gesetzgeber, dass Daten aus offenen Grundrechtseingriffen (insb. offene Wohnungsdurchsuchungen, Beschlagnahme von Briefen beim Betroffenen), die das BVerfG gerade nicht ausdrücklich erwähnte, nicht vom BVerfG gemeint seien und nicht den strengen o.g. Anforderungen unterfielen.²² Folglich gilt das Gebot der verdeckten Speicherung im neu gefassten Abs. 3 nur für personenbezogenen Daten, die aus verdeckten Grundrechtseingriffen in Art. 10 Abs. 1, 13 Abs. 1 GG stammen (TK-Überwachung, Wohnraumüberwachung und Postbeschlagnahme beim Postdienstleister) .

Ob die angenommene Beschränkung auf verdeckte Eingriffe zutreffend ist, scheint allerdings fraglich. Denn das BVerfG nimmt auf die verdeckten Grundrechtseingriffe nur exemplifizierend Bezug, indem es seinen Ausführungen ein „insbesondere“ und „etwa“ voranstellt.²³ Auch die Bezugnahme des Bundesverfassungsgerichts auf seine Rechtsprechung zu verdeckten Grundrechtseingriffen muss nicht zwingend als eine alleinige Erstreckung auf verdeckte Eingriffe verstanden werden, weil an anderer Stelle des Urteils noch einmal allgemein die Vorgabe formuliert wird, die Daten aus Eingriffen in Art. 10 Abs. 1 und 13 Abs. 1 GG zu kennzeichnen. Dort heißt es: „Die Erkennbarkeit solcher Daten soll die Beachtung der spezifischen Grenzen für die Datennutzung auch nach deren etwaiger Weiterleitung an andere Stellen sicherstellen.“²⁴ Auch die Allgemeinheit des Leitsatzes 4 und von Tenor Nr. 2, wo sich keine Beschränkungen auf verdeckte Eingriffe finden, sprechen dafür. Insofern mag der Gesetzgeber noch einmal überprüfen, ob tatsächlich alle relevanten Maßnahmen von § 4 Abs. 3 ATDG erfasst werden.

Dass gem. § 4 Abs. 3 Satz 2 nur die von Satz 1 (gemeint ist wohl Abs. 1 Satz 1) erfassten Daten verdeckt gespeichert werden müssen, scheint verfassungsrechtlich unbedenklich, zumal das BVerfG die besonderen Anforderungen (S. 1) nur auf Eingriffe in Art. 10 Abs. 1, 13 Abs. 1 GG bezieht.

9. Personensuche, § 5 Abs. 1 ATDG

Mit der Änderung des § 5 Abs. 1 ATDG reagiert der Gesetzentwurf auf die Feststellung des Bundesverfassungsgerichts, die Ermächtigung zu merkmalsbezogenen Re-

²¹ BVerfGE 133, 277, 373, Rn. 225.

²² BT-Drs. 18/1565, S. 18.

²³ BVerfGE 133, 277, 373, Rn. 226.

²⁴ BVerfGE 133, 277, 373, Rn. 225 a.E.

cherchen in den erweiterten Grunddaten, die der abfragenden Behörde im Trefferfall unmittelbar Zugang zu den entsprechenden einfachen Grunddaten verschafft, sei mit dem Übermaßverbot nicht zu vereinbaren und deshalb verfassungswidrig.²⁵ Auch im Falle der Suche mittels der erweiterten Grunddatendürfe im Trefferfall nur ein Hinweis auf die informationsführende Behörde und das Aktenzeichen erfolgen, nicht aber die unmittelbare und automatische Gewährung der korrespondierenden einfachen Grunddaten (Rn. 200 a.E. des Urteils).

Dem kommt der Gesetzgeber mit der Ergänzung in § 5 Abs. 1 Nr. 2 nach, indem er bei einer Suche, die nicht per Name erfolgt, auch nicht die einfachen Grunddaten anzeigt, sondern nur die informationsführende Stelle mit Aktenzeichen.

10. Eilfallregelung, § 5 Abs. 2 ATDG

Zur Eilfallregelung in § 5 Abs. 2 ATDG verhält sich das Bundesverfassungsgericht nicht. Der Gesetzentwurf hätte aber – wie an anderer Stelle auch – die Evaluation des ATDG²⁶ berücksichtigen können und die Bestimmung ersatzlos streichen sollen.

11. Berichtspflicht des BKA, § 9 Abs. 3 ATDG

Mit der Einführung einer dreijährigen Berichtspflicht des Bundeskriminalamts kommt der Gesetzentwurf dem Verlangen des Bundesverfassungsgerichts nach.²⁷

12. Datenschutzrechtliche Kontrolle, § 10 ATDG

Auch mit der Ergänzung des § 10 ATDG um Befugnisse der Landesbeauftragten für den Datenschutz, um eine Aufgabenbeschreibung der Zusammenarbeit von Datenschutzbeauftragten in Bund und Ländern und einer zweijährigen Kontrollpflicht beschränkt sich der Gesetzgeber auf die Mindestvorgaben zur Umsetzung des verfassungsgerichtlichen Urteils. Die Regelungen sind als solche nicht zu beanstanden, wünschenswert wäre es gleichwohl, wenn sie detaillierter ausgefallen oder durch Bestimmungen in anderen Gesetzen ergänzt würden, um die kontrollierende Kooperation zugunsten des Datenschutzes zu ermöglichen und den mangelnden Individualrechtsschutz durch eine institutionelle Datenschutzkontrolle zu kompensieren. Zutreffend wird auch moniert, dass der Gesetzent-

²⁵ BVerfGE 133, 277, 363, Rn. 198.

²⁶ BT-Drs. 17/12665 (neu).

²⁷ BVerfGE 133, 277, 372 Rn. 221 f.

wurf eine explizite Regelung bzgl. des Zusammenspiels der G 10-Kommission und der BfDI vermissen lässt.²⁸

II. Verfassungspolitisch motivierte Änderungen

Soweit ersichtlich, geht der Gesetzentwurf in drei Regelungen über die bloße Beseitigung der verfassungsgerichtlich festgestellten Mängel hinaus. Zum einen erweitert § 3 Abs. 1 Nr. 1 lit. b) ss) ATDG die in der ATD zu speichernden Datenarten; zum anderen verlängert § 9 Abs. 1 Satz 3 die Frist zur Löschung von Protokolldaten von 18 Monaten um ein halbes Jahr auf zwei Jahre, und schließlich soll § 6a ATDG nunmehr eine erweiterte Nutzung der ATD im Rahmen eines einzelfallbezogenen Projekts ermöglichen.

1. Speicherung von Internetseiten, § 3 Abs. 1 Nr. 1 lit. b) ss) ATDG, § 3 Abs. 1 Nr. 1 lit. b) vv) RED-G

Die Ergänzung der zu speichernden Datenarten um Internetseiten in § 3 Abs. 1 Nr. 1 lit. b) ss) ATDG befremdet zunächst in redaktioneller Hinsicht. Dass ausgerechnet in einem Sicherheitsgesetz das Buchstabenkürzel „ss“ vergeben wird, obwohl es doch ohne weiteres möglich wäre, auf das nächste Buchstabendoppel „tt“ auszuweichen, zeugt nicht gerade von politisch-historischem Feingefühl. Umgekehrt hat der Verfasser gelernt, dass auch in § 3 Abs. 1 Nr. 1 lit. b) RED-G das Kürzel „ss“ vergeben ist. Vielleicht ist der Gesetzgeber rund 70 Jahre nach dem Ende des Nationalsozialismus ja tatsächlich wieder frei, assoziationsweckende Buchstabenkürzel unbefangen zu verwenden.

Ungeachtet dieser Formalie scheint die Erweiterung der zu speichernden Daten um Internetseiten verfassungsrechtlich zulässig zu sein.

2. Lösungsfrist von Protokolldaten, § 9 Abs. 1 Satz 3 ATDG

Die Verlängerung der Speicherdauer geht allenfalls mittelbar auf das Urteil des BVerfG zurück. Mit der Verlängerung der Speicherdauer soll diese mit den Berichtsintervallen nach § 9 Abs. 3 n.F. harmonisiert werden, sodass alle Protokolle seit der letzten Kontrolle noch zur Verfügung stehen. Verfassungsrechtliche Bedenken bestehen gegen diese Lösung nicht.

²⁸ Deutsches Institut für Menschenrechte, Stellungnahme v. 06.05.14 zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Antiterrordateigesetzes und anderer Gesetze (BR-Drs. 153/14), S. 1 f.

3. Projektbezogene Recherche, § 6a ATDG

§ 6a ATDG wurde unabhängig vom Urteil des BVerfG eingefügt. Im Rahmen der Evaluierung der ATD erachteten aber die Nutzer eine rechtliche und technische Möglichkeit als sinnvoll, die es ihnen erlaubt, auch komplexe Abfragen über die ATD auszuführen – § 7 RED-G ermögliche bereits eine derartige Nutzung. Beabsichtigt werde, die ATD „zur erweiterten Datennutzung für Zwecke der Aufklärung internationaler terroristischer Bestrebungen sowie zur Verfolgung oder Verhütung entsprechender terroristischer Straftaten“ zu nutzen.²⁹

Der Gesetzentwurf erkennt immerhin die verfassungsrechtliche Problematik, meint aber, den verfassungsgerichtlichen Vorgaben durch eine enge und im Vergleich zu § 5 Abs. 2 ATDG sogar engere Fassung Rechnung zu tragen. Zugleich muss der Gesetzentwurf selbst einräumen, dass die Vorschrift insoweit weiter gefasst, als ein Datenzugriff nicht „unerlässlich“ sein muss, wobei der Gesetzgeber dies durch die Befristung der Projekte und das Genehmigungserfordernis kompensiert sieht.³⁰

Dem wird man nicht zustimmen können. Aus der Ausnahmeregelung zum Einzelfall (§ 5 Abs. 2 ATDG) eine weitere Ausnahme zu deduzieren, scheint schon im Hinblick auf die zahlreich tangierten, hochrangigen Grundrechte äußerst fraglich. Des Weiteren ist eine Argumentation mit der Verfassungsmäßigkeit der Einzelfallregelung und einem Bedürfnis nach erweiterten Suchmöglichkeiten kaum belastbar, weil laut der Evaluierung der ATD nur in einem einzigen Fall eine Eilfallsituation registriert wurde. Letztlich fällt vor allem ins Gewicht, dass der Zeitraum eines „Projekts“ gem. Abs. 3 mehrere Jahre umfassen kann, sich also deutlich von einem „unerlässlichen“ Einzelfall entfernt. Durch die Ausdehnung der Dauer besteht die Gefahr, dass sich die zur Eilfallregelung betonte nur ausnahmsweise Überwindung des informationellen Trennungsprinzips zwischen Nachrichtendiensten und Polizei mit besonders schwerem Eingriffsgewicht³¹ zu institutionalisieren droht. Insofern ist der von § 6a ATDG ausgehende Eingriff in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung nicht zu rechtfertigen – die Eingriffsbestimmungen genügen weder den Anforderungen an die Normenklarheit und Bestimmtheit noch sind sie verhältnismäßig.

Mit Blick auf die bisherige Stellungnahme des Bundesrates scheint die Norm derzeit aber auch nicht mehrheitsfähig, so dass noch Zeit für eine politische Diskussion und eine exakte Auslotung der verfassungsrechtlichen Grenzen zu sein scheint.

²⁹ BT-Drs. 18/1565, S. 19.

³⁰ BT-Drs. 18/1565, S. 19 4. Absatz: „Daher ist § 6a ATDG hinsichtlich der Tatbestandsvoraussetzungen deutlich enger gefasst...“ Hingegen im 5. Absatz: „Zwar ist der neue § 6a ATDG gegenüber der Eilfallregelung insoweit deutlich weiter gefasst, als der Zugriff auf die Daten für diesen Zweck nicht unerlässlich Sinne eines Eilfalles sein muss.“

³¹ BVerfGE 133, 277, 364, Rn. 202.

V. Gebotene, aber unterlassene Änderungen

Das Bundesverfassungsgericht hat den Gesetzgeber am Ende seines Urteils explizit ermuntert zu prüfen, „ob er im Zusammenhang mit der Neuregelung des ATDG auch eine Überarbeit von Bestimmungen anderer Gesetze, die den angegriffenen Vorschriften dieses Verfahrens ähnlich sind, sowie eventuell von Datenübermittlungsvorschriften einzelner Sicherheitsbehörden für angezeigt hält und diese möglicherweise hiermit verbinden will.“³²

Der Gesetzentwurf berücksichtigt diesen Hinweis nicht bzw. nur mit Blick auf einige Vorschriften des RED-G und eine Vorschrift des AufenthG. Hingegen schlägt er keine Änderung des § 19 BVerfSchG, des auf ihn verweisenden § 19 MADG und des zum Teil inhaltsgleichen, zum Teil ebenfalls verweisenden § 9 BNDG vor, obwohl die in diesen Normen geregelten Übermittlungen personenbezogener Daten dem nun verfassungsgerichtlich präzisierten Maßstab des Grundgesetzes nicht genügen. Gleiches gilt für einige der Aufgaben- und Begriffsbestimmungen in § 3 und § 4 BVerfSchG.³³

Bei formaler Betrachtung unterfallen diese Vorschriften zwar nicht dem Verdikt der Verfassungswidrigkeit. Insofern dürfen sie bis zu einer Feststellung ihrer Verfassungswidrigkeit durch das Bundesverfassungsgericht uneingeschränkt angewendet werden. Bei materieller Betrachtung liegt ihre (teilweise) Verfassungswidrigkeit aber auf der Hand, so dass jede weitere auf diese Bestimmungen gestützte Maßnahme unter dem drohenden Verdikt der rückwirkenden Aufhebung steht. Das gesetzgeberische Unterlassen fördert mit dem status-quo also gerade nicht die Rechtssicherheit, sondern entlässt die mit dem Vollzug der Gesetze beauftragten Behörden auf ausgesprochen dünnes Eis. Schwerer, wenn für den Sicherheitsgesetzgeber vielleicht auch nicht motivierender wiegt, dass durch das Unterlassen des Gesetzgebers Grundrechtseingriffe auf verfassungswidriger Grundlage toleriert werden. Aus der Distanz der beobachtenden Rechtswissenschaft ist dem Gesetzgeber und auch schon seinem ministeriellen Initianten ein wenig mehr politische Weitsicht und rechtlicher Respekt vor der Verfassungsbindung aller Staatsgewalt zu wünschen.

V. Zusammenfassung

In der Gesamtschau bietet sich ein differenziertes Bild:

³² BVerfGE 133, 277, 277, Rn. 232.

³³ Vgl. bspw. *Schaar/Bergemann*, „Trennung ist unser Los, Wiedersehen ist unsere Hoffnung“ – Die Antiterrordatei, das Trennungsgebot und das Bundesverfassungsgericht, in: Roggan (Hrsg.), *Das Recht in guter Verfassung?*, Festschrift für Martin Kutscha, Baden-Baden 2013, S. 123-136.

1. Der Gesetzentwurf enttäuscht insofern, als er sich auf die verfassungsrechtlich notwendigen Minimalanforderungen konzentriert. Weder nimmt er innerhalb des ATDG und des RED-G präzisierende Klarstellungen vor noch gleicht er das BVerfSchG, das MADG oder das BNDG an die vom Bundesverfassungsgericht präzierte Verfassungslage an. Der Gesetzgeber toleriert durch dieses Unterlassen verfassungswidrige Grundrechtseingriffe und setzt Bürger wie Behörden gleichermaßen ohne Not einer Rechtsunsicherheit aus.
2. Gleichwohl genügen die allermeisten der vorgeschlagenen Änderungen den verfassungsrechtlichen Anforderungen.
3. Die Beschränkung der zu speichernden Daten von Kontaktpersonen im neu eingefügten § 3 Abs. 2 ATDG führt womöglich zu einer Neubewertung des für verfassungswidrig erklärten § 2 Satz 1 Nr. 3 ATDG, bewirkt aber nicht dessen Fortgeltung über den 31.12.2014 hinaus.
4. Die von § 6a ATDG vorgesehene Möglichkeit einer Funktionserweiterung der ATD zu Gunsten von projektbezogenen Recherchen stellt einen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung dar, ohne den verfassungsrechtlichen Anforderungen an einen solchen Eingriff zu genügen. Die Vorschrift wäre, sollte sie in Kraft treten, verfassungswidrig.

gez. Rossi