



**Deutscher Bundestag**  
Innenausschuss

Ausschussdrucksache  
18(4)144 A

**Forschungsinstitut für  
öffentliche und private  
Sicherheit (FÖPS Berlin)**

**Prof. Dr. Clemens Arzt  
Direktor**

Alt-Friedrichsfelde 60  
10315 Berlin

[www.foeps-berlin.org](http://www.foeps-berlin.org)  
[foeps@hwr-berlin.de](mailto:foeps@hwr-berlin.de)

**Stellungnahme zur Anhörung des Innenausschusses des  
Deutschen Bundestages am 22. September 2014**

**Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Änderung des  
Antiterrordateigesetzes und anderer Gesetze**

**vom 28. Mai 2014**

**Drucksache BT Drs. 18/1565**

**Prof. Dr. Clemens Arzt  
Hochschule für Wirtschaft und Recht Berlin  
Fachbereich Polizei und Sicherheitsmanagement**



## I. Einleitung

Eine Stellungnahme zum Gesetzentwurf vom 28. Mai 2014 erfordert aus meiner Sicht zunächst eine kurze Verortung der Entscheidung des BVerfG zur Antiterrordatei, die ich daher meinen Ausführungen zu den Detailregelungen vorwegstelle.

Das BVerfG hat durch Entscheidung vom 24. April 2013 (1 BvR 1215/07) mehrere Vorschriften des ATDG vom 22. Dezember 2006 für mit der Verfassung unvereinbar erklärt und dem Gesetzgeber eine Frist bis zum 31. Dezember 2014 eingeräumt, um diese einer verfassungsgemäßen Neuregelung zuzuführen. Das Gericht hat für die erforderlichen gesetzlichen Neuregelungen dem Gesetzgeber eine „großzügige“ Frist eingeräumt, damit dieser im Zusammenhang mit der Neuregelung auch eine Überarbeitung von Bestimmungen anderer Gesetze, die den angegriffenen Vorschriften des ATDG ähnlich sind, sowie eventuell von Datenübermittlungsvorschriften einzelner Sicherheitsbehörden prüfen könne (Rn. 232).

Mit diesem Hinweis bezieht sich das BVerfG offenkundig zunächst auf das mit Ausnahme des Gegenstandes bis in die Gesetzesbegründung hinein fast wortgleiche **RED-G**, das nicht Gegenstand der Entscheidung war und weitere offene Fragen im Vergleich zum ATDG beinhaltet. Folgerichtig zielt der Gesetzentwurf auch auf eine Änderung des RED-G, ohne indes dessen anders gelagerten Gegenstand im Detail zu berücksichtigen. Der Gesetzentwurf greift die Anregung des BVerfG zur kritischen Überprüfung der **Übermittlungsvorschriften** bei Datenübermittlungen zwischen **Nachrichtendiensten und Polizei** sowie anderen Behörden des BVerfG hingegen nicht auf, sondern beschränkt sich auf die zwingend notwendige Novellierung des ATDG und des damit fast identischen RED-G. Dies ist zu bedauern, weil insbesondere § 19 BVerfSchG mit Blick auf seine Weite und Unbestimmtheit vor dem Hintergrund der Entscheidung zur ATD kaum als verfassungsgemäß angesehen werden kann; gleiches gilt für § 9 BNDG, der damit inhaltsgleich ist, und für § 11 MADG, der auf § 19 BVerfSchG verweist. Auch die mangelnde Rechtsgrundlage für die Zusammenarbeit von Polizei und Nachrichtendiensten in so genannten **Gemeinsamen Zentren** ist durch die Entscheidung des BVerfG auf die verfassungsrechtliche Agenda gesetzt worden. Insoweit greift der Gesetzentwurf zu kurz.

Das BVerfG hatte in seiner Entscheidung vom 24. April 2013 nur über die Verfassungsmäßigkeit des ATDG zu entscheiden und eine Reihe von Regelungen beanstandet, das Gesetz als solches aber als verfassungsgemäß angesehen. Dabei hat sich das Gericht nicht der seit Jahrzehnten umstrittenen Frage angenommen, ob es in der Bundesrepublik Deutschland ein **Trennungsgebot** (BVerfGE 97, 198, 217) zwischen Polizei und Nachrichtendiensten gibt, sondern ist (nur) von einem



**informationellen Trennungsprinzip** ausgegangen, was in der Literatur durchaus als problematisch angesehen wird (vgl. *Petri* ZD 2013, 348; *Will* in: FS Schlink, 2014; s.a. *Arzt*, NVwZ 2013, 1328).

Einen Informationsaustausch von Polizei und Nachrichtendiensten hält das Gericht im Rahmen eines informationellen Trennungsprinzips grundsätzlich für zulässig. Im Ergebnis beanstandet das Gericht in zum Teil nur schwer nachvollziehbarer Einzelfallbetrachtung (kritisch zur „Zwar-aber-Dialektik des BVerfG *Gärditz*, JZ 2013, 633; s.a. die Ausführungen unter Rn. 153 ff.) bestimmte Regelungen des ATDG, andere nicht.

Das BVerfG stellt fest, dass der durch die ATD (und im Ergebnis ebenso durch das RED-G) geschaffene Informationsaustausch von Polizei und Nachrichtendiensten von erheblichem Eingriffsgewicht ist, das dadurch erhöht wird, dass die ATD/RED erstmals einen gleichsam „**grenzüberschreitenden**“ **Informationsaustausch und gemeinsamen Datenpool** einer großen Zahl von Nachrichtendiensten und Polizeibehörden ermöglicht. Durch Einrichtung der ATD/RED werden nicht länger im Einzelfall Daten übermittelt, sondern diese werden in einer gemeinsamen Verbunddatei von Nachrichtendiensten und Polizei zur Verfügung gestellt, obgleich die Voraussetzungen und Eingriffsbefugnisse für die zeitlich davor liegende Datenerhebung sich gravierend unterscheiden; dies ist ein **Tabubruch**.

Zudem wird das der ATD zugrunde liegende Ziel der Bekämpfung des „internationalen Terrorismus“ (zu den dogmatischen Problemen vgl. *Zöller*, Terrorismusstrafrecht 2009) weder dogmatisch präzise erfasst noch begrifflich hinterfragt oder selbiges vom Gesetzgeber eingefordert; dies greift zu kurz.

Soweit das BVerfG vertritt, die **Schwere des Eingriffs** werde gemindert durch eine Beschränkung auf bereits erhobene Daten und die Ausgestaltung als Verbunddatei mit einem Schwerpunkt auf der Informationsanbahnung sowie deren Ausrichtung allein auf das Ziel der Aufklärung und Bekämpfung des internationalen Terrorismus, wird die praktische Wirkung dieser so unterstellten Beschränkung nicht berücksichtigt. Die Annahme, die ATD diene der bloßen Informationsanbahnung mittels bereits erhobener Daten, die hier nach Ansicht des Gerichts offenbar „nur“ in einen neuen Kontext gestellt werden, greift zu kurz, weil eine Kenntnis von Personen und der zu diesem gespeicherten Daten zuvor eben nicht „grenzüberschreitend“ für Polizeien und Nachrichtendienste in einer Datei jederzeit online verfügbar waren (kritisch auch *Kasiske*, NJW-Spezial 2013, 312). Zudem wird diese vom Gericht unterstellte Begrenzung in der Funktionsweise der Datei durch die vorgeschlagene Einrichtung einer so genannten **erweiterten Dateinutzung** (§ 6a ATDG) konterkariert;



einer neuen Nutzungsform, die zwar das RED-G bereits kennt, mit der sich das BVerfG aber noch nicht befasst hat.

Die vom Gericht (Rn. 122) unterstellte Zuordnung der „operativen“ **Aufgabenwahrnehmung** allein zur Polizei passt schwerlich mit den tatsächlichen Befugnissen der Nachrichtendienste zusammen; deren Befugnisse zur Erhebung personenbezogener Daten (und alleine darum geht es im vorliegenden Kontext) sind im Wesentlichen identisch mit denen der Polizei; was „fehlt“ sind Zwangsbefugnisse. Fraglich ist auch wie das Gericht zu der Ansicht gelangt, die Polizei arbeite „grundsätzlich offen“, wenn heute auf der Ebene von Bund und Ländern eine Vielzahl polizeilicher Befugnisse heimliche Maßnahmen wie Observation, Einsatz technischer Mittel, automatisierte Kennzeichenerkennung, polizeiliche Beobachtung, Einsatz von V-Leuten und verdeckten Ermittlern, vielfältige Eingriffe in das Telekommunikationsgeheimnis und die Erhebung von Bestands- und Standortdaten etc. gestatten (sog. „**Vernachrichtendienstlichung**“ der Polizei). „Eine Geheimpolizei ist nicht vorgesehen“, fasst das BVerfG zusammen; wohl aber eine mit vielfältigen Befugnissen zu heimlichen Maßnahmen ausgestattete Polizei, die mittlerweile fast im Jahrestakt eine Befugnisausweitung erfährt, welche nicht selten eine Pflicht zur Benachrichtigung des Betroffenen im Nachhinein verneint oder deutlich einschränkt. Die vom Gericht offenbar unterstellte Trennung von unterschiedlichen Mitteln der Datenerhebung, die deren „Zusammenlegung“ in einer Verbunddatei erfordere, existiert in der Realität nur noch eingeschränkt.

Wer als „**Treffer**“ in der ATD von den damit arbeitenden Behördenmitarbeitern wahrgenommen wird, bleibt dort unabhängig von eventuellen rechtlichen Begrenzungen der Nutzung dieser Information durch das ATDG zunächst einmal im „Hinterkopf“. Wenn das BVerfG hervorhebt, die Nutzung der ATD dürfe nicht unmittelbar zur Aufgabenwahrnehmung, insbesondere nicht operativen Zwecken sondern nur als Grundlage für weitere Datenübermittlungen dienen, ist dies eine *in praxi* wohl schwer nachzuvollziehende und kontrollierbare „Scheinbegrenzung“. Zutreffend stellt das Gericht daher selbst fest, dass die **Aufnahme in die ATD** (oder die RED) für die Betroffenen **erhebliche belastende Wirkung** haben kann. Wer einmal in der Datei erfasst ist muss damit rechnen, aufgrund einer Abfrage dem Umkreis des Terrorismus oder Rechtsextremismus zugeordnet und – mittels weiterer, dadurch erleichterter Übermittlungersuchen – hieran anknüpfend belastenden Eingriffsmaßnahmen unterworfen zu werden. Die Konsequenzen einer solchen Zuordnung können beträchtlich sein und den Einzelnen in schwierige Lagen bringen, ohne dass dieser um die Einordnung weiß und eine praktikable Möglichkeit hat, sich hiergegen zu wehren.



Eine sonst bei heimlichen oder verdeckten Maßnahmen übliche nachträgliche **Benachrichtigungspflicht** sieht das BVerfG indes als nicht mit der Zielsetzung der Datei vereinbar; auch eine (späte) Benachrichtigungspflicht bei Wegfall des Speicherungsgrundes verneint das BVerfG. Im Ergebnis bleibt damit die **Rechtsschutzgarantie** des Art. 19 Abs. 4 GG auf der Strecke.

Es wäre daher aus meiner Sicht wünschenswert, der Gesetzgeber stelle das ATDG wie auch das RED-G als Ganzes auf den rechtsstaatlichen Prüfstand; der so genannte Evaluierungsbericht entspricht dem nicht. Nicht erkennbar ist, wo der Bericht der Regierungskommission zur Überprüfung der Sicherheitsgesetzgebung in Deutschland aus dem Jahr 2013 in die Überlegungen zur Novellierung einbezogen wurde. Auch die Streichung der Befristung von ATD und RED durch den vorliegenden Gesetzentwurf zeigt in die falsche Richtung, zumal die RED nicht einmal angemessen evaluiert worden ist und sich das BVerfG mit dieser Datei nicht befasst hat.

## II. Zum Gesetzentwurf

Vor diesem Hintergrund möchte ich zu den vorgelegten Novellierungsvorschlägen und gesetzlichen Neuregelungen nachfolgend meine Position im Detail vorstellen. Dabei werde ich mich in meinen Ausführungen vorrangig auf das ATDG konzentrieren, eine entsprechende Übertragung auf das RED-G ist möglich.

### § 1 Abs. 2 ATDG / § 1 Abs. 2 RED-G [Beteiligte Behörden]

Der Regelungsvorschlag soll ein eklatantes Defizit der bisherigen Regelung beseitigen, die davon ausging, dass die Eingriffsbetroffenen nicht einmal wissen konnten, **welche Behörden** an den beiden Verbunddateien beteiligt sind. Der Neuregelungsvorschlag greift die Beanstandungen (Rn. 139 ff.) indes nur hinsichtlich der Form (Rechtsverordnung statt Errichtungsanordnung), nicht aber hinsichtlich des Inhalts auf. So führt das BVerfG in seiner Entscheidung zur ATD (Rn. 143) u.a. aus:

Zwar schließen die Bestimmtheitsanforderungen nicht grundsätzlich aus, dass der Gesetzgeber die abrufberechtigten Behörden einer Datei - je nach deren Art und Gegenstand - nur generell abstrakt festlegt. Wenn der Kreis dieser Behörden sich unmittelbar aus dem Gesetz hinreichend bestimmt erschließen lässt, kann es unschädlich sein, wenn hierbei die konkreten Behörden nicht ausdrücklich genannt sind (...). So liegt es vorliegend jedoch nicht. § 1 Abs. 2 ATDG umschreibt die zu beteiligenden Behörden nur nach weiten und wertungsoffenen Kriterien. Er verweist auf anderweitige Aufgabenzuweisungen sowie auf Gesichtspunkte der Erforderlichkeit und Angemessenheit,



die die Bestimmung der beteiligten Behörden letztlich für allgemeine sicherheitspolitische Opportunitätsabwägungen öffnet.“

Dieses Defizit wird durch den Novellierungsvorschlag nicht aufgehoben, weil der Gesetzgeber weiterhin darauf verzichtet hinreichend normenklar festzulegen, **welche Art von Behörden** neben den in § 1 Abs. 1 bestimmten Behörden an der Datei soll teilnehmen dürfen. Zwar soll dies zukünftig nicht mehr durch geheime Errichtungsanordnung, sondern durch dem Publizitätsgebot unterliegende Rechtsverordnung geschehen. Diese muss jedoch den Anforderungen aus Art. 80 I 2 GG (Bestimmtheit der Verordnungsermächtigung) gehorchen, was hier weiterhin nicht der Fall ist, weil die bisherige Formulierung in Absatz 2, die vom BVerfG beanstandet wurde, einfach beibehalten und nur das Publizitätsdefizit aufgehoben wird.

Mit anderen Worten: Nun wissen zwar die Eingriffsbetroffenen im Falle des Erlasses einer solchen Rechtsverordnung, welche Behörden neben den in § 1 I aufgeführten ebenfalls Teilnehmer der Datei sind; dem Ordnungsgeber selbst wird aber weiterhin **kein hinreichend bestimmter Maßstab durch Gesetz vorgegeben**, welche Behörden er hierzu ermächtigen kann.

Der Regelungsvorschlag entspricht daher nicht den Anforderungen des BVerfG.

### **§ 2 Satz 1 Nr. 1 ATDG [Unterstützer]**

Durch die Änderung des § 2 Satz 1 Nr. 1 bleibt die „Unterstützung der Unterstützer“ als Eintragungsgrund in die ATD erhalten, soweit diese den Anforderungen des neu eingefügten Buchstaben c) entspricht, mithin willentlich in Kenntnis der den Terrorismus unterstützenden Aktivitäten einer Gruppierung geschieht, welche eine Vereinigung unterstützt, die eine terroristische Vereinigung unterstützt, so genannte Unterstützer „zweiten Grades“.

Fraglich ist allerdings, ob die Gesetzesformulierung diese „Vorlage“ des BVerfG (Rn. 149) zutreffend umsetzt wenn das Gericht fordert, dass als Grund für eine Speicherung vorgesehen werden könne, dass „tatsächliche Anhaltspunkte bestehen, dass sie [die Unterstützung, d.U.] sich willentlich als Förderung der den Terrorismus unterstützenden Aktivitäten solcher Gruppierungen darstellt“. § 2 Abs. 1 hingegen verlangt, dass „sich tatsächliche Anhaltspunkte dafür ergeben, dass die Daten sich beziehen auf Personen“, die eine Gruppierung im Sinne von Buchstabe b) unterstützen.



Dies ist ein Unterschied. Beziehen sich in der Formulierung des BVerfG die **tatsächlichen Anhaltspunkte** auf die Person, so beziehen sich diese Anhaltspunkte im Gesetzentwurf (nur) darauf, dass die gespeicherten Daten sich beziehen auf eine Person. Eine Klarstellung erscheint hier notwendig.

### § 2 Satz 1 Nr. 2 ATDG [Schutzziel Leib und Leben]

Auf den klarstellenden Änderungsvorschlag und die Begründung des Bundesrates vom 23. Mai 2014 wird verwiesen; der Formulierung des Gesetzentwurfes fehlt eine Beschränkung auf die Schutzziele „Leib und Leben“. Hier ist eine Präzisierung aus Gründen der Normenklarheit und -bestimmtheit geboten.

Nicht erkennbar ist, weshalb im Rahmen einer Gesetzesnovelle eine vom BVerfG vorgenommene verfassungskonforme Auslegung (Rn. 151) nicht durch eine im Wortlaut eindeutige und verfassungsgemäße Formulierung im Sinne des Vorschlages des Bundesrates übernommen werden soll. Die Idee einer **normenklaren Regelung** wird damit konterkariert, was allein damit begründet wird, dass diese Beschränkung **durch Auslegung** zu ermitteln und in der amtlichen Begründung des Regierungsentwurfs wörtlich enthalten sei (BT-Drs. 18/1565 S. 39). So werden der Eingriffsbetroffene ebenso wie die das Gesetz anwendende Exekutive und auch die Gerichte im Rahmen der Gesetzesanwendung gezwungen, zunächst die Regierungs begründung nicht des Gesetzes, sondern der Novelle zu konsultieren, um die Norm anschließend verfassungskonform auslegen zu können. Es ginge – salopp gesagt – auch einfacher.

Verfassungsrechtlich problematisch in Nr. 2 ist auch die Bezugnahme auf „**rechtswidrig(e) Gewalt**“, wie dies immerhin die Hälfte der Mitglieder des 1. Senats des BVerfG in der Entscheidung ausführlich darlegte (Rn. 153 ff.) und einen Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot und den Grundsatz der Normenklarheit bejahte. Nun entspricht dies selbstverständlich nicht dem Quorum des § 15 Abs. 4 BVerfGG; fraglich ist aber doch, ob der Gesetzgeber hier nicht gut beraten wäre, diese Auffassung aufzugreifen und anlässlich einer ohnehin anstehenden Novelle im Gesetz eine nähere Bestimmung (vgl. den in BVerfG Rn. 156 zitierten Vorschlag) zu treffen. Weshalb dies auch jetzt nicht geschieht, ist schwerlich nachzuvollziehen.

### § 3 Abs. 2 ATDG / RED-G (i.V.m. § 2 Satz 1 Nr. 3 ATDG / RED-G) [Kontaktpersonen]

Für verfassungswidrig erklärte das BVerfG die Regelungen zur Kontaktperson in § 2 Satz 1 Nr. 3 ATDG. Die dort vorgesehene Einbeziehung von Kontaktpersonen sei weder mit dem **Bestimmtheitsgrundsatz** noch mit dem **Übermaßverbot** vereinbar



(Rn. 162 ff.). Für den Betroffenen wird nach Ansicht des Gerichts häufig nicht erkennbar sein, wann tatsächliche Anhaltspunkte dafür bestehen, dass ein anderer Mitglied einer terroristischen Vereinigung ist oder eine solche unterstützt oder rechtswidrige Gewalt als Mittel zur Durchsetzung international ausgerichteter politischer Belange anwendet oder solche Gewaltanwendungen nur unterstützt oder sogar erst in der Zukunft vorbereitet (ATD). Erkennbar muss aber für den Betroffenen sein, unter welchen Voraussetzungen das eigene Verhalten mit dem Risiko eines Eingriffs verbunden ist (s.a. BVerfGE 113, 348 (380 f.)). Angesichts der kaum überschaubaren Reichweite des potentiell erfassten Personenkreises sah das Gericht die Regelung auch als unvereinbar mit dem Übermaßverbot an.

Auch wenn § 2 Satz 1 Nr. 3 RED-G eine weitergehende Beschränkung auf Personen, die den Sicherheitsbehörden aufgrund von Tatsachen als Angehörige der rechtsextremistischen Szene bekannt sind, beinhaltet, ist auch diese problematisch, weil das Tatbestandsmerkmal der „rechtsextremistischen Szene“ ein noch weniger rechtlich geprägtes ist im Vergleich zum Begriff des „internationalen Terrorismus“.

Es findet im ATDG zudem gleichsam eine **„Verdoppelung“ der niedrigen tatbestandlichen Schwelle** statt, wenn tatsächliche Anhaltspunkte genügen um als Kontaktperson zu einer Person angesehen zu werden, die in der ATD gespeichert wird, weil polizeiliche oder nachrichtendienstliche „Erkenntnisse“ tatsächliche Anhaltspunkte sich dafür ergeben, dass diese Daten sich beziehen auf eine Person im Sinne von Nummer 1 Buchstabe a) oder Nummer 2.

Trotz der genannten Bedenken zum ATDG hält es das BVerfG es für prinzipiell nicht ausgeschlossen, auch Kontaktpersonen in die ATD aufzunehmen, soweit die Speicherung weniger Elementardaten Aufschluss „über die als terrorismusnah geltende Hauptperson vermitteln“ könnten und nur verdeckt recherchierbar seien (ebd. Rn. 165). Das Gericht erkennt also selbst an, dass der Begriff der Kontaktperson denkbar weit und unbestimmt ist, um eine Speicherung zu eben dieser Person aber im nächsten Schritt unter bestimmten Kautelen dennoch für zulässig zu erachten, weil hierin ein geringeres Eingriffsgewicht liege. Ob dieses Konzept überzeugt, muss hier dahinstehen; eine **Stigmatisierungswirkung** der Speicherung als so genannte Kontaktperson wird damit nicht ausgeschlossen, zumal die Speicherung sich nicht auf „dolose“ Kontaktpersonen beschränken soll.

Trotz der Beanstandung der Norm will der Gesetzgeber diese unter Bezugnahme auf die vorgenannten Ausführungen des BVerfG unverändert im Gesetz belassen und den „Wink“ des Gerichts aufgreifend, Änderungen nur mit Blick auf die zu speichernden Daten und die Speicherungsart vornehmen. Dabei geht der Gesetz-

entwurf weit über das hinaus, was das BVerfG (Rn. 165) selbst als speicherbare Daten angibt:

„Möglich wäre es insoweit etwa, Kontaktpersonen mit wenigen Elementardaten zu erfassen und diese - entsprechend der derzeitigen Regelung des § 3 Abs. 1 Nr. 1 b oo ATDG - als Information zu der entsprechenden terrorismusnahen Hauptperson nur verdeckt recherchierbar zu speichern.“

Den Begriff der „**wenige(n) Elementardaten**“ erläutert das Gericht nicht; der Hinweis auf eine Recherche „nach dem Namen“ lässt aber sicherlich zweifelhaft erscheinen, dass das Gericht eine Speicherung auch von eigenen und fremden TK-Anschlüssen, Adressen für die elektronische Post und Angaben zur beruflichen Erreichbarkeit im Sinne hatte. Zur Identifizierung einer Person genügen (maximal) die in § 5 PAuswG angegebenen Daten; der Gesetzentwurf geht deutlich über die Hinweise des Gerichts hinaus.

### **§ 3 Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe b ss) ATDG / § 3 Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe b vv) RED-G [Speicherung von Internetseiten]**

Hier wird die vom BVerfG erzwungene Novellierung zur **weiteren Ausweitung der Dateien** genutzt. Für die Änderung des RED-G wird dabei in der Gesetzesbegründung nicht einmal eigenständige Begründung vorgelegt, sondern nur auf die Ausführungen zum ATDG verwiesen.

Das BVerfG hat sich in seiner Entscheidung vom 24. April 2013 mit möglichen Eingriffen in die **Meinungsfreiheit** durch das RED-G nicht zu befassen. In Erweiterung der Speicherung nach Buchstaben qq) und rr) werden hier unter Umständen an die Gesinnung einer Person anknüpfend Daten gespeichert (zu den Grenzen solcher Eingriffe BVerfGE 124, 300 (320 ff.)). Die Vereinbarkeit der gesetzlichen Erweiterung der Befugnisse mit der durch Art. 5 Abs. 1 GG geschützten Meinungsfreiheit wird vom Gesetzgeber aber nicht einmal angesprochen.

### **§ 4 Abs. 3 ATDG / RED-G [Verdeckte Speicherung]**

Mit Blick auf das RED-G konzediert der Gesetzentwurf selbst, dass Maßnahmen nach den aufgeführten Normen des BKAG sich kaum gegen Personen richten werden, die von diesem Gesetz erfasst werden. Dies gilt ebenso für Maßnahmen nach dem ZfDG und es fragt sich ob die Norm – die zweifelsohne als Schutznorm gedacht ist – nicht auch als falsches Signal zur Anwendbarkeit besonders eingriffsintensiver Maßnahmen im Anwendungsbereich des RED-G missverstanden werden kann.



Fraglich erscheint, wie eine nach Satz 2 zulässige Abgrenzung von Daten im Sinne des Satz 1 und anderen Daten, die der Regelung nicht unterfallen, praktisch erfolgen soll. Was passiert, wenn Daten durch Maßnahmen i.S.v. Satz 1 erhoben wurden und sodann diese als **Spurenansätze** für weitere Maßnahmen dienen (die Entscheidung des BVerfG NJW 2005, 2766, bezog sich nur auf § 161 Abs. 2 StPO). Sollen die Ergebnisse dieser **Anschlussmaßnahmen** dann nach Satz 2 aus dem Regime des § 4 Abs. 3 Satz 1 herausfallen?

Redaktionell wäre hier im Übrigen in Satz 2 letzter Hs. auf Absatz 1 Satz 1 zu verweisen, nicht auf Satz 1 des Absatzes 3.

#### **§ 5 Abs. 2 ATDG / RED-G [Eilfall]**

Das BVerfG hat die Regelungen zum Eilfall trotz ihres vom Gericht attestierten besonders schweren Eingriffsgewichts (Rn. 202) und der Notwendigkeit einer verfassungskonformen Auslegung (vgl. Rn. 204) als solche nicht beanstandet, nicht zuletzt mit Bezug auf deren bisher seltene Nutzung. Die laut Evaluierungsbericht bisher bestehende **Behördenpraxis** stellt jedoch **keinen wirksamen rechtlichen Schutzmechanismus** dar; zudem belegt diese, dass die erforderlichen Übermittlungen auch auf dem fachgesetzlich möglichen Übermittlungswege möglich sind. Das in der Gegenäußerung der Bundesregierung (BT-Drs. 18/1565 S. 27) angeführte Beispiel belegt die Notwendigkeit der Eilfallregelung im Ergebnis ebenfalls nicht. Daher sollte die Regelung entsprechend dem Vorschlag des Bundesrates gestrichen werden.

#### **§ 6a ATDG / Änderungen § 7 RED-G [erweiterte Nutzung]**

Nachfolgend beschränke ich mich aus Gründen der Übersichtlichkeit auf Ausführungen zu § 6a ATDG; diese sind entsprechend auf die vorgeschlagenen Änderungen des § 7 RED-G übertragbar.

In seiner Entscheidung vom 24. April 2013 hat sich das BVerfG nicht mit der Einrichtung einer so genannten erweiterten Nutzung i.S.v. § 6a ATDG befasst, weil diese bisher nur in § 7 RED-G vorgesehen waren. Die Neuregelung folgt mithin hier nicht aus Gründen der Anpassung an die verfassungsrechtlichen Anforderungen, sondern dient allein einer **erheblichen Befugnisausweitung**, die – anders als seinerzeit bei Einführung des RED-G und der dort in § 7 geregelten Dateinutzung – nicht mit konkreten Problemen in der Zusammenarbeit von Polizei und Nachrichtendiensten begründet wird (vgl. BT-Drs. 17/8672 S. 19), sondern allein mit Wünschen der vorgeannten Behörden. Auch unter Berücksichtigung eines weitgehenden Ermessens



des Gesetzgebers ist dies mit Blick auf die erhebliche Intensivierung des Eingriffs gegenüber der sonstigen Nutzung der ATD nur schwerlich als hinreichende Begründung der Erforderlichkeit der Neuregelung zu sehen.

Die so genannte erweiterte Nutzung macht die gesamte Verbunddatei, die stets als Indexdatei bezeichnet wird, macht *de facto* diese zur **Projektdatei** für die nutzende Behörde. An der Notwendigkeit und an der Ausgestaltung dieser Nutzung nach dem RED-G wurden seinerzeit im Gesetzgebungsverfahren zum Teil erhebliche Zweifel angemeldet (vgl. nur BfDI BT-Innenausschuss, A-Drs. 17(4)460 E S. 17 f.; *Poscher*, ebd. 17(4)460 D S. 11 f.; *Roggan*, ebd. 17(4)460 C S. 7). Der BfDI verwies zur Kritik insbesondere darauf, dass seit dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Errichtung gemeinsamer Dateien von Polizeibehörden und Nachrichtendiensten des Bundes und der Länder (Gemeinsame-Dateien-Gesetz) vom 22.12.2006 die Befugnis zur Errichtung zeitlich befristeter gemeinsamer Projektdateien ohnehin bereits bestehe (Artikel 2 bis 4 Gemeinsame-Dateien-Gesetz), also nicht nochmals gesondert geregelt werden müsse. Eine Evaluierung der so genannten erweiterten Nutzung, welche entsprechend der Legaldefinition in Absatz 2 gleichsam die gesamte Verbunddatei zur Projektdatei macht, und der Häufigkeit einer solchen Nutzung nach dem RED-G hat bisher nicht stattgefunden.

Zur Wahrung der Verfassungsmäßigkeit einer derart projektbezogenen Zusammenarbeit zwischen Polizei und Nachrichtendiensten hat der Gesetzgeber im Gemeinsame-Dateien-Gesetz festgelegt, dass für die Eingabe personenbezogener Daten in Projektdateien die jeweiligen **Übermittlungsvorschriften** zugunsten der an der Zusammenarbeit beteiligten Behörden in **entsprechend Anwendung** gelten, mit der Maßgabe, dass die Eingabe eines personenbezogenen Datums nur zulässig ist, wenn die Daten allen an der projektbezogenen Zusammenarbeit teilnehmenden Behörden übermittelt werden dürfen (vgl. BT-Drucksache 16/2950 S. 23). Die erweiterte Nutzung nach § 6a (und nach § 7 RED-G) stellt einen **erheblichen Grundrechtseingriff** dar, weil bestehende Hürden der informationellen Zusammenarbeit hier noch weiter abgesenkt werden als sonst im ATDG oder RED-G. Obwohl Nachrichtendienste alle von Polizeibehörden eingegebenen Daten in der ATD umfassend recherchieren können und umgekehrt, enthält das Gesetz keine den § 22a Abs. 2 S. 1 BVerfSchG und § 9a Abs. 2 S. 1 BKAG vergleichbaren Beschränkungen als Ausfluss des informationellen Trennungsprinzips. Dies ist mit Blick auf das **Übermaßverbot** nicht akzeptabel.

Ebenfalls mit dem Übermaßverbot nicht vereinbar ist die nähere Ausgestaltung in § 6a Abs. 1 Satz 1. Danach dürfen alle beteiligten Behörden und mithin auch die Nachrichtendienste „zur Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben“ die in der ATD



gespeicherten Daten „erweitert“ nutzen. Sodann erfolgt eine weitere Eingrenzung mit Blick auf bestimmte **Gefahren** oder die Verfolgung von **Straftaten** oder Projekte zur Verhinderung von Straftaten sowie die Maßgabe, dass die Nutzung erforderlich sein muss, um weitere Zusammenhänge des Einzelfalls aufzuklären. Hier ist nicht erkennbar, welche **gesetzlichen Aufgaben der Nachrichtendienste** überhaupt berührt sein könnten, weil es sich bei der weiteren Spezifizierung in Satz 1 ausschließlich um Aufgaben der Abwehr konkreter Gefahren und der Verhütung von Straftaten einerseits oder der Verfolgung von Straftaten andererseits handelt. Nach Auffassung des BVerfG ist der operative Bereich allein die Domäne der Polizeibehörden:

„Unbeschadet näherer Differenzierungen zwischen den verschiedenen Diensten beschränkt sie [die Aufklärung durch die Nachrichtendienste, d.U.] sich im Wesentlichen darauf fundamentale Gefährdungen, die das Gemeinwesen als Ganzes destabilisieren können, zu beobachten und hierüber zu berichten, um eine politische Einschätzung der Sicherheitslage zu ermöglichen. Ziel ist nicht die operative Gefahrenabwehr, sondern die politische Information. So ist Aufgabe der Tätigkeit des Bundesnachrichtendienstes nicht die Bekämpfung von Straftaten als solchen, sondern übergreifend die Gewinnung von Erkenntnissen über das Ausland, die von außen- und sicherheitspolitischer Bedeutung für die Bundesrepublik Deutschland sind. In Form von Lageberichten, Analysen und Berichten über Einzelerkenntnisse soll die Bundesregierung in den Stand gesetzt werden, Gefahrenlagen rechtzeitig zu erkennen und ihnen – politisch – zu begegnen (...). Entsprechend zielt auch die Aufklärung der Verfassungsschutzbehörden nicht unmittelbar auf die Verhütung und Verhinderung von konkreten Straftaten oder die Vorbereitung entsprechender operativer Maßnahmen. Auch hier beschränkt sich die Aufgabe der Dienste auf eine Berichtspflicht gegenüber den politisch verantwortlichen Staatsorganen beziehungsweise der Öffentlichkeit (...>). (BVerfG 24. April 2013 Rn. 118)

Auch die Gesetzesbegründung (S. 19) verweist ausdrücklich nur auf operative Aufgaben wenn es dort heißt, es solle sichergestellt werden, dass eine erweiterte Datennutzung nur dann möglich ist, wenn „es um ‚greifbare‘ Gefahren für Leib, Leben oder Freiheit von Personen geht“ (...)“ und „das Projekt sich auf konkrete Straftaten, Täter oder Gruppierungen beziehen muss“. All dies kann nicht als „gesetzliche Aufgabe“ (Absatz 1 Satz 1) der **Nachrichtendienste** angesehen werden, deren Einbeziehung hier mithin verfassungsrechtliche unzulässig ist, weil das informationelle Trennungsprinzip nicht nur im Einzelfall auf Grundlage der fachgesetzlichen Übermittlungsvorschriften durchbrochen wird.



Nicht nachvollziehbar ist die Regelung auch mit Blick auf die **Zielrichtung** der so genannten erweiterten Nutzung und deren Zulässigkeit. Nach Absatz 1 ist die erweiterte Nutzung zulässig nicht nur zur Abwehr von Gefahren für hochrangige Rechtsgüter, sondern auch zur Verfolgung von Straftaten. Unter Rekurs auf die Ausführungen des BVerfG vom 24. April 2013 (Rn. 203) zu den verfassungsrechtlichen Grenzen einer Nutzung im Eilfall, wird diese Ausgestaltung in der Gesetzesbegründung (S. 19) als im Vergleich zur Einfallregelung deutlich enger gefasste Tatbestandsvoraussetzungen bezeichnet. Mit den genannten Ausführungen des BVerfG ist dies nur schwerlich in Einklang zu bringen. Danach hält das **BVerfG** eine Nutzung im **Eilfall** nach § 5 Abs. 2 nur für zulässig im Falle einer **gegenwärtigen Gefahr** für hochrangige Rechtsgüter, nicht aber in den in § 6a ATDG / § 7 RED-G genannten Fällen. Gefordert ist also – im Rahmen der üblichen polizeirechtlichen Begrifflichkeiten – anders als in § 6a nicht nur eine konkrete Gefahr sondern eine gegenwärtige. Überdies ist von der Zulässigkeit einer Nutzung zur **Strafverfolgung** in der Entscheidung des BVerfG nicht die Rede, weshalb die Bezugnahme hierauf in der Gesetzesbegründung falsch ist.

Kritisch anzumerken ist auch, dass der Begriff der „**Verhinderung**“ von Straftaten aus polizeirechtlicher Sicht unpräzise ist und von dem sonst gängigen Begriff der „Verhütung“ von Straftaten (in Abgrenzung von deren Verfolgung) abweicht (vgl. *Kugelman*, Anhörung RED-G, BT-Innenausschuss, A-Drs. 17(4)460 H, S. 2), ohne das dem Gesetzentwurf zu entnehmen wäre, ob eine Abweichung beabsichtigt ist oder nicht.

Der Gesetzentwurf gestattet – wie soeben dargestellt – einen Zugriff auf alle Daten im Sinne des § 3 (Grunddaten und erweiterte Grunddaten) auch im Wege der **Inverssuche** für eine Vielzahl von gesetzlichen Zwecken, die weit über die des § 5 Abs. 2 hinausgehen. Mit Blick auf die bei der so genannten erweiterten Datennutzung mögliche Inverssuche in den erweiterten Grunddaten, die angesichts ihrer Weite sonst nicht direkt zugänglich sind, ist zudem hervorzuheben, dass das BVerfG in seiner Entscheidung zur ATDG (Rn. 198 – 200) diese grundsätzlich für mit dem **Übermaßverbot** nicht vereinbar erklärt hat. Eine Ausnahme hat das Gericht nur zur Abwehr **gegenwärtiger Gefahren** im Rahmen des § 5 für zulässig erachtet. Wenn der Gesetzgeber anordne, in solcherart weitem Umfang Daten in die Datei einzustellen, dürften diese im Rahmen der Informationsanbahnung nur zur Ermöglichung eines Fundstellennachweises genutzt werden. Dementsprechend müsse eine Nutzungsregelung so ausgestaltet sein, dass dann, wenn sich eine Recherche auch auf erweiterte Grunddaten erstreckt, nur das Aktenzeichen und die informationsführende Behörde angezeigt würden, nicht aber auch die korrespondierenden einfachen Grunddaten. § 6a ist mithin auch mit Blick auf die Ausführungen des BVerfG



zum unmittelbaren Zugriff auf erweiterte Grunddaten und die Möglichkeit der Inversuche jenseits des Eilfalls mit dem Übermaßverbot nicht vereinbar.

Soweit die Gesetzesbegründung (S. 19) darauf verweist, die Weite des § 6a werde durch die Möglichkeit der „Begrenzungen“ im „**Genehmigungsverfahren**“ kompensiert, ist bereits fraglich, welches „Verfahren“ hiermit gemeint sein soll: das Anordnungsverfahren nach Absatz 4 oder das Zustimmungsverfahren nach Absatz 5? Soweit dabei in der Begründung ausschließlich auf eine Anordnung durch das zuständige Bundesministerium verwiesen, stimmt dies zudem mit dem Gesetzeswortlaut nicht überein, der deutlich weiter ist.

Das so genannte **Anordnungsverfahren** kann schwerlich als Kompensation der überschießenden Weite der Norm angesehen werden, weil diese „Kompensation“ durch die Regelungen in Absatz 4 innerhalb der Exekutive verbleibt und der Gesetzgeber mangelnde Normenklarheit und -bestimmtheit nicht durch eine kaum kontrollierbare **exekutive Entscheidung** kompensieren kann (vgl. BVerfG 24.04.2013 Rn. 181). Dies ist mit dem **Bestimmtheitsgebot** nicht vereinbar, das sicherstellen soll, dass der demokratisch legitimierte Parlamentsgesetzgeber die wesentlichen Entscheidungen über Grundrechtseingriffe und deren Reichweite selbst trifft, dass Regierung und Verwaltung im Gesetz steuernde und begrenzende Handlungsmaßstäbe vorfinden und dass die Gerichte eine wirksame Rechtskontrolle durchführen können. Ferner erlauben die Bestimmtheit und Klarheit der Norm, dass der betroffene Bürger sich auf mögliche belastende Maßnahmen einstellen kann. Daher hat der Gesetzgeber selbst Anlass, Zweck und Grenzen des Eingriffs hinreichend bereichsspezifisch, präzise und normenklar festzulegen (BVerfGE 120, 378 (408)), was hier ausweislich der Gesetzesbegründung(S. 19) selbst nicht geschieht und daher kompensiert werden soll.

Zeitlich nicht ausreichend ist auch die **Aufbewahrungsfrist** in Absatz 4 letzter Satz, zum einen aus Gründen der datenschutzrechtlichen Kontrollen, insbesondere aber mit Blick auf die gerichtliche **Kontrolle nach Art. 19 Abs. 4 GG**. Die Bestimmung, Antrag und Anordnung seien „mindestens“ für die Dauer der projektbezogenen Nutzung vorzuhalten, gestattet zudem eine Vernichtung unmittelbar nach Abschluss einer solchen Maßnahme, wenn diese länger als zwei Jahre andauert, womit eine (nachträgliche) **datenschutzrechtliche Kontrolle** unterminiert wird. Die vom BVerfG in seiner Entscheidung vom 24. April 2013 (Rn. 214 ff.) geforderte Verbesserung der datenschutzrechtlichen Kontrolle als (einzigem) Mechanismus des Schutzes des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung wird damit konterkariert.

Hinsichtlich des Absatzes 5 bestehen deutliche Zweifel an der **Geeignetheit des Verfahrens**. Der Gesetzentwurf erläutert nicht, weshalb hier eine mit Blick auf die Tä-



tigkeit der beteiligten Polizeibehörden eher „sachfremde“ Kontrollinstanz einbezogen werden soll. Die Kontrolle durch die **G 10-Kommission** überschneidet sich auch inhaltlich nur teilweise mit deren eigentlichen Aufgaben und Erfahrungen mit Bezug auf Eingriffe in Art. 10 GG, die zudem nur einen Teil der Einträge in die ATD ausmachen. All dies wirft – bei allem Respekt vor der Kommission – Zweifel an diesem neu eingerichteten Kontrollregime auf. Eine personelle Aufstockung der Kommission ist im Gesetzentwurf hierfür nicht vorgesehen.

Im Ergebnis sind mithin die Regelungen in § 6a ATDG und auch § 7 RED-G verfassungsrechtlich nicht akzeptabel.

### **§ 10 ATDG/§ 11 RED-G (Datenschutzrechtliche Kontrolle und G 10-Kommission)**

Die vorgeschlagene Neuregelung in § 10 Abs. 1 beabsichtigt eine Kontrolle der von den Landesbehörden (nicht „den Ländern“) eingegebenen Daten, soweit „Landesbehörden“ nach § 8 Abs. 1 ATDG/§ 9 Abs. 1 RED-G die datenschutzrechtliche Verantwortung tragen; dies sollte klargestellt werden.

Soweit Absatz 1 Satz 3 den BfDI adressiert ist unklar, was genau gemeint ist. Das BVerfG führt hierzu Entscheidung vom 24. April 2013 (Rn. 216) aus:

„Allerdings entspricht es der Antiterrordatei als Verbunddatei, dass es den Datenschutzbeauftragten gestattet sein muss, zusammenzuarbeiten und sich etwa im Wege der Amtshilfe durch Delegation oder Ermächtigung bei der Wahrnehmung ihrer Befugnisse gegenseitig zu unterstützen.“

Mit Blick auf den Wortlaut des Gesetzes erscheint mehr als zweifelhaft, ob die vorgeschlagene Regelung diesen Anforderungen des BVerfG zur Zusammenarbeit und Abgrenzung der **Kontrolle** durch die **Datenschutzbehörden** von Bund und Ländern genügt.

Insbesondere aber fehlt jegliche Regelung oder auch nur Hinweis in der Gesetzesbegründung zur Ausgestaltung der Zusammenarbeit mit und Abgrenzung von der durch Absatz 5 nunmehr ebenfalls einbezogenen **G 10-Kommission**. Im Anschluss an die soeben zitierten Ausführungen hält das BVerfG weiter fest:

„Ebenfalls ist zu gewährleisten, dass im Zusammenspiel der verschiedenen Aufsichtsinstanzen auch eine Kontrolle der durch Maßnahmen nach dem Artikel 10-Gesetz gewonnenen Daten - die in einer Datei, welche maßgeblich auch vom Bundesnachrichtendienst befüllt wird, besondere Bedeutung haben - praktisch wirksam sichergestellt



ist. Wenn der Gesetzgeber eine informationelle Kooperation der Sicherheitsbehörden vorsieht, muss er auch die kontrollierende Kooperation zugunsten des Datenschutzes ermöglichen.“

Die vorgeschlagene Regelung lässt indes keine Maßgaben erkennen, wie diese „**kontrollierende Kooperation**“ von Datenschutzbehörden und G 10-Kommission ausgestaltet werden soll.

Hinzu kommt, dass das BVerfG ausdrücklich auf die Befüllung der Datei durch den **Bundesnachrichtendienst** hinweist, welcher häufigster Datenbesitzer in der ATD ist (vgl. Evaluationsbericht Ziff. 3.3.1.3 und Abbildung 11). Diese Daten haben ihre Herkunft allerdings zumeist nicht in einer Überwachung im Sinne des G 10-Gesetzes, sondern stammen zu nicht geringen Teilen aus dem **Ausland** (ebd.). Ob diese Daten fremder Dienste einer ausreichenden Kontrolle in Deutschland unterliegen und daher einer Nutzung im Rahmen einer so genannten „erweiterten Dateinutzung“ durch die Polizeibehörden zugänglich sein sollten, erscheint zumindest fraglich und sollte genauer evaluiert werden, bevor dies gesetzlich zugelassen wird.

Hinzu kommen Bedenken hinsichtlich des Regelungsregimes für die **beteiligten Landesbehörden**. Der Gesetzentwurf macht keine Angaben, welche Länder derzeit die Anforderungen des Absatzes 5 letzter Satz erfüllen. Fraglich ist auch, ob eine Übermittlung von Erkenntnissen aus einer „erweiterten“ Dateinutzung bspw. seitens des BKA oder einer beteiligten Landespolizeibehörde an ein Land, welches diese Anforderungen nicht erfüllt, zulässig sein soll; § 10 Abs. 1 BKAG steht dem zum Beispiel nicht entgegen. Ebenso ist nicht erkennbar, dass eine Einspeisung dieser Erkenntnisse seitens der das Projekt durchführenden Behörde in die ATD unzulässig wäre, womit faktisch die Beschränkungen des letzten Satzes aufgehoben wären. Dies alles ist in Absatz 5 nicht ausreichend berücksichtigt.

### **Mangelnder Rechtsschutz**

Last but not least ist darauf hinzuweisen, dass der Verweis auf die Kontrolle durch die G 10-Kommission die im Urteil des BVerfG vom 24. April 2013 (Rn. 222; s.a. Rn. 213 zur hierfür erforderlichen Benachrichtigung) als zulässig angesehene Beschränkung der Rechte der Eingriffsbetroffenen auf **gerichtliche Kontrolle** staatlichen Handelns nach Art. 19 Abs. 4 GG *de facto* weiter verstärkt; dies ist kein guter Ansatz in einem Rechtsstaat.

### III. Schlussbemerkung

Insgesamt beinhaltet der Gesetzentwurf eine Reihe von verfassungsrechtlichen Problemen, die aus meiner Sicht dringend eine Überarbeitung angeraten sein lassen. Eine Einführung neuer Befugnisse und Ausweitung bestehender Befugnisse lässt sich mit Blick auf die Entscheidung des BVerfG vom 24. April 2014 sicherlich nicht als zwingend ansehen und deren Notwendigkeit ist empirisch nicht belegt. Eine Überprüfung weiterer Normen, insbesondere der fachgesetzlichen Übermittlungsnormen wie bspw. § 19 BVerfSchG im Lichte der Entscheidung erscheint dringend angeraten.

Berlin, den 16. September 2014

gez. Prof. Dr. Clemens Arzt