

zit noch im Wege der Auslegung tragfähige Begründungen finden lassen.

Darüber hinaus muss dem Postulat der Rechtssicherheit folgend jedermann vorhersehen können, welches Verhalten verboten und mit Strafe oder Geldbuße bedroht ist⁴⁴. Einzelne Gesetzgeber haben sich mit der Problematik der Rechtssicherheit durchaus befasst, wie die verschiedentlich angestellten Erwägungen zur Verwaltungsakzessorietät belegen⁴⁵. Im Gegensatz zu den in diesem Zusammenhang üblichen Fallgestaltungen, die sich mit der hinreichenden Klarheit von Gesetzen befassen, eröffnet sich im vorliegenden Fall aber eine weitere, anders gelagerte Dimension des Grundsatzes der Rechtssicherheit, die durchaus nicht bloß theoretische Frage nämlich, ob es dem juristischen Laien, der sein Grundrecht auf Versammlungsfreiheit über Ländergrenzen hinweg in Anspruch nehmen will, möglich ist, sich die hier diskutierte divergente Rechtslage in zumutbarer Weise hinreichend transparent zu machen⁴⁶. Die Vermutung, dass hinreichende Handlungssicherheit für einen juristischen Laien kaum gewonnen werden kann, liegt so nahe, dass ein Verstoß gegen das Gebot der Rechtssicherheit wahrscheinlich ist⁴⁷.

Schließlich kann hier möglicherweise auch der Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung⁴⁸ fruchtbar gemacht werden, der innerhalb der Rechtsordnung eine harmonische Ausgestaltung und damit die Widerspruchsfreiheit der Rechtsgedanken gebietet⁴⁹. Der Verweis auf die eigenständige Gesetzgebungskompetenz der Länder vermag daran nichts zu ändern, da das Prinzip der Einheit der Rechtsordnung letztlich auf die Verfassung zurückzuführen ist und von dort aus auf den gesamten Stufenbau der Rechtsordnung ausstrahlt⁵⁰. Als widersprüchlich in diesem Sinne wird eine denselben Grund Sachverhalt unterschiedlich sanktionierende Normenlandschaft immer dann zu bezeichnen sein, wenn sich für diese Unterschiede keine sachlich vertretbare Rechtfertigung finden lässt. Selbst unter Berücksichtigung des Umstandes, dass das Rechtsstaatsprinzip bei reinen Wertungswidersprüchen nicht in gleicher Weise gefordert ist wie bei echten Normwidersprüchen⁵¹, verbleibt zu kritisieren, dass weder die Normen selbst noch die auf sie anzuwendenden Auslegungsregeln einschließlich der Berücksichtigung der Normengense zu erhehlen vermögen, von welchen Überlegungen der Landesgesetzgeber die Entscheidung für die jeweilige Rechtsetzung getragen war; eine Auflösung der legislativen Diskrepanzen ist damit nicht möglich, so dass angesichts der Bedeutung der Widersprüche ein Verstoß gegen die Einheit der Rechtsordnung geltend gemacht werden kann.

Schließlich ist in diesem Zusammenhang darauf aufmerksam zu machen, dass die in Rede stehende Problematik auch eine analoge Anwendung des im europäischen Verfassungsrecht verankerten Kohärenzprinzips nahelegt, mit dem in EU-rechtlicher Hinsicht auf Unions- wie auf nationaler Ebene eine widerspruchsfreie und konsistente Rechtsgestaltung sichergestellt werden soll⁵².

V. Ergebnis

Die derzeit geltenden Versammlungsgesetze sanktionieren die Vermummung bei oder auf dem Weg zu Versammlungen in uneinheitlicher Weise; dies stellt nach dem oben Gesagten eine Überschreitung der Grenzen legislativer Souveränität der Landesgesetzgeber dar. Letztgenannte sollten sich daher verpflichtet sehen, die erforderliche gesetzliche Harmonisierung zeitnah vorzunehmen und dabei nicht nur die hier diskutierten Sanktionsnormen in den Blick zu nehmen, sondern diese auch als Indiz für die Prüfung einer Angleichung der versammlungsrechtlichen Landesnormen insgesamt zu betrachten. An qualifizierten Entwürfen mangelt es nicht. ■

44 BVerfGE 75, 329 (341) = NJW 1987, 3175; BVerfGE 87, 209 (224) = NJW 1993, 1457 (1458) = NVwZ 1993, 663 L; BVerfGE 92, 1 (12) = NJW 1995, 1141 = NVwZ 1995, 576 L; Jarass, in: Jarass/Pieroth (o. Fußn. 36), Art. 20 Rdnrn. 57, 63.

45 Zum NdsVersG (o. Fußn. 9) s. LT-Dr 16/2913, S. 22; auch der ME VersG (o. Fußn. 14), S. 79 und 117, verweist diesbezüglich ausdrücklich auf Erwägungen der hinreichenden Bestimmtheit und damit der Rechtssicherheit.

46 Vgl. auch BVerfGE 122, 342 (364 ff.) = NVwZ 2009, 441 (444) = NJW 2009, 1481 L, mit strengen Anforderungen an die Erkennbarkeit sanktionierter Pflichten für jedermann.

47 Um die Frage von Kontinuität und Vertrauensschutz (vgl. hierzu Maurer, in: Isensee/Kirchhof, Hdb. d. StaatsR III, 1988, § 60 Rdnrn. 42 ff.) hingegen geht es in diesem Zusammenhang nicht.

48 Hierzu allg. Engisch, Einheit der Rechtsordnung, 1935, S. 46 und 58; Felix, Einheit der Rechtsordnung, 1998, S. 367 ff.

49 BVerfGE 98, 83 (97 ff.) = NJW 1998, 2346 (2347) = NVwZ 1998, 947 L; BVerfGE 98, 106 (118 ff.) = NJW 1998, 2341 (2342) = NVwZ 1998, 947 L; BVerfGE 98, 265 (301) = NJW 1999, 841 (843); Frenz, DÖV 1999, 41 (44); Sodan, JZ 1999, 864; Kloepfer/Bröcker, DÖV 2001, 1, 8; Degenhart, in: Sachs (o. Fußn. 28), Art. 70 Rdnr. 68; Sommermann, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG II, 6. Aufl. (2010), Art. 20 Rdnr. 298 Fußn. 242.

50 Ermuschat, DVBl 2004, 986 (989); Röhl, Allg. Rechtslehre, 3. Aufl. (2008), S. 451.

51 Bumke, ZG 1999, 377 (378, 381 f.).

52 Vgl. Satzger, ZRP 2010, 137 (140); Peifer, Bessere Rechtsetzung als Leitbild europäischer Gesetzgebung, 2011, S. 61 f.; Rütters/Fischer/Birk, Rechtstheorie, 6. Aufl. (2011), Rdnr. 147 a; Lippert, EuR 2012, 90; Frenz, EuR 2012, 344. Allg. zum normativen Begriff der Kohärenz Günther, Rechtstheorie 20 (1989), 163 ff.

Zur Rechtsprechung

Professor Dr. Clemens Arzt*

Antiterrordatei verfassungsgemäß – Trennungsgebot tot?

I. Einleitung

Mehr als sechs Jahre nach Inkrafttreten des Antiterrordatei-gesetzes (ATDG) vom 22. 12. 2006 sah das BVerfG am 24. 4. 2013 die Zeit für eine Entscheidung über die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der gemeinsam von Polizei und Nachrichtendiensten betriebenen Antiterrordatei (ATD) gekommen. Das Gericht erklärte das Gesetz für grundsätzlich

mit der Verfassung vereinbar, beanstandete einige Regelungen und forderte Nachbesserungen insbesondere organisato-

* Der Autor ist Professor für Staats- und Verwaltungsrecht an der Hochschule für Wirtschaft und Recht (HWR) Berlin. Für wertvolle Kritik an einer früheren Fassung danke ich Professor R. Will und Michael Plöse, Berlin. – Zugleich Besprechung von BVerfG, Urt. v. 24. 4. 2013 – 1 BvR 1215/07, NJW 2013, 1499 = NVwZ 2013, 1335 L (in diesem Heft).

rischer Natur. Der folgende Beitrag stellt die tragenden Elemente der Entscheidung kurz vor und unterzieht diese einer ersten kritischen Würdigung. Viele Fragen bedürfen noch der Vertiefung, so etwa die Gesetzgebungskompetenz und die Durchbrechung der systematischen Differenzierung¹ der in Art. 73 Nr. 10 lit. a und b genannten Aufgaben durch eine gemeinsame Datei unterschiedlicher Zentralstellen in Form der ATD.

II. Vorgeschichte und Regelungsabsicht

Im Gefolge der Anschläge vom 11. 9. 2001 wurde eine Vielzahl gesetzlicher Neuregelungen zur Abwehr des „internationalen Terrorismus“ erlassen. In diese Agenda reiht sich das als Art. 1 des Gesetzes vom 22. 12. 2006 zur Errichtung gemeinsamer Dateien von Polizeibehörden und Nachrichtendiensten des Bundes und der Länder (Gemeinsame-Dateien-Gesetz)² erlassene ATDG ein, das zum 31. 12. 2006 in Kraft trat. Zur Notwendigkeit der ATD wurde seitens der Bundesregierung auf die anhaltend hohe Bedrohung durch den internationalen Terrorismus verwiesen. Zwar enthalte das geltende Recht eine Vielzahl von Vorschriften zur Übermittlung personenbezogener Daten zwischen Polizeien und Nachrichtendiensten untereinander wie auch Regelungen zur Zulässigkeit von Verbunddateien der Polizeien und der Verfassungsschutzbehörden. Es fehlten aber gemeinsame Dateien, an denen Polizeibehörden und Nachrichtendienste gleichermaßen beteiligt seien. Hiermit sollte der Informationsaustausch im Bereich der Bekämpfung des internationalen Terrorismus intensiviert und beschleunigt werden.

Ob dies gelungen ist, sollte der Evaluierungsbericht³ klären, den die Bundesregierung mit erheblicher Verspätung im März 2013 vorlegte.

Nicht erkennbar ist allerdings, dass das BVerfG dessen Ergebnisse in seiner Entscheidung noch berücksichtigt hätte. Nach dem Evaluierungsbericht sind seit Einrichtung der ATD regelmäßig ca. 18 000 Personen erfasst. Rund 46 % der Daten in der ATD stammen vom BND, rund 31 % vom Bundeskriminalamt und den Landeskriminalämtern und weitere rund 21 % von den Verfassungsschutzbehörden des Bundes und der Länder. Von August 2007 bis August 2011 seien rund 300 000 Suchanfragen in der ATD durchgeführt worden, die zu ca. 1,4 Mio. Treffern geführt hätten. Die Zahl der wöchentlichen Suchanfragen lag zu Beginn dieses Zeitraums bei rund 1000 Anfragen je Woche, später mit rund 1300 je Woche deutlich darüber. Insgesamt rund 79 % der Suchanfragen finden seitens des BKA und der Landeskriminalämter statt⁴.

Das ATDG diene auch als „Muster“ für die durch Art. 1 des Gesetzes zur Verbesserung der Bekämpfung des Rechtsextremismus vom 22. 8. 2012 (RED-G) eingerichtete Rechtsextremismus-Datei. Auch das RED-G wird daher mit Blick auf die Entscheidung des BVerfG zu novellieren sein.

III. Informationelles Trennungsprinzip oder Trennungsgebot?

Zentrale verfassungsrechtliche Problematik der Entscheidung ist die Zusammenarbeit von Polizei und Nachrichtendiensten. In der Literatur sind Geltung, Reichweite und rechtliche Verankerung einer Trennung von Polizei und Nachrichtendiensten als Konsequenz aus den Erfahrungen mit der Verschmelzung von Polizei und Geheimdiensten im Nationalsozialismus seit Jahrzehnten umstritten. Die Positionen reichen von der verfassungsrechtlichen Begründung eines Trennungsgebots bis zur Verankerung im einfachgesetzlichen Bereich und ma-

teriell von einem strikten Trennungsgebot über relativierende Positionen in Einzelfragen bis hin zur vollständigen Verneinung eines Trennungsgebots. Vergleichsweise wenig umstritten ist im Ergebnis aber die Notwendigkeit einer Trennung von Polizei und Nachrichtendiensten in organisatorischer, funktionaler und informationeller Hinsicht. Nach wohl herrschender Meinung schließt dies jedoch eine Zusammenarbeit von Polizeien und Nachrichtendiensten nicht grundsätzlich aus⁵.

Nachdem das BVerfG sich in früheren Entscheidungen⁶ zum Bestehen eines Trennungsgebots nicht abschließend geäußert hat, hätte die ATD mit Blick auf ihren einzigartigen Charakter durch die Zusammenführung von Daten von Polizei und Nachrichtendiensten in einer gemeinsamen Datei mehr als hinreichenden Anlass dazu gegeben. Ohne indes die jahrzehntelangen Diskussionen oder auch nur den Begriff des Trennungsgebots zu erwähnen, scheint das Gericht diesem implizit eine Absage⁷ zu erteilen und an dessen Stelle ein „informationelles Trennungsprinzip“ zu setzen. Unter Rekurs auf das Recht auf informationelle Selbstbestimmung und den datenschutzrechtlichen Zweckbindungsgrundsatz wird hervorgehoben, dass grundsätzlich Daten zwischen den Nachrichtendiensten und Polizeibehörden nicht ausgetauscht werden dürften; Einschränkungen der Datentrennung seien aber ausnahmsweise zulässig⁸. Dies schließe die Gestattung von Zweckänderungen durch den Gesetzgeber nicht aus, wenn Gemeinwohlbelange die grundrechtlich geschützten Interessen überwögen. Ausgeschlossen sei eine Zweckänderung allein dann, wenn mit ihr grundrechtsbezogene Beschränkungen des Einsatzes bestimmter Ermittlungsmethoden umgangen würden, also die Informationen für den geänderten Zweck selbst auf entsprechender gesetzlicher Grundlage nicht oder nicht in dieser Art und Weise hätten erhoben werden dürfen⁹, also ein hypothetischer Ersatzeingriff zulässig wäre¹⁰. Soweit Zweckänderungen zur operativen Aufgabenwahrnehmung (wozu das Gericht offenbar nur polizeiliche Maßnahmen zählt) erfolgten, begründe dies einen besonders schweren Grundrechtseingriff. Der Austausch von Daten zwischen Nachrichtendiensten und Polizeibehörden zu diesem Zweck müsse deshalb grundsätzlich einem herausragenden öffentlichen Interesse dienen, das den Zugriff auf Informationen unter den erleichterten Bedingungen, wie sie den Nachrichtendiensten zu Gebot stünden, rechtfertige. Dies müsse durch hinreichend konkrete und qualifizierte Eingriffsschwellen auf der Grundlage normenklarer gesetzlicher Regelungen gesichert sein; auch die Eingriffs-

- 1 Vgl. Ibler, in: *Maunz/Dürig*, GG, 68. Aufl. (2013), Art. 87 Rdnr. 143.
- 2 BGBl I, 3409; ATDG geändert durch Art. 5 des Gesetzes v. 26. 2. 2008 (BGBl I, 215).
- 3 Vgl. Art. 5 Gemeinsame-Dateien-Gesetz.
- 4 Evaluierungsbericht, BT-Dr 17/12665 (neu) S. 5; zu den Anforderungen an eine Evaluation unter datenschutzrechtlichen Aspekten s. Evaluationsleitfaden BfDI 2012.
- 5 Vgl. nur Petri, ZD 2013, 3; Bergemann, in: Hdb. des PolizeiR, H 5 ff., Denninger (ebda.), B 40 ff.; Ibler, in: *Maunz/Dürig* (o. Fußn. 1), Art. 87 Rdnr. 143; Lang, Das Antiterrordateigesetz, 2011; Streiß, Das Trennungsgebot zwischen Polizei und Nachrichtendiensten, 2011; Klee, Neue Instrumente der Zusammenarbeit von Polizei und Nachrichtendiensten, 2010; Stubenrauch Gemeinsame Verbunddateien von Polizei und Nachrichtendiensten, 2009; König, Trennung und Zusammenarbeit von Polizei und Nachrichtendiensten, 2005; s. a. schon Kutscha, ZRP 1986, 194.
- 6 BVerfG, NVwZ 1998, 495 (496); NJW 2011, 2417 (2420); offenlassend NJW 2000, 55 (57).
- 7 Krit. auch Will, Vorgänge 2013, Heft 201/202, S. 102; Gärditz, JZ 2013, 633 (634), spricht von einem grundrechtlich-materiellen Trennungsgebot.
- 8 BVerfG, NJW 2013, 1499 Rdnr. 123.
- 9 BVerfG, NJW 2013, 1499 Rdnr. 114.
- 10 Vgl. Gärditz, JZ 2013, 633 (634 f.).

schwellen für die Erlangung der Daten dürften hierbei nicht unterlaufen werden¹¹. Eine Geheimpolizei, hebt das *BVerfG* ausdrücklich hervor, sei von der Rechtsordnung nicht vorgesehen¹²; zur Begründung verweist das Gericht in diesem Kontext indes allein auf einfachgesetzliche Regelungen, was aus verfassungsrechtlicher Sicht bedenklich ist¹³ und dem Gesetzgeber weite Spielräume zu Lasten der Grundrechte einräumt.

IV. Grundsätzliche Aussagen und begriffliche Umschärfen

Von diesem Ausgangspunkt kommt das *BVerfG* zu dem Ergebnis, dass die Errichtung der ATD als Verbunddatei verschiedener Sicherheitsbehörden zur Bekämpfung des internationalen Terrorismus in ihren Grundstrukturen mit der Verfassung vereinbar sei, weil diese im Kern auf die Informationsanbahnung beschränkt sei und eine Nutzung der Daten zur operativen Aufgabenwahrnehmung nur in dringenden Ausnahmefällen vorsehe. Das informationelle Trennungsprinzip lasse einen Datenaustausch nur ausnahmsweise zu; eine Verbunddatei wie die ATD bedürfe hinsichtlich der zu erfassenden Daten und ihrer Nutzungsmöglichkeiten daher einer hinreichend bestimmten und dem Übermaßverbot entsprechenden gesetzlichen Ausgestaltung. Tragendes Element der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung der ATD ist aus Sicht des *BVerfG* die Zielbestimmung der Bekämpfung des internationalen Terrorismus, welche zugleich tragendes tatbestandliches Element der Speicherpflicht nach § 2 und der Zulässigkeit ihrer Nutzung gem. § 5 ist.

Der Begriff der Bekämpfung knüpft offenbar an die Regelung in § 1 I 2 MPEPolG von 1986 an, der die Vorsorge für die Verfolgung von Straftaten einerseits und die Verhütung von Straftaten andererseits unter dem Begriff der „vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten“ zusammenfasste. Dieser Begriff verwischt die heute gefestigte Unterscheidung der Verfolgung von Straftaten einschließlich der Verfolgungsvorsorge einerseits (Repression) und der Abwehr von (konkreten) Gefahren wie auch der Verhütung zukünftiger Straftaten andererseits (Prävention) und fasst präventive wie repressive Aufgaben zusammen, die auch aus kompetenzrechtlicher Sicht nicht als eine Aufgabe angesehen werden können¹⁴.

Nicht weniger problematisch ist der Begriff des internationalen Terrorismus, wobei das Gericht weder der Beschränkung „international“ Beachtung schenkt, noch in diesem Kontext einen Vergleich mit Art. 73 I Nr. 9 a GG unternimmt. Das Gericht konzidiert, dass der Begriff des „Terrorismus“ nicht aus sich heraus eindeutig ist; wie sich aber aus § 2 S. 1 Nr. 1 a ergebe, orientiere sich das ATDG an § 129 a StGB¹⁵ und verstehe hierunter konkret definierte, schwerwiegende Straftaten, die auf die Einschüchterung der Bevölkerung oder gegen die Grundstrukturen eines Staates oder einer internationalen Organisation gerichtet seien¹⁶. Dies erscheint zu kurz gegriffen, weil die Begrifflichkeiten erhebliche Fragen zur Normenklarheit und -bestimmtheit als grundsätzliche Anforderung an Informationseingriffe¹⁷ aufweist, für die das Gericht aber offenbar keinen größeren Aufklärungsbedarf sieht, obwohl an mehreren Stellen der Entscheidung allein der Verweis auf das Ziel der Bekämpfung des internationalen Terrorismus als „Rettungsanker“ dafür dient, zuvor jeweils detailliert beschriebene Gefährdungen des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung und auch der durch Art. 10 und 13 GG garantierten Grundrechte im Abwägungsprozess gleichsam zu „neutralisieren“ und diese erheblichen Gefährdungen – mit gewissen Korrekturen im Detail – schlussend-

lich als (noch) tragbar mit Blick auf das übergeordnete Ziel einzuordnen; eine klassische Ja-Aber-Entscheidung¹⁸.

Die Argumentation des Gerichts zu der zentralen Regelung in § 5, der den Zugriff auf die ATD gestattet, basiert auf der Grundannahme, die Eingriffsintensität der ATD werde dadurch reduziert, dass – mit Ausnahme des Eilfalls nach § 5 II – die anfragende Behörde keinen unmittelbaren Zugriff auf die erweiterten Grunddaten erhalte, sondern diese zunächst von der datenführende Behörde nach den jeweils für diese geltenden Übermittlungsvorschriften freigegeben werden müssten (§ 5 II 3 und 4)¹⁹. Genau diese begrenzende Funktion wird indes erheblich in Frage gestellt, wenn der Evaluationsbericht der Bundesregierung offenlegt, dass bei rund 300 000 Zugriffen mit rund 1,4 Mio. Treffern von August 2008 bis August 2011 lediglich in insgesamt ca. 1000 Fällen auf die erweiterten Grunddaten zugegriffen wurde. Dies liege vor allem daran, dass nach einem Treffer die Kontaktaufnahme außerhalb der ATD erfolge (z. B. telefonisch) und somit weiter gehende Informationen, wie sie auch in den erweiterten Grunddaten enthalten sind, außerhalb der ATD ausgetauscht würden. Zu der vom *BVerfG* offenbar unterstellten Filterfunktion des durch § 5 I 3 beschränkten Zugriffs auf erweiterte Grunddaten i. S. von § 3 I Nr. 1 b und der notwendigen Freigabe von dort gespeicherten Daten (§ 5 I 3) durch die „besitzende“ Behörde wird in dem Bericht darauf hingewiesen, dass der „Mechanismus“ für deren Freigabe in der weitaus überwiegenden Zahl der Fälle „gut etabliert“ sei. Nur jeweils 1 % der Befragten habe geantwortet, selten oder nie Zugriff zu erweiterten Grunddaten erhalten zu haben, sofern ein solcher angefordert war²⁰. Es wird also offenbar in praxi (fast) alles übermittelt, was erst durch die Nutzung der ATD „entdeckt“ werden konnte und die vom Gericht hervorgehobene Prüfung nach den fachgesetzlichen Übermittlungsvorschriften²¹ scheint zu keiner nennenswerten Beschränkung des Datenaustausches zu führen. Es wäre daher hilfreich gewesen, wenn das Gericht den Evaluierungsbericht erkennbar in seine Erwägungen hätte einfließen lassen.

V. Beteiligte Behörden und Errichtungsanordnung

Das *BVerfG* rügt § 1 II, der gestattet, dass neben den in § 1 I ausdrücklich genannten Behörden weiteren Polizeivollzugsbehörden durch die Errichtungsanordnung (§ 12 S. 1 Nr. 2) die Teilnahme an der Datei gestattet werden kann. Für eine solche Festlegung reiche angesichts der spezifischen Grundrechtsrelevanz der Bestimmung der an der ATD teilnehmenden Behörden eine Errichtungsanordnung als bloße Verwaltungsvorschrift nicht aus, da diese weder gegenüber den in ihren Daten Betroffenen noch gegenüber den Gerichten rechtlich bindende Wirkung habe und auch nicht rechtsförmlich ausgefertigt und verkündet werde. Wolle der Gesetzgeber die Entscheidung über die beteiligten Behörden in die Hände der Exekutive legen, könne er hierfür nur auf eine Rechtsverordnung nach Maßgabe des Art. 80 I GG zurückgreifen²². Die

11 *BVerfG*, NJW 2013, 1499 Rdnr. 123.

12 *BVerfG*, NJW 2013, 1499 Rdnr. 122.

13 *Will*, Vorgänge 2013, S. 109.

14 *Grdl. BVerfG*, NJW 2005, 2603.

15 *Krit. hierzu z. B. Zöller*, *TerrorismusstrafR*, 2009, S. 99 ff.; s. a. *Gärditz*, *JZ* 2013, 633 (635).

16 *BVerfG*, NJW 2013, 1499 Rdnr. 106; skeptischer der verfassungsändernde Gesetzgeber selbst (BT-Dr 16/813, S. 12, zu Art. 73 I Nr. 9 a GG).

17 *BVerfG*, NJW 2013, 1499 (Rdnr. 181 m. w. Nachw.).

18 *Krit. zur „Zwar-aber-Dialektik“ auch Gärditz*, *JZ* 2013, 633 (633).

19 *Vgl. ebda.* NJW 2013, 1499 Rdnrn. 125, 127, 193, 197.

20 BT-Dr 17/12665 (neu), S. 4 f.

21 *Vgl. BVerfG*, NJW 2013, 1499 Rdnr. 197.

22 *BVerfG*, NJW 2013, 1499 Rdnrn. 139 ff.

Kritik des *BVerfG* greift indes zu kurz, als nur eine Beanstandung des § 1 II erfolgt ist. Bereits die Geheimhaltung der Errichtungsanordnung als Verschlussache ist mit Blick auf das Recht auf informationelle Selbstbestimmung mehr als problematisch; aber auch eine „Höherzonung“ zur Rechtsverordnung überzeugt aus grundsätzlichen Erwägungen nicht. Den Schutz des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung auf die ministerielle Ebene sowie eine Kontrolle der zur Verschwiegenheit verpflichteten Datenschutzbehörden zu verlagern und einen parlamentarischen Diskurs über die Vereinbarkeit der inhaltlichen Ausgestaltung mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung zu verhindern, ist verfassungsrechtlich ungenügend. Vielmehr sollte das gesamte Regelwerk – das wahrlich keine geheimhaltungsbedürftigen Inhalte hat – veröffentlicht werden, um eine Diskussion hierüber erst zu ermöglichen. Dies gilt auch für die inhaltsgleichen Regelungen in § 1 II und § 13 RED-G.

VI. Einbeziehung von Kontaktpersonen

Für verfassungswidrig erklärt das *BVerfG* die Regelungen zu Kontaktpersonen in § 2 S. 1 Nr. 3. Welche Personen tatsächlich in die Datei aufzunehmen seien, sei auf Grundlage der gesetzlichen Regelung nicht vorhersehbar. Angesichts der kaum übersehbaren Reichweite des potenziell durch die Regelung erfassten Personenkreises sei auch das Übermaßverbot verletzt²³; dem kann nur zugestimmt werden. Es ist nach Ansicht des *BVerfG* jedoch nicht prinzipiell ausgeschlossen, auch Kontaktpersonen in die ATD aufzunehmen, soweit deren Speicherung Aufschluss „über die als terrorismusnah geltende Hauptperson vermitteln“ könne. Das Gericht schlägt hierfür eine mögliche Eingrenzung vor, für die es selbst jedoch von einer „verbleibenden Weite der potenziell erfassten Personen“ ausgeht. Es könne sowohl die Suche nach Kontaktpersonen durch eine Abfrage, die sich auf die Hauptperson bezieht, ermöglicht werden als auch eine verdeckte Recherche nach dem Namen einer Kontaktperson selbst, die im Trefferfall freilich nur zu einem Nachweis auf die informationsführende Behörde und das dazugehörige Aktenzeichen führe²⁴.

VII. Unterstützer, Befürworter, rechtswidrige Gewalt

Neben Angehörigen einer terroristischen Vereinigung und Angehörigen einer Gruppierung, die eine solche Vereinigung unterstützt, werden von § 2 S. 1 Nr. 1 b auch solche Personen erfasst, die nur eine Gruppierung im Sinne von lit. b unterstützen (Unterstützer der Unterstützer). Auch dies hält das *BVerfG* aus guten Gründen für unzulässig. Die Regelung decke eine Erstreckung der Speicherungspflicht auf Personen, die weit im Vorfeld und möglicherweise ohne Wissen von einem Terrorismusbezug eine in ihren Augen unverdächtige Vereinigung unterstützten. Eine solche Öffnung der Norm für die Einbeziehung schon des weitesten Umfelds terroristischer Vereinigungen verstoße gegen den Grundsatz der Normenklarheit und sei mit dem Übermaßverbot nicht vereinbar. Zulässig könne eine solche Speicherung allenfalls dann sein, wenn tatsächliche Anhaltspunkte dafür vorhanden seien, dass die Unterstützungshandlung willentlich der Förderung des internationalen Terrorismus diene²⁵.

Nicht vollständig mit der Verfassung vereinbar sei auch § 2 S. 1 Nr. 2. Hinsichtlich der Begriffe „rechtswidrige Gewalt“ und des „vorsätzlichen Hervorrufens solcher Gewalt“ wurde wegen Stimmgleichheit im Senat eine Verfassungswidrigkeit mit Blick auf die fehlende Bestimmtheit und übermäßige Weite der Tatbestände nicht festgestellt. Nach Auffassung von vier Mitgliedern des *Senats* ist die Verwendung dieser Merkmale mit dem Grundgesetz vereinbar, sofern diesen

keine „übermäßig weite Bedeutung“ beigelegt wird. Dabei berufen diese sich auf eine Auskunft der Sicherheitsbehörden in der mündlichen Verhandlung, nach der das Merkmal rechtswidriger Gewalt in der Praxis eng ausgelegt werde und nach Ansicht dieser Richter auch nur so ausgelegt werden könne. Entsprechend der Zielrichtung der ATD sei der Begriff dahin zu verstehen, dass er nur Gewalt umfasse, die unmittelbar gegen Leib und Leben gerichtet oder durch den Einsatz gemeingefährlicher Mittel geprägt sei. In dieser Auslegung bestünden gegen die Verhältnismäßigkeit des durch Verwendung des Gewaltbegriffs in § 2 S. 1 Nr. 2 erfassten Personenkreises keine verfassungsrechtlichen Bedenken²⁶. Nach der Auffassung der anderen vier Mitglieder des *Senats* hingegen müsste die Vorschrift auch insoweit für verfassungswidrig erklärt werden, weil sie in ihrer Weite im Kontext der ATD unverhältnismäßig und mit dem Übermaßverbot nicht vereinbar sei; eine einengende verfassungskonforme Auslegung komme nicht in Betracht²⁷. Dem ist zuzustimmen, insbesondere weil die Ablehnung der Verfassungswidrigkeit letztendlich weniger aus dem Normtext, als aus der Auslegung durch die Praxis begründet wird, dieser also die Rolle der letztendlich entscheidenden Institution zugewiesen wird²⁸. Nach einhelliger Auffassung des *Senats* mit dem Übermaßverbot unvereinbar ist jedenfalls das „bloße Befürworten von Gewalt“ als Erfassungsgrund in der ATD, denn der Gesetzgeber stelle allein auf eine innere Haltung ab, die sich in keinerlei gewaltfördernden Aktivitäten niedergeschlagen haben müsse²⁹.

VIII. Art der gespeicherten Daten

Das *BVerfG* hält auch den in § 3 I Nr. 1 a und b geregelten Umfang der erfassten Daten grundsätzlich für verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Allein für die Speicherungen nach § 3 I Nr. 1 b gg, hh, ii, kk und nn habe der Gesetzgeber sicherzustellen, dass die für ihre Anwendung erforderlichen Konkretisierungen durch die Verwaltung dokumentiert und veröffentlicht würden; zudem verweist das Gericht in diesem Kontext auf § 10 I zur datenschutzrechtlichen Kontrolle³⁰. Die im Gesetzgebungsverfahren wegen ihrer Reichweite und Unbestimmtheit besonders umstrittene Speicherung nicht standardisiert vorgegebener Merkmale im so genannten Freitextfeld (lit. rr) wurde hingegen nicht beanstandet. Als bloße Ergänzung gestatte die Vorschrift nur punktuelle Erläuterungen zu den sonst standardisierten Katalogmerkmalen³¹. Im Widerspruch zu seinen Ausführungen zur mangelnden Transparenz³² sieht das Gericht in der derzeitigen Beschränkung auf 2000 Zeichen³³ allein durch die Behördenpraxis kein Transparenzproblem und fordert nähere Konkretisierungen nicht ein. Insgesamt vermögen diese Ausführungen zur „Subdelegation“ begrenzender und transparenter Kriterien an die Sicherheitsbehörden selbst als ausreichenden Schutz des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung nicht zu überzeugen.

IX. Zugriff auf Daten in der ATD

§ 5 baut auf § 3 I Nr. 1 auf. Dieser differenziert zwischen Grunddaten (Personalangaben sowie weit darüberhinaus-

23 *BVerfG*, NJW 2013, 1499 Rdnrn. 162 ff.

24 *BVerfG*, NJW 2013, 1499 Rdnr. 165.

25 *BVerfG*, NJW 2013, 1499 Rdnr. 149.

26 *BVerfG*, NJW 2013, 1499 Rdnr. 151.

27 *BVerfG*, NJW 2013, 1499 Rdnrn. 153 ff.

28 *BVerfG*, NJW 2013, 1499 Rdnr. 156.

29 *BVerfG*, NJW 2013, 1499 Rdnr. 161.

30 *BVerfG*, NJW 2013, 1499 Rdnrn. 178 ff.

31 *BVerfG*, NJW 2013, 1499 Rdnr. 190.

32 *BVerfG*, NJW 2013, 1499 Rdnrn. 186 ff.

33 *BVerfG*, NJW 2013, 1499 Rdnr. 190.

gehende Daten) und erweiterten Grunddaten, die weitere Angaben innerhalb eines standardisierten Katalogs enthalten. § 5 I 3 gestattet einen Zugriff auf die erweiterten Grunddaten im „Trefferfall“ nur, wenn die Daten eingehende Behörde (Datenbesitzer) dies im Einzelfall gestattet, was in der Praxis offenbar regelmäßig der Fall ist³⁴. Unabhängig davon darf die abfragende Behörde stets auf die erweiterten Grunddaten zugreifen, wenn ein Eilfall nach § 5 II vorliegt, was in der Praxis bis August 2011 offenbar nur in einem Fall vorkam. Da bei einem Treffer im Regelfall offenbar die weitere Kommunikation außerhalb der ATD stattfindet³⁵, sind die vom *BVerfG* in seiner Argumentation unterstellten Beschränkungen der Eilfallklausel *in praxi* wohl obsolet. Die Eilfallklausel blieb im Übrigen vom *BVerfG* unbeanstandet³⁶.

Nicht mit dem Übermaßverbot vereinbar ist nach der Entscheidung § 5 I 2 Nr. 1 a, soweit bei Recherchen in den erweiterten Grunddaten im Trefferfall auch der Zugriff auf Grunddaten gem. § 3 I Nr. 1 a eröffnet werde (Inversssuche). Der Informationsgehalt der erweiterten Grunddaten gem. § 3 I Nr. 1 b reiche inhaltlich weit und könne höchstpersönliche wie auch die Biografie der Betroffenen nachzeichnende Informationen enthalten. Der Zugriff müsse unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten deshalb deutlich beschränkter sein als bei einfachen Grunddaten gem. § 3 I Nr. 1 a. Indem bei Recherchen in den erweiterten Grunddaten im Trefferfall jedoch zugleich Zugriff auf die einfachen Grunddaten als Klarinformationen gewährt werde, sei für merkmalsbezogene Recherchen (Inversssuche) diese Einschränkung der Sache nach in erheblichem Umfang zurückgenommen. So könne durch Abfrage einzelner oder mehrerer Merkmale – zum Beispiel durch die Suche nach Personen mit einer bestimmten Religionszugehörigkeit und Ausbildung, die einen bestimmten Treffpunkt frequentieren (vgl. § 3 I Nr. 1 b hh, jj, nn) – eine Recherche vorgenommen werden und die Behörde erhalte im Trefferfall nicht nur die Angabe, welche Behörde insoweit Informationen führe, sondern auch alle Namen, Adressen sowie sonstige in § 3 I Nr. 1 a genannten Informationen von allen Personen, auf die die abgefragten Merkmale zutreffen³⁷.

X. Eingriffe in Art. 10, 13 GG sowie das „Computergrundrecht“

§ 2 S. 1 Nrn. 1 bis 3, § 3 I Nr. 1, § 5 I, II sowie § 6 I, II sind nach der Entscheidung zudem mit Art. 10 I und Art. 13 I GG und dem Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme unvereinbar, soweit sie sich auf nicht gem. § 4 verdeckt gespeicherte Daten erstrecken und die Daten aus Eingriffen in das Telekommunikationsgeheimnis und das Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung herrühren. Bei Datenerhebungen in deren Schutzbereich seien gesteigerte Anforderungen zu beachten, die auch bei der Weitergabe und Zweckänderung der hierdurch gewonnenen Daten fortwirkten und durch Kennzeichnung erkennbar gemacht werden müssten. Eine vollständige und unterschiedslose Einbeziehung der durch Eingriff in Art. 10 I und Art. 13 I GG erhobenen Daten in die ATD sei mit dem Übermaßverbot unvereinbar³⁸.

XI. Fazit

1. Die Entscheidung überzeugt nicht, der stillschweigende Abschied vom Trennungsgebot hinterlässt Spuren in der Ja-aber-Kasuistik der Entscheidung. Zutreffend stellt das *BVerfG* dar, dass der durch die ATD geschaffene Informationsaustausch von erheblichem Gewicht ist, das dadurch er-

höht wird, dass die ATD erstmals einen grenzüberschreitenden Informationsaustausch zwischen einer großen Zahl von Nachrichtendiensten und Polizeibehörden ermöglicht. In der ATD werden nicht länger im Einzelfall Daten übermittelt, sondern diese werden in einer gemeinsamen Datei 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. Soweit das Gericht meint, die Schwere des Eingriffs werde gemindert durch die Beschränkung auf bereits erhobene Daten, die Ausgestaltung als Verbunddatei mit einem Schwerpunkt auf der Informationsanbahnung und die Ausrichtung allein auf das Ziel der Aufklärung und Bekämpfung des internationalen Terrorismus³⁹, wird die praktische Wirkung dieser vorgeblichen Beschränkung nicht herausgearbeitet. Das Ziel der Bekämpfung des internationalen Terrorismus wird weder dogmatisch präzise erfasst noch hinterfragt. Die Idee 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 diese Daten zuvor eben nicht für Polizeien und Nachrichtendienste in einer Datei jederzeit online verfügbar waren. 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“.

2. Wenn das *BVerfG* hervorhebt, die Nutzung der ATD dürfe nicht unmittelbar zur Aufgabenwahrnehmung, insbesondere nicht zu operativen Zwecken erfolgen⁴⁰, sondern nur als Grundlage für weitere Datenübermittlungen, ist dies eine *in praxi* wohl schwer nachzuvollziehende und kontrollierbare „Scheinbegrenzung“. Zutreffend stellt das Gericht selbst fest, dass die Aufnahme in eine solche Datei für die Betroffenen erheblich belastende Wirkung haben könne. Wer einmal in der Datei erfasst ist, muss damit rechnen, auf Grund einer Abfrage dem Umkreis des Terrorismus zugeordnet und – mittels weiterer, dadurch erleichterter Übermittlungsersuchen – hieran anknüpfenden belastenden Maßnahmen 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 Benachrichtigungspflicht sieht das *BVerfG* als nicht mit der Zielsetzung der Datei vereinbar; aber auch eine (späte) Benachrichtigungspflicht bei Wegfall des Speicherungsgrundes verneint das *BVerfG*, weil deren Nutzen im Vergleich zu dem damit verbundenen Aufwand zu gering sei, als dass sie unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten geboten wäre⁴¹. Dabei ist weder erkennbar, worin der für die Behörde unzumutbare Aufwand liegen sollte (vgl. nur § 101 StPO), noch ist dies mit Blick auf Art. 19 IV GG und die betroffenen Grundrechte nachvollziehbar⁴², weil so jede nachträgliche Kontrolle der Speicherung abgeschnitten wird. Eine Sternstunde für die Menschen- und Bürgerrechte war der 24. 4. 2013 nicht zuletzt aus diesem Grunde nicht.

34 Evaluierungsbericht, BT-Dr 17/12665 (neu), S. 46.

35 Evaluierungsbericht, BT-Dr 17/12665 (neu), S. 47.

36 *BVerfG*, NJW 2013, 1499 Rdnrn. 201 ff.

37 *BVerfG*, NJW 2013, 1499 Rdnrn. 199 f.

38 *BVerfG*, NJW 2013, 1499 Rdnrn. 225 f.

39 *BVerfG*, NJW 2013, 1499 Rdnrn. 110 f.

40 *BVerfG*, NJW 2013, 1499 Rdnrn. 125.

41 *BVerfG*, NJW 2013, 1499 Rdnrn. 213.

42 Vgl. nur *BVerfG*, NJW 2000, 55 (57), zu Art. 10 GG; *BVerfG*, NJW 2004, 999 (1015), zu Art. 13 GG; *BVerfG*, NJW 2006, 1939 (1944).