



Rheinische Rechts- und
Friedrich-Wilhelms- Staatswissenschaftliche
Universität Bonn Fakultät

Deutscher Bundestag
Innenausschuss

Prof. Dr. Klaus F. Gärditz
Lehrstuhl für Öffentliches Recht

Postanschrift:
Adenauerallee 24-42
53113 Bonn
Tel.: 0228/73-9176
Email: gaerditz@jura.uni-bonn.de

8. September 2016

***Gesetzentwürfe zur Reform des Nachrichtendienstrechts:
Gesetz zur Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung des Bundesnachrichtendienstes
und
Gesetz zur weiteren Fortentwicklung der parlamentarischen Kontrolle der Nachrichtendienste
des Bundes***

Anhörung des Innenausschusses am 26. September 2016

Inhalt

I. Hintergrund	2
II. Gesetz zur Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung des Bundesnachrichtendienstes	3
I. Hintergrund der Neuregelung und Regelungskonzept	3
II. Zitiergebot	4
III. Verfassungskonformität der Neuregelung.....	4
1. Strategische Fernmeldeüberwachung	4

2. Differenzierung nach Inlandsbezug.....	6
IV. Einzelregelungen	8
1. Die Befugnis zur strategischen Auslandsaufklärung	8
2. Datenverarbeitung.....	12
3. Verpflichtung der TK-Dienstleister.....	12
4. Verfahren.....	13
5. Kernbereichsschutz.....	14
6. Kooperationsrecht.....	14
7. Kontrolle durch das Unabhängige Gremium.....	19
III. Gesetz zur Fortentwicklung der parlamentarischen Kontrolle der Nachrichtendienste des Bundes	21
1. Allgemeines.....	22
2. Ständiger Bevollmächtigter.....	23
3. Whistleblower.....	24
4. Fachaufsicht.....	25
IV. Allgemeine Bewertung	25

I. Hintergrund

Vorliegend stehen zwei parallel eingebrachte Gesetzentwürfe zur Beratung. Der erste betrifft die Fernmeldeaufklärung durch den BND im Ausland („Entwurf eines Gesetzes zur Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung des Bundesnachrichtendienstes“¹), der zweite die Kontrolle der Nachrichtendienste insgesamt („Entwurf eines Gesetzes zur weiteren Fortentwicklung der parlamentarischen Kontrolle der Nachrichtendienste des Bundes“²). Beide Gesetzentwürfe sind regelungstechnisch voneinander unabhängig, aber thematisch verbunden:

Die Reform der parlamentarischen Kontrolleebene ändert an den Befugnissen der Nachrichtendienste nichts, betrifft dafür aber alle drei Nachrichtendienste (BfV, BND, MAD). Die substantielle Fortschreibung des BNDG betrifft demgegenüber in erster Linie die nachrichtendienstlichen Befugnisse (sowie lediglich akzessorisch die Kontrolle) und beschränkt sich auf den BND als Auslandsnachrichtendienst. Ungeachtet dessen stehen die Gesetzentwürfe insoweit in einem thematischen Zusammenhang, als beide Reformvorhaben Reaktionen auf die Vorkommnisse und Erkenntnisse der letzten Jahre markieren, die die Arbeit vor allem des BND und des BfV – genau besehen: aus ganz unterschiedlichen Gründen – in

¹ Gesetzentwurf v. 5. 7. 2016 der Fraktionen der CDU/CSU und SPD, BT-Drs. 18/9041.

² Gesetzentwurf v. 5. 7. 2016 der Fraktionen der CDU/CSU und SPD, BT-Drs. 18/9040.

der politischen Öffentlichkeit dem Säurebad herber Kritik ausgesetzt haben. Nicht zuletzt die Parlamentarischen Untersuchungsausschüsse in Sachen NSA³ und NSU⁴ haben den Anstoß für eine grundsätzliche Reform gegeben. Der BND stand und steht vor allem wegen seiner von § 5 G 10 nicht gedeckten, insoweit gesetzlich nicht geregelten Ausland-Ausland-Fernmeldeüberwachung sowie die Kooperationen mit der NSA in der Kritik,⁵ weshalb die vorliegende Novelle des BNDG darauf abzielt, die bisherigen Praktiken partiell gesetzlich zu regeln und damit rechtsstaatlich beherrschbarer als bislang zu halten. Die breiter angelegte Reform der parlamentarischen Kontrolle reagiert demgegenüber auf ein allgemeines Misstrauen der politischen Öffentlichkeit in die Effektivität der bisherigen Kontrollmechanismen gegenüber den Nachrichtendiensten und verfolgt – positiv gewendet – das Regelungsziel, nachhaltig die parlamentarische Kontrolle zu verbessern.

II. Gesetz zur Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung des Bundesnachrichtendienstes

Das Gesetz zur Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung des Bundesnachrichtendienstes fügt einen neuen Abschnitt in das BNDG ein (§§ 6-18 BNDG-E), der Voraussetzungen, Verfahren und Kontrolle der reinen Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung des BND sachbereichsspezifisch regelt. Ergänzend wird ein institutionelles Kooperationsrecht des BND mit ausländischen Nachrichtendiensten etabliert (§§ 26-30 BNDG-E).

1. Hintergrund der Neuregelung und Regelungskonzept

Die Regelungen des G 10, die ebenfalls den BND zur strategischen Fernmeldeüberwachung ermächtigen, bleiben hierbei unberührt.⁶ Die nach § 5 Abs. 1 G 10 mögliche Überwachung internationaler Telekommunikationsbeziehungen erfasst nach herkömmlichen Verständnis nur solche Verbindungen, bei denen ein Endpunkt im Bundesgebiet liegt,⁷ nicht hingegen reine Ausland-Ausland-Kontakte. Bislang stützte der BND die von ihm ungeachtet dessen praktisch durchgeführte reine Auslandsüberwachung, bei der beide Endpunkte der Verbindung im Ausland liegen, auf die allgemeine Aufgabennorm des § 1 Abs. 2 BNDG.⁸ Künftig soll dieses Überwachungsfeld durch konkrete Befugnisse unterfüttert werden (§§ 6-18 BNDG-E). Selbst wenn man der Auffassung sein sollte, dass der Einsatz nachrichtendienstlicher Überwachung im Ausland gegenüber Ausländern an Art. 10 GG zu messen sei und daher über eine Aufgabenzuweisung (§ 1 Abs. 2 BNDG) hinaus auch eine Befugnis voraussetze, schafft der vorliegende Gesetzentwurf jedenfalls eine tragfähige Ermächtigungsgrundlage. Insoweit wird der juristische Bewer-

³ Antrag der Fraktionen CDU/CSU, SPD, DIE LINKE. und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN v. 18. 3. 2014: Einsetzung eines Untersuchungsausschusses, BT-Drs. 18/843.

⁴ Antrag der Fraktionen CDU/CSU, SPD, DIE LINKE. und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN v. 14. 10. 2015: Einsetzung des 3. Untersuchungsausschusses, BT-Drs. 18/6330.

⁵ Siehe hierzu vor allem die Stellungnahmen der Sachverständigen vor dem NSA-Untersuchungsausschuss: *Bäcker*, Erhebung, Bevorratung und Übermittlung von Telekommunikationsdaten durch die Nachrichtendienste des Bundes - Stellungnahme v. 16. 5. 2014 zur Anhörung des NSA-Untersuchungsausschusses, S. 22; *Papier*, Gutachtliche Stellungnahme v. 16. 5. 2014: Beweisbeschluss SV-2 des ersten Untersuchungsausschusses des Deutschen Bundestages der 18. Wahlperiode, S. 7; ferner andeutungsweise *Hoffmann-Riem*, Stellungnahme v. 22. 5. 2014 zur Anhörung des NSA-Untersuchungsausschusses, S. 11 f.

⁶ BT-Drs. 18/9041, S. 22.

⁷ BT-Drs. 14/5655, S. 18; 17/9640; S. 6; *Huber*, NJW 2013, 2572 (2573); *Papier*, NVwZ-Extra 15/2016, 1 (2).

⁸ BT-Drs. 17/9640, S. 6, 10; kritisch *Bäcker*, K & R 2014, 556 (559 f.); *Huber*, NJW 2013, 2572 (2575); affirmativ demgegenüber *Gärditz*, Die Verwaltung 48 (2015), 463 ff.

tungsstreit, der maßgeblich durch sachverständige Stellungnahmen im NSA-Untersuchungsausschuss angestoßen wurde,⁹ elegant auf die demokratisch vorzugswürdige Weise erledigt: durch politische Entscheidung des parlamentarischen Gesetzgebers, welche Befugnisse dem BND im Ausland zustehen sollen.

2. Zitiergebot

Ein latentes Problem wird hierdurch allerdings nicht beseitigt: Sollte man – anders als hier – in Bezug auf die §§ 6 ff. BNDG-E einen Eingriff in Art. 10 GG bejahen, würde nach allgemeinen Grundsätzen¹⁰ das Zitiergebot (Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG) greifen, was schon bisher der Abstützung der Auslandsüberwachung auf § 1 Abs. 2 BNDG entgegengehalten wurde.¹¹ Der Gesetzentwurf geht offenbar – in der Sache zutreffend – davon aus, dass die §§ 6 ff. BNDG-E nicht an Art. 10 GG zu messen sind. Dies ist konsequent, aber riskant: Sollte sich in einem möglichen Rechtsstreit, der vorprogrammiert ist, die Gegenauffassung durchsetzen, könnte das austarierte und differenzierte Gesetz immer noch am formalen Zitiergebot scheitern.¹² Es sollte daher erwogen werden, vorsorglich auch eine Zitierklausel einzufügen, mit der keine Folgen für den Inhalt der Regelungen verbunden wären, die aber die Tragfähigkeit der Neuregelung abstützen könnte. Eine Festlegung auf eine bestimmte Rechtauffassung zur Anwendbarkeit von Art. 10 GG wäre hiermit nicht verbunden. Eine Zitierung nach Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG ist kein Glaubensbekenntnis, sondern macht nur sichtbar, dass Grundrechtseingriffsfolgen mitbedacht wurden (Warn- und Bedenkfunktion¹³). Eine Zitierung ist gemessen hieran auch dann zulässig und sinnvoll, wenn über die Eröffnung des Schutzbereichs aus rechtlichen Gründen Unklarheit besteht, der Gesetzgeber aber sein Regelungskonzept auch unter der Bedingung aufrechterhalten will, dass die Maßnahmen später als Eingriffe in einen konkreten Schutzbereich (hier des Art. 10 Abs. 1 GG) qualifiziert werden.

3. Verfassungskonformität der Neuregelung

Insgesamt erweist sich der novellierte Regelungsansatz zur Auslandsaufklärung als verfassungskonform. Im Einzelnen ist Folgendes anzumerken:

a) Strategische Fernmeldeüberwachung

Die §§ 6 ff. BNDG-E betreffen die strategische Fernmeldeüberwachung in Bezug auf Ausland-Ausland-Verbindungen. Abgesehen davon, dass hier beide Endpunkte der Verbindung im Ausland sein müssen, entsprechen die Regelungen in ihrer Eingriffsintensität, in ihrer prozeduralen Struktur und in ihren Eingriffsanforderungen durchweg der strategischen Fernmeldeüberwachung nach den §§ 5 ff. G 10. Letztere hat aber das BVerfG in den Grenzen, die das heute geltende Recht beachtet, als solche für verfassungskonform erachtet.¹⁴ Die §§ 6 ff. BNDG-E bieten keinen Anlass, dies anders zu bewerten. Unterstellt man, dass es auch hierbei um Grundrechtseingriffe geht, haben diese zwar einerseits ein hohes Gewicht,

⁹ Siehe oben Fußn. 5.

¹⁰ Vgl. BVerfGE 113, 348 (366); 120, 274 (343).

¹¹ Bäcker, K & R 2014, S. 556 (560).

¹² Vgl. bereits die zielsichere Kritik bei Huber, ZRP 2016, 162 (163).

¹³ Siehe BVerfGE 85, 386 (403 f.); 113, 348 (366); 120, 274 (343); 129, 208 (236 f.); Jarass, in: ders./Pieroth (Hrsg.), GG, 14. Aufl. (2016), Art. 19 Rn. 3.

¹⁴ BVerfGE 100, 313 ff.

weil es um eine flächendeckende und (bezogen auf Betroffene) anlasslose Überwachung von Auslandsverbindungen innerhalb eines TK-Netzes geht. Andererseits wird aber auch hier die Eingriffsintensität wiederum relativiert, weil sich die Eingriffe auf eine strategische Aufklärung beschränken, die sich nicht gegen Individuen richtet. Zwar hat das BVerfG in seiner Entscheidung zum BKAG unterstrichen, dass heimliche Überwachungsmaßnahmen, sofern sie tief in die Privatsphäre eingreifen, mit der Verfassung nur vereinbar seien, wenn sie dem Schutz oder der Bewehrung von hinreichend gewichtigen Rechtsgütern dienen, für deren Gefährdung oder Verletzung im Einzelfall belastbare – sprich: individuelle Zurechenbarkeit begründende – tatsächliche Anhaltspunkte bestehen.¹⁵ Das Gericht hat dies aber von vornherein auf Maßnahmen der Straftatenverhütung und Strafverfolgung bezogen, die sich gegen individuelle Betroffene richten,¹⁶ nicht aber auf heimliche Vorfeldmaßnahmen strategischer Art, die durch Nachrichtendienste durchgeführt werden. Zudem hat es klargestellt, dass für weniger tief in die Privatsphäre eingreifende Maßnahmen die verfassungsrechtlich zulässigen Gestaltungsmöglichkeiten zur Straftatenverhütung von vornherein weiter reichen.¹⁷ Wie dargelegt ist die Eingriffsintensität der Maßnahmen nach § 6 BNDG-E dadurch deutlich reduziert, dass die heimliche Überwachung nach abstrakten Suchkriterien erfolgt, um allgemeine strategische Aufklärungsziele (§ 6 Abs. 1 BNDG-E) zu erreichen, sich aber nicht gegen einzelne Betroffene richtet. Auch eine Verwertung erlangter Erkenntnisse über die strategische Information der Bundesregierung in außen- und sicherheitspolitischer Hinsicht ist eng begrenzt. Die verfahrensrechtlichen Sicherungen, die auch präventiv dem prozeduralen Grundrechtsschutz dienen, sind durch ein gestuftes Anordnungsverfahren sowie die begleitende Kontrolle seitens des Unabhängigen Gremiums qualitativ hochwertig ausgebaut. Daher ist die Neuregelung insgesamt als verhältnismäßig zu bewerten.

Ein besonderer *Schutz zeugnisverweigerungsberechtigter Personen* (vgl. § 3b G 10) ist im Rahmen der §§ 6 ff. BNDG-E ebenfalls nicht notwendig, weil es sich (wie bei den §§ 5 ff. G 10) um eine strategische Kontrolle handelt, die nicht einzelne Individuen adressiert. Namentlich bedarf es – anders als teils gefordert – auch keiner besonderen Vorkehrungen zum Schutz der Pressefreiheit (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG), weil die Aufklärungsthemen des § 6 Abs. 1 BNDG-E von vornherein keine pressgrundrechtlich geschützten Aktivitäten tangieren und etwaige Zufallsfunde mangels strategischer Relevanz sofort zu löschen wären (§ 5 Abs. 1 BNDG [künftig: § 20 Abs. 1 BNDG] i. V. mit § 12 Abs. 2 BVerfSchG).

Vor diesem Hintergrund ist die Regelung inhaltlich als verfassungskonform zu bewerten. Dies gilt erst recht, wenn man die strategische Ausland-Ausland-Überwachung – wie hier¹⁸ – schon nicht als Grundrechtseingriff bewertet oder im Ausland jenseits konkreter Individualeingriffslagen lediglich die objektive Schutzpflichtdimension von Art. 10 GG eingreifen ließe, die dem Gesetzgeber allgemein weite Gestaltungsspielräume belässt.

¹⁵ BVerfG, Urt. v. 20.4.2016 – 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09, NJW 2016, 1781, Rn. 104.

¹⁶ BVerfG, Urt. v. 20.4.2016 – 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09, NJW 2016, 1781, Rn. 107 ff.

¹⁷ BVerfG, Urt. v. 20.4.2016 – 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09, NJW 2016, 1781, Rn. 104.

¹⁸ Gärditz, Die Verwaltung 48 (2015), 463 ff.

b) Differenzierung nach Inlandsbezug

§ 6 Abs. 4 BNDG-E nimmt allerdings Deutsche, inländische juristische Personen und sich im Inland aufhaltende Personen von der Überwachung aus, beschränkt also über Suchbegriffe anzusteuernde legitime Ziele auf Ausländer im Ausland. Verfassungsrechtlich ließe sich die gefundene Lösung allenfalls dann angreifen, wenn man Art. 10 GG auch im Ausland für uneingeschränkt auf Ausländer anwendbar hält¹⁹ und aus der allgemeinen Anwendbarkeit auch einheitliche Schutzstandards ableiten wollte.²⁰ In diesem Fall wären Differenzierungen zwischen In- und Ausländern auch im Ausland verdächtig.²¹ Überzeugend ist dies allerdings nicht. Selbst wenn man davon ausginge, dass Art. 10 GG unabhängig davon anwendbar ist, wo und zwischen wem die überwachte Kommunikationsverbindung besteht, bedeutet dies nicht, dass die gesetzliche Ausgestaltung von Eingriffsregelungen nicht zwischen In- und Auslandssachverhalten bzw. In- und Ausländern differenzieren dürfe.²² Die Frage, welche Eingriffe verhältnismäßig sind, richtet sich immer nach den jeweiligen Kontexten und Regelungszielen, die aber im In- und Ausland jeweils unterschiedlich ausfallen können.²³

aa) Territoriale Besonderheiten

Namentlich *Sonderregelungen für die Telekommunikationsüberwachung im Ausland* durch den BND sind schon deshalb sachlich zu rechtfertigen, weil diese Regelungen dem besonderen, gesetzlich eingeschränkten Aufgabenprofil des BND als Auslandsnachrichtendienst folgen.²⁴ Korrespondierend gründet die Errichtung des BND verfassungsrechtlich auf der Bundeskompetenz für die auswärtigen Angelegenheiten aus Art. 73 Abs. 1 Nr. 1 GG (i. V. mit Art. 87 Abs. 3 GG),²⁵ deren spezifischer Kompetenzgehalt aber von vornherein die Aufgabenübertragung auf den BND begrenzt. So geht das BVerfG davon aus, dass „die dem Bund insoweit zugewiesenen Kompetenzen durch die Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen [...] geprägt“ würden; dieser funktional abgesteckte Kompetenzrahmen berechtige „den Gesetzgeber nicht, dem Bundesnachrichtendienst allein deshalb, weil es sich um Fälle mit Auslandsbezug handelt, Befugnisse einzuräumen, die auf die Verhütung, Verhinderung oder Verfolgung von Taten als solche gerichtet sind [...]. Vielmehr müssen Regelungen, damit sie auf die Gesetzgebungskompetenz aus Art. 73 Abs. 1 Nr. 1 GG gestützt werden können, in einen Regelungs- und Verwendungszusammenhang

¹⁹ Es ist unbestritten, dass Art. 10 GG unabhängig von der Staatsangehörigkeit schützt. Siehe *Bäcker*, K & R 2014, 556 (559); *Durner*, in: Maunz/Dürig (Begr.), GG, Stand: 2016, Art. 10 Rn. 186; *Gärditz*, Die Verwaltung 48 (2015), 463 (479); *Huber*, NJW 2013, 2572 (2574); *Müller-Terpitz*, Jura 2000, 296 (302); *Pagenkopf*, in: Sachs (Hrsg.), GG, 7. Aufl. (2014), Art. 10 Rn. 11; *Rehbein*, Die Verwertbarkeit von nachrichtendienstlichen Erkenntnissen aus dem In- und Ausland im deutschen Strafprozess, 2011, S. 308.

²⁰ So die wohl hM, zuletzt *Papier*, NVwZ-Extra 15/2016, 1 (3 ff.).

²¹ So *Huber*, ZRP 2016, 162 (164); in diese Richtung auch *Payandeh*, DVBl 2016, 1073 (1076 f.).

²² Allgemein BVerfGE 92, 26 (41 f.).

²³ BVerfGE 92, 26 (41 ff.); *Dreier*, in: ders. (Hrsg.), GG, Bd. I, 3. Aufl. (2013) Art. 1 III Rn. 45; *Herdegen*, in: Maunz/Dürig (Begr.), GG, Stand: 2016, Art. 1 Abs. 3 Rn. 72; *Kahl*, in: BK-GG, Stand: 2016, Art. 1 Abs. 3 Rn. 224 ff.; *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1, 1988, S. 1229; *Thym*, DÖV 2010, S. 621 (629).

²⁴ *Payandeh*, DVBl 2016, 1073 (1076).

²⁵ BVerfGE 100, 313 (371 f.); 133, 277 (319); BR-Drs. 618/88, S. 183; BT-Drs. 11/4306, S. 70; BT-Drs. 14/7386, S. 37; BT-Drs. 16/2921, S. 12; *Bäcker*, DÖV 2011, S. 840 (842); *Gärditz*, Die Verwaltung 48 (2015), 463 (486); *Grüpl*, Die Nachrichtendienste im Regelwerk der deutschen Sicherheitsverwaltung, 1993, S. 69 ff.; *Haedje*, Das neue Nachrichtendienstrecht für die Bundesrepublik Deutschland, 1998, S. 213; *Roever*, Nachrichtendienstrecht der Bundesrepublik Deutschland, 1987, § 1 PKKG Rn. 14; *Tannenberger*, Die Sicherheitsverfassung, 2014, S. 283; *Weisser*, Die Entwicklung des Bundesnachrichtendienstes, 2014, S. 104 ff.; *Zöller*, Informationssysteme und Vorfeldmaßnahmen von Polizei, Staatsanwaltschaft und Nachrichtendiensten, 2002, S. 306.

eingebettet sein, der auf die Auslandsaufklärung bezogen ist und der politischen Information der Bundesregierung dient“.²⁶ Dieses besondere Aufklärungsziel hebt sich – ungeachtet der Gemeinsamkeiten in Bezug auf nachrichtendienstliche Methoden und der praktischen Konvergenzen von innerer und äußerer Sicherheit – deutlich von den kompetenzrechtlich anders fundierten Aufträgen des Bundesamtes für Verfassungsschutz (Art. 73 Abs. 1 Nr. 10 lit. b GG) bzw. des Militärischen Abschirmdienstes (Art. 73 Abs. 1 Nr. 1 i. V. mit 87a GG: „Verteidigung“)²⁷ und erst recht von denen der Gefahrenabwehrbehörden des Bundes und der Länder ab. Schon insoweit wird also ein besonderer Differenzierungsbedarf bei der Ausland-Fernmeldeaufklärung präformiert, die auf den besonderen Auftrag des BND zugeschnitten sein muss. Sowohl die bisherigen als auch die künftigen Regelungen tragen dem Rechnung und ermächtigen allein zu einer strategischen Überwachung.²⁸

bb) Personale Besonderheiten

Ist es insoweit verfassungsrechtlich unproblematisch, dass die Bestimmungen der §§ 6 ff. BNDG-E, den Besonderheiten eines Auslandsnachrichtendienstes folgend, Ausland-Fernmeldeüberwachungen *territorial* und *funktional* abweichend von der Inlandsüberwachung nach §§ 3, 5 G 10 regeln, stellt sich die Frage, ob auch die *personale* Differenzierung trägt. So werden nach § 6 Abs. 1 BNDG-E ausdrücklich nur Auslandsverbindungen von Ausländern erfasst. Diese Differenzierung ist aber gerechtfertigt,²⁹ weil gegenüber eigenen Staatsangehörigen im Ausland eine staatliche Sonderverantwortlichkeit besteht. Eigene Staatsangehörige sind über die Personalhoheit weiterhin exklusiven Pflichtenbindungen des Heimatstaates unterworfen und diesem insoweit unabhängig von ihrem Aufenthaltsort „ausgeliefert“. Korrespondierend bestehen qualifizierte Schutzpflichten für eigene Staatsangehörige auch im Ausland, eine verfassungsrechtlich ausdifferenzierte Sonderbeziehung zum Mutterstaat (vgl. Art. 11, 16 Abs. 1 GG)³⁰ sowie eine vom Aufenthaltsort unabhängige Verantwortlichkeit für die Bedingungen grundrechtlicher Freiheitsentfaltung, soweit diese durch deutsche Hoheitsgewalt berührt werden. Auch wenn die Rechtsordnung in zahlreichen Lebensbereichen personale durch territoriale Zugehörigkeitsverhältnisse ersetzt hat, also – zumal verfassungsrechtliche induziert³¹ – im Regelfall nicht zwischen Deutschen und Ausländern, sondern nach dem Wohnsitz differenziert und auch für in Deutschland lebende Ausländer eine qualifizierte Schutzverantwortung übernimmt,³² stellt dies die Verfassungskonformität der Differenzierung nicht in Frage. Denn da es sich um eine strategische Aufklärung handelt, die gerade nicht individualisiert werden darf, ist es schlechthin nicht praktikabel, bei der Zielfindung über Suchbegriffe über § 6 Abs. 4 BNDG-E hinaus zusätzlich mögliche Inlandsbindungen von Ausländern zu berücksichtigen. Im Ergebnis ist daher die Differenzierung als verfassungskonform zu bewerten.

²⁶ BVerfGE 133, 277 (319).

²⁷ BVerfGE 133, 277 (319); BT-Drs. 17/6925, S. 10; Degenhart, in: Sachs (Hrsg.), GG, 7. Aufl. (2014), Art. 73 Rn. 6; Baldus, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, 5. Aufl. (2010), Art. 87a Rn. 16; Gärditz, Strafprozeß und Prävention, 2003, S. 374; Gusy, DVBl 1993, 1117 (1120).

²⁸ BT-Drs. 18/9041, S. 1.

²⁹ Das BVerfG hat die Frage der Grundrechtsbindung in dieser Konstellation mangels Entscheidungserheblichkeit in seiner Entscheidung zur strategischen Fernmeldeüberwachung durch den BND ausdrücklich offen gelassen. Siehe BVerfGE 100, 313 (364).

³⁰ BVerfGE 113, 273 (294 ff.).

³¹ Vgl. BVerfGE 111, 160 (171 ff.); 111, 176 (185 f.); 130, 240 (253 ff.); 132, 72 (81 ff.).

³² Farahat, Progressive Inklusion, 2013, S. 141 ff.; Gärditz, VVDStRL 72 (2013), 49 (60-88).

cc) Strategisch relevante Ausland-Ausland-Verbindungen Deutscher?

Eine andere – vom Gesetzesentwurf gerade nicht aufgeworfene – Frage wäre es, ob – unter Beachtung des Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG – auch Ausland-Ausland-Verbindungen von Deutschen unterschiedslos in die strategische Überwachung miteinbezogen werden dürften. Dass es hierfür einen potentiellen Bedarf geben könnte, zeigt bereits das Zerfließen von Zugehörigkeiten in asymmetrischen Konflikten³³ sowie – konkreter – die Beteiligung einer strategisch relevanten Zahl Deutscher an Kampfhandlungen in Syrien und im Irak. Angesichts der von § 6 Abs. 1 BNDG-E erfassten Bedrohungsszenarien wäre jedenfalls im Kern auch insoweit eine – gemessen an Art. 10 GG – verhältnismäßige Ausgestaltung der strategischen Ausland-Fernmeldeüberwachung denkbar. Dies kann jedoch dahinstehen, weil der Deutsche Bundestag jedenfalls *nicht verpflichtet* ist, alle denkbaren Eingriffsoptionen zu nutzen, und sich vorliegend aus – wie dargelegt – vertretbaren Gründen für eine Differenzierung entschieden hat.

IV. Einzelregelungen

Zu den Einzelregelungen ist – soweit angezeigt – wie folgt Stellung zu nehmen:

1. Die Befugnis zur strategischen Auslandsaufklärung

Herzstück der Novelle des BNDG ist die – bislang unregelte – strategische Ausland-Ausland-Fernmeldeüberwachung. Der Bundesnachrichtendienst darf nach § 6 Abs. 1 Satz 1 BNDG-E zur Erfüllung seiner Aufgaben vom Inland aus mit technischen Mitteln Informationen einschließlich personenbezogener Daten aus Telekommunikationsnetzen, über die Telekommunikation von Ausländern im Ausland erfolgt (Telekommunikationsnetze), erheben und verarbeiten (Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung), wenn diese Daten erforderlich sind, um

1. frühzeitig Gefahren für die innere oder äußere Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland erkennen und diesen begegnen zu können,
2. die Handlungsfähigkeit der Bundesrepublik Deutschland zu wahren oder
3. sonstige Erkenntnisse von außen- und sicherheitspolitischer Bedeutung über Vorgänge zu gewinnen, die in Bezug auf Art und Umfang durch das Bundeskanzleramt im Einvernehmen mit dem Auswärtigen Amt, dem Bundesministerium des Innern, dem Bundesministerium der Verteidigung, dem Bundesministerium für Wirtschaft und Energie und dem Bundesministerium für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung bestimmt werden.

Die Datenerhebung erfolgt anhand spezifischer Suchbegriffe (§ 6 Abs. 2 BNDG-E) und darf nach § 6 Abs. 1 Satz 2 BNDG-E nur aus denjenigen Telekommunikationsnetzen erfolgen, die das Bundeskanzleramt zuvor durch Anordnung (§ 9 BNDG-E) bestimmt hat. Die Regulationsstruktur orientiert sich hierbei an der strategischen Fernmeldeüberwachung nach §§ 5, 9, 10 G 10.

³³ Vgl. *Münkler*, *Kriegssplitter: Die Evolution der Gewalt im 20. und 21. Jahrhundert*, 2015, S. 317 ff.

a) Allgemeines

Dass die Aufklärungsziele hierbei teils sehr vage bleiben (vgl. § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2-3 BNDG-E), ist schlicht eine Konsequenz des außenpolitisch-strategischen Aufklärungsauftrags, der sich neben der nachrichtendienstlichen Vorfeldaufklärung von Sicherheitsrisiken vor allem darauf richtet, die Bundesregierung informiert und handlungsfähig zu halten. Hierbei geht es gerade nicht darum, Ermittlungen gegen einzelne Personen zu führen, weshalb es auch für die strategische Auslandsaufklärung auf die tradierten rechtsstaatlichen Eingriffsschwellen, die auf individueller Zurechnung gründen (Verdacht, konkrete Gefahr), nicht ankommt. Rechtsstaatliche Barrieren sind indes dort notwendig, wo strategisch erhobene Daten zu anderen Zwecken als der außenpolitischen Willensbildung übermittelt und verwertet werden sollen.³⁴

Der Verzicht auf einen Einsatz der strategischen Überwachung zur Wirtschaftsspionage (§ 6 Abs. 5 BNDG-E) ist insoweit konsequent, als es sich bei einer Informationsbeschaffung zugunsten privater Unternehmen ohnehin nicht um eine Aufklärungstätigkeit handeln würde, die auftragsgemäß (§ 1 Abs. 2 BNDG) im Rahmen der kompetenzbegründenden auswärtigen Angelegenheiten (Art. 73 Abs. 1 Nr. 1 GG) der Information der Bundesregierung dient, außen- und sicherheitspolitische Entscheidungen zu treffen. Soweit unternehmensbezogene Informationen notwendig sind, außenpolitische Entscheidungen der Bundesregierung informiert zu treffen (und nicht lediglich einzelnen Unternehmen Wettbewerbsvorteile zu verschaffen), bleibt aber die Zuständigkeit des BND von § 6 Abs. 5 BNDG-E auch weiterhin unberührt.

b) Überwachung „vom Inland aus“ und „vom Ausland aus“

Der BND wird durch § 6 Abs. 1 BNDG-E ausdrücklich nur zur Überwachung „vom Inland aus“ ermächtigt. Für die Ausland-Ausland-Fernmeldeüberwachung *vom Ausland aus* greift künftig die Regelung des § 7 BNDG-E. Es kann außen- oder sicherheitspolitisch notwendig sein, dass der BND als Auslandsnachrichtendienst zur Informationsbeschaffung auch im Ausland tätig wird, also etwa Telekommunikationsknoten auf fremden Territorium anzapft. Da es auch kardinal sicherheitsrelevante Informationen von strategischer Bedeutung gibt, die nicht über deutsche Telekommunikationsnetze zu erlangen sind, bleibt die Zulassung einer reinen Auslandsaufklärung – auch im Vergleich mit den Aktionsräumen ausländischer Nachrichtendienste – unverzichtbar.³⁵

§ 7 Abs. 1 BNDG-E erklärt insoweit die Bestimmung des § 6 BNDG-E im Wesentlichen für entsprechend anwendbar, überträgt also die dortigen Restriktionen auch auf Einsätze im Ausland. Zwar bezieht sich § 7 BNDG-E nur auf die Verarbeitung und die Nutzung der Daten, nicht explizit auf die Erhebung. Aus der Systematik ergibt sich aber – ungeachtet der undeutlichen Terminologie –, dass Nutzung die inländische Verwertung betrifft. Die Verarbeitung schließt dann – soll ein selbstständiger Anwendungs-

³⁴ Vgl. allgemein BVerfGE 133, 277 (329); BVerfG, Urt. v. 20.4.2016 – 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09, NJW 2016, 1781, Rn. 320.

³⁵ Ungeregelt bleibt die *individuelle* – gezielte – Fernmeldeüberwachung im Ausland. § 1 Abs. 1 Nr. 1, § 3 G 10 kommt nicht zur Anwendung, weil sich aus § 3 Abs. 1a G 10 im Umkehrschluss ergibt, dass sich die Fernmeldeüberwachung durch den BND auf inländische Maßnahmen beschränkt. Erachtet man heimliche Auslandsüberwachungen mangels grundrechtlicher Abwehrlage nicht als Eingriff in Art. 10 GG, bleibt es dabei, dass solche Maßnahmen weiterhin auf der Grundlage der Aufgabenorm des § 1 Abs. 2 BNDG zulässig bleiben. Hierfür *Gárditz*, Die Verwaltung 48 (2015), 463 (472 ff., 486 ff.).

bereich verbleiben – alle vorgelagerten Vorgänge einschließlich der Erhebung implizit ein, weil eine Erhebung, die nicht zur Gewinnung von Daten führen soll, die danach wenigstens verarbeitet (ausgewertet) werden, von vornherein nicht erforderlich und damit unverhältnismäßig wäre. Daher ist § 7 Abs. 1 BNDG-E richtigerweise so zu lesen, dass auch eine Datenerhebung im Ausland nur zulässig ist, wenn die Voraussetzungen des § 6 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3-6 BNDG-E hinsichtlich der späteren Verwertung von Anfang an vorliegen.

Ob eine Gleichstellung von Inlands- und Auslandsaufklärung rechtsstaatlich – namentlich im Hinblick auf die Grundrechtsbindung (Art. 1 Abs. 3 GG) – wirklich erforderlich ist, mag man bezweifeln, da der BND im Ausland niemanden hoheitlich in Anspruch nehmen kann, sondern wie ein Privater (i. d. Regel unter dem Risiko der Strafverfolgung eingesetzter Mitarbeiter) operieren muss.³⁶ Richtigerweise sind solche nachrichtendienstlichen Tätigkeiten im Ausland schon deshalb nicht gemäß Art. 1 Abs. 3 GG an den Grundrechten zu messen, weil der BND hier zwar im öffentlichen Auftrag tätig wird, aber nicht in der Lage ist, Hoheitsrechte („öffentliche Gewalt“) auszuüben, an die Grundrechtsbindung funktional anschließt.³⁷ Daher ließen sich bislang solche reinen Auslandsaufklärungen auch auf die allgemeine Aufgabennorm (§ 1 Abs. 2 BNDG) stützen.³⁸ Ungeachtet dessen ist rechtspolitisch die durch § 7 BNDG-E erfolgende Parallelschaltung gut vertretbar. Zudem hat eine ausdrückliche und konkrete Regelung den Vorzug, dass sich die oft unter erheblichen Risiken (nämlich nach Ortsrecht illegal) arbeitenden Auslandsmitarbeiter und Auslandsmitarbeiterinnen des BND zumindest auf die Legalität ihres Handelns nach deutschem Recht verlassen können.

Der wesentliche Unterschied zwischen einer strategischen Ausland-Fernmeldeüberwachung vom Inland und vom Ausland aus, der durch die selektive Verweisung in § 7 Abs. 1 auf § 6 BNDG-E bewirkt wird, besteht darin, dass es einer besonderen Anordnung des Bundeskanzleramtes nicht bedarf und eine enge Bindung an Suchbegriffe fortfällt. Dies erscheint sachgerecht, weil der Einsatz von Mitarbeitern und Mitarbeiterinnen im Ausland – allein aufgrund des Entdeckungsrisikos – eine höhere operative Flexibilität erfordert.

c) Erhöhte innereuropäische Eingriffsschwellen

§ 6 Abs. 3 BNDG-E gibt höhere Eingriffsschwellen vor, wenn Suchbegriffe der gezielten Erfassung von Einrichtungen der EU, ihrer Mitgliedstaaten oder von Unionsbürgerinnen und -bürger zu dienen bestimmt sind. Diese Regelung stellt eine vernünftige Balance zwischen außenpolitischen Aufklärungsinteressen einerseits und gegenseitiger Loyalität in einer Integrationsgemeinschaft andererseits her. Auch im EU-Ausland können Informationen vorhanden sein, die von kardinaler außenpolitischer Bedeutung für die Bundesrepublik Deutschland sind, die aber nicht automatisch von den EU-Partnern mit deutschen Nachrichtendiensten geteilt werden. Die hohe Hürde einer Gefahr nach § 5 Abs. 1 Satz 3 G 10, auf den § 6 Abs. 3 Satz 1 BNDG-E Bezug nimmt, stellt sicher, dass der Zugriff auf Einrichtungen der EU oder ihrer Mitgliedstaaten auf ganz besondere, seltene Ausnahmefälle begrenzt bleibt. Die Möglichkeit einer Überwachung bleibt aber unbeschadet dessen sinnvoll. Dies gilt erst recht für Gefahren im Sinne des § 3

³⁶ Gärditz, Die Verwaltung 48 (2015), 463 (475).

³⁷ Gärditz, Die Verwaltung 48 (2015), 463 (472 ff.).

³⁸ Gärditz, Die Verwaltung 48 (2015), 463 (486 ff.).

Abs. 1 G 10, auf den § 6 Abs. 3 Satz 2 BNDG-E Bezug nimmt und die von Personen mit Unionsbürgerschaft ausgehen (z. B. von „home grown terrorists“).

Soweit § 6 Abs. 3 BNDG-E Unionsbürgerinnen und -bürger³⁹ hierdurch gegenüber anderen Ausländern *privilegiert*, begegnet dies weder verfassungs- noch unionsrechtlichen Bedenken. Die Regelung trägt lediglich einem qualifizierten personalen Schutzbedarf Rechnung, der daraus erwächst, dass die Unionsbürgerschaft ein spezifisches Zugehörigkeitsverhältnis zur EU begründet, das in allen Mitgliedstaaten zu einem qualifizierten Sonderstatus (vgl. Art. 20 AEUV) führt.⁴⁰ Die Differenzierung ist daher nach Art. 3 Abs. 1 GG gerechtfertigt. Dass Unionsbürgerinnen und -bürger gegenüber deutschen Staatsangehörigen im Ausland, zu deren Überwachung § 6 BNDG nicht ermächtigt, wiederum *benachteiligt* werden, verletzt auch nicht das unionsrechtliche Diskriminierungsverbot wegen der Staatsangehörigkeit (Art. 18 AEUV). Denn dieses gilt nur im Anwendungsbereich des Unionsrechts,⁴¹ das aber nachrichtendienstliche Aufklärung schon kompetenzrechtlich nicht erfasst.

d) Konkretisierende Dienstvorschrift

Nach § 6 Abs. 7 BNDG-E sind die näheren organisatorischen und technischen Einzelheiten in einer Dienstvorschrift festzulegen, die der Zustimmung des Bundeskanzleramtes bedarf und dem Parlamentarischen Kontrollgremium anzuzeigen ist. Eine allgemeine Regelung durch VwV führt ggf. nach Art. 3 Abs. 1 GG zu einer Selbstbindung,⁴² worauf sich – insbesondere hinsichtlich grundrechtsrelevanter Praktiken – auch Betroffene berufen könnten. Dass der Dienstvorschrift darüber hinaus begrenzte normkonkretisierende Außenwirkung zukommen soll,⁴³ ist nicht anzunehmen. Die Zustimmung des Kanzleramtes als Fachaufsichtsbehörde entspricht keinem qualifizierten Erlassverfahren und die geregelten Gegenstände beruhen nicht auf spezifischem (nicht reproduzierbarem) Sachverstand. Dienstvorschriften (sprich: Verwaltungsvorschriften) sind allgemein Ausdruck der Weisungsbefugnis der Vorgesetzten (§ 62 Abs. 1 Satz 2 BBG), sodass eine entsprechende Ermächtigung eigentlich funktionslos wäre. Die Regelung dient daher nicht der Ermächtigung, sondern letztlich der Transparenz,⁴⁴ weil sie verlangt, dass die Einzelheiten der Durchführung *vorab* und *abstrakt-generell* festzulegen sowie *interne Kontrollroutinen* einzurichten sind. Dies kann auch dazu beitragen, den Defiziten einer strukturellen Parzellierung des Wissens, durch die oft auch Vorgesetzte über operative Details nicht hinreichend informiert sind und interne Kontrolle erschwert werden,⁴⁵ durch klare Regeln der Verantwortlichkeit entgegenzuwirken. Insoweit ist die Regelung zu begrüßen.

³⁹ Auch Deutsche sind Unionsbürgerinnen bzw. -bürger, sind aber nach Sinn und Zweck nicht gemeint.

⁴⁰ Vgl. beispielsweise EuGH, Urt. v. 20. 9. 2001, Rs. C-184/99 (Grzelczyk), Slg. 2001, I-6193, Rn. 31; Urt. v. 17. 9. 2002, C-413/99 (Baumbast und R), Slg. 2002, I-7091, Rn. 82; Urt. v. 2. 10. 2003, Rs. C-148/02 (Garcia Avello), Slg. 2003, I-11613, Rn. 22; Urt. v. 19. 10. 2004, C-200/02 (Zhu und Chen), Slg. 2004, I-9925, Rn. 25; Urt. v. 12. 9. 2006, Rs. C-145/04 („Gibraltar“), Slg. 2006, I-7917, Rn. 74; Urt. v. 2. 3. 2010, C-135/08 (Rottmann), 2010 I-1449, Rn. 43; Urt. v. 8. 3. 2011, Rs. C-34/09 (Zambrano), Slg. 2011 I-1177, Rn. 41; Urt. v. 21. 7. 2011, Rs. C-503/09 (Stewart), Slg. 2011 I-6497, Rn. 80-

⁴¹ Zur Abgrenzung i. E. *Epiney*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 5. Aufl. (2016), Art. 18 AEUV Rn. 15 ff.

⁴² Allgemein *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. (2011), § 24 Rn. 21 ff.

⁴³ Im Rahmen der besonderen Verwaltungsvorschriften nach § 48 BImSchG wurde dies bekanntlich angenommen. Siehe nur BVerwGE 110, 216 (218); 114, 342 (344 f.); *Jarass*, BImSchG, 11. Aufl. (2015), § 48 Rn. 42 ff., m. w. Nachw.

⁴⁴ Jedenfalls gegenüber den Kontrollinstanzen. Gegenüber der Öffentlichkeit dürfte eine solche Dienstvorschrift, die auch Details der technischen Durchführung und damit Ansätze enthält, Überwachung zu vermeiden, geheimhaltungsbedürftig sein.

⁴⁵ *Gusy*, VerwArch 106 (2015), 437 (444 f.).

2. Datenverarbeitung

Es entspricht der ständigen Rechtsprechung des BVerfG,⁴⁶ dass die Weiterverwendung von Daten nur für Zwecke verfassungsmäßig ist, die auch als Rechtfertigung ausgereicht hätten, die Daten zielgerichtet zu erheben („hypothetischer Ersatzeingriff“),⁴⁷ was letztlich Umgehungen der gesetzlichen Erhebungsvoraussetzungen verhindern soll.⁴⁸ Zudem sind zur Gewährleistung dieser Anforderungen verfahrensrechtliche Sicherungen wie Kennzeichnungs-, Löschungs- und Protokollierungspflichten notwendig sind.⁴⁹ Unterstellt man, die nach § 6 BNDG-E durchgeführten Maßnahmen greifen in Art. 10 GG ein, trägt der Gesetzentwurf jedenfalls diesen Anforderungen Rechnung. Die Verarbeitung der erhobenen Daten wird in § 10 BNDG-E geregelt. Vorgesehen sind eine Kennzeichnungspflicht (§ 10 Abs. 1 BNDG-E), differenzierte Löschungspflichten (§ 10 Abs. 2-5 BNDG-E) und Protokollierungspflichten betreffend die Löschung (§ 10 Abs. 6 BNDG-E). Die grundsätzliche Mitteilungspflicht an den Betroffenen nach § 10 Abs. 4 Satz 2 Halbsatz 2 BNDG-E dient dem prozeduralen Grundrechtsschutz⁵⁰ sowie der Ermöglichung effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG)⁵¹ und entspricht damit – wie andere Regelungen (etwa § 12 G 10, § 8b Abs. 7 BVerfSchG, § 22a Abs. 4 BPolG, § 20w BKAG) – den allgemeinen verfassungsrechtlichen Anforderungen⁵². Im Übrigen bleiben die allgemeinen Regelungen der Datenverwendung nach §§ 4, 9, 10 BNDG, die modifizierend auf das BVerfSchG verweisen (vgl. dort die Übermittlungsschranken der §§ 19, 20, 23 BVerfSchG⁵³), abgesehen von einer Neunummerierung (künftig: §§ 19, 24, 31 BNDG) unberührt. Dass die striktere Übermittlungsregelung des § 7 G 10 vorliegend nicht zur Anwendung kommt, ist aufgrund der dargestellten Differenzen hinsichtlich des Inlandsbezugs im Rahmen der strategischen Aufklärung nach § 5 G 10 einerseits und § 6 BNDG-E andererseits verfassungsrechtlich gerechtfertigt.

3. Verpflichtung der TK-Dienstleister

Um Zugriff auf innerdeutsche Telekommunikationsnetze zu erhalten (§ 6 Abs. 1 BNDG-E), enthält § 8 BNDG-E eine Regelung, geschäftsmäßige Anbieter von Telekommunikationsdiensten zu verpflichten. Vorbild für diese Regelung ist die Ermächtigung zu Auskunftsanordnungen nach §§ 8a, 8b BVerfSchG. § 8 Abs. 2-3 BNDG-E enthält Regelungen betreffend die Sicherheitsüberprüfung der beim jeweiligen Unternehmen mit der Durchführung betrauten Mitarbeiter. Die Regelung des § 8 BNDG-E ist unverzichtbar, weil der BND ohne Mitwirkung der Netzbetreiber praktisch keinen funktionsadäquaten Überwachungszugriff herstellen könnte.

⁴⁶ Zuletzt *BVerfGE* 133, 277 (324).

⁴⁷ *BVerfGE* 100, 313 (360, 389); 109, 279 (375f.); 110, 33 (73); 133, 277 (324).

⁴⁸ *BVerfGE* 133, 277 (324).

⁴⁹ *BVerfGE* 65, 1 (46); 113, 29 (58); 124, 43 (70); 133, 277 (324).

⁵⁰ *BVerfGE* 100, 313 (361); 109, 279 (363 f.).

⁵¹ *BVerfGE* 100, 313 (364); 120, 351 (361); 125, 260 (335); *Kornblum*, Rechtsschutz gegen nachrichtendienstliche Aktivitäten, 2011, S. 122 ff.

⁵² Siehe *BVerfGE* 109, 267 (363 f.); 133, 277 (369).

⁵³ Zur Frage, ob diese Regelungen ihrerseits den Anforderungen des BVerfG genügen oder zu präzisieren sind, siehe *Bäcker/Giesler/Harms/Hirsch/Kaller/Wolff*, Bericht der Regierungskommission zur Überprüfung der Sicherheitsgesetzgebung in Deutschland, 2013, S. 202-207; *Bock*, in: Schenke/Graulich/Ruthig (Hrsg.), Sicherheitsrecht des Bundes, 2014, § 19 BVerfSchG Rn. 14.

Gerade aus diesem Grund sollte jedoch sichergestellt werden, dass eine Verpflichtung im Konfliktfall auch durchgesetzt werden kann. Zu der parallel strukturierten Verpflichtungsregelung des § 8a BVerfSchG (ggf. i. V. mit § 2a BNDG) wird jedoch vertreten, dass die jeweilige Verpflichtung nicht durchsetzbar und das VwVG nicht anwendbar sei.⁵⁴ Begründet wird dies mit dem Trennungsgebot (§ 2 Abs. 3 BNDG bzw. § 8 Abs. 3 BVerfSchG), das nach einer verbreiteten Lesart den Nachrichtendiensten nicht nur klassischen polizeilichen Zwang (Durchsuchung, Beschlagnahme, Gewahrsam usw.) vorenthält, sondern jedwede Befugnis, außenwirksame Verwaltungsakte zu erlassen, verschließen soll.⁵⁵ Dies ist in der Sache zwar nicht überzeugend und geht an der historisch erklärbaren Regelungsfunktion des Trennungsgebots vorbei, entspricht aber der herkömmlichen Auffassung, die absehbar auch der Auslegung der hier in Rede stehenden Norm zugrunde gelegt werden wird. Auch wenn adressierte Unternehmen bislang – im Rahmen der §§ 8a, 8b BVerfSchG – reibungslos kooperiert haben und ihren Verpflichtungen nachgekommen sind, ist nicht auszuschließen, dass es künftig zu Konflikten kommt, namentlich sich ein Anbieter von Telekommunikationsdiensten mit Blick auf die derzeit eher geringe Popularität der Überwachungsmaßnahmen des BND weigert, die notwendigen Mitwirkungshandlungen vorzunehmen.⁵⁶ Daher sollte die Vollzugsfrage sinnvollerweise gesetzlich geregelt/klargestellt werden. Dies kann sinnvollerweise dadurch geschehen, dass das Bundeskanzleramt, für das als bloße Fachaufsichtsbehörde des BND die Regelung des § 2 Abs. 3 BNDG ohnehin nicht gilt, Verpflichtungen aus § 8 BNDG-E durch Verwaltungsakt festsetzen (und folglich nach VwVG auch durchsetzen) kann.⁵⁷ Alternativ käme – wie im Rahmen der vergleichbaren Verpflichtungen nach (durch Art. 2 Nr. 2 des vorliegenden Gesetzes ohnehin angepassten) § 114 TKG – eine Durchsetzung der Pflicht nach § 8 BNDG-E durch die BNetzA nach § 115 TKG in Betracht.

4. Verfahren

Die Beteiligung der Bundeskanzleramtes, das die Überwachung anordnet (§ 6 Abs. 1 Satz 2 BNDG-E), und der Behördenleitervorbehalt für die Antragstellung (§ 9 Abs. 1 Satz 1 BNDG-E) entsprechen einem etablierten Modell (vgl. § 8b BVerfSchG, §§ 9, 10 Abs. 1 G 10), das der prozeduralen Sicherung der Rechtmäßigkeit dient⁵⁸ und die politische Verantwortung durch Hochzoning erhöht⁵⁹. Wer Vertreterin oder Vertreter der Behördenleitung ist, richtet sich grundsätzlich nach den internen Regelungen über die

⁵⁴ BT-Drs. 14/7386, S. 39; *Dröste*, Handbuch des Verfassungsschutzrechts, 2007, S. 233; *Mallmann*, in: Schenke/Graulich/Ruthig (Hrsg.), Sicherheitsrecht des Bundes, 2014, § 8a BVerfSchG Rn. 3; *Schwabenbauer*, Heimliche Grundrechtseingriffe, 2013, S. 27; *Siems*, in: Schenke/Graulich/Ruthig (Hrsg.), Sicherheitsrecht des Bundes, 2014, § 4a MADG Rn. 14. Anders *Fremuth*, AöR 139 (2014), 32 (55 f.), der in § 8a BVerfSchG eine nicht nachrichtendienstliche Regel sieht, die aus dem Regelungssystem des BVerfSchG ausbreche.

⁵⁵ *Borgs-Maciejwieski*, in: ders./Ebert (Hrsg.), Das Recht der Gemeindienste, 1986, § 3 BVerfSchG Rn. 137; *Dröste*, Handbuch des Verfassungsschutzrechts, 2007, S. 294; *Poscher/Rusteberg*, KJ 2014, 57 (28).

⁵⁶ So ist nicht von vornherein auszuschließen, dass irgendwann einmal auch Zugriff auf das Netz eines der zahlreichen kommunalen Anbieter von Telekommunikationsdiensten benötigt wird, hier aber die Kooperation viel leichter politisiert werden kann.

⁵⁷ Am einfachsten wäre eine Ergänzung des § 9 Abs. 1 BNDG-E durch einen klarstellenden Satz 3: „Die Anordnung ergeht gegenüber den nach § 8 verpflichteten Unternehmen durch Verwaltungsakt nach § 35 Verwaltungsverfahrensgesetz und ist zuzustellen.“ Zugleich könnte dies zum Anlass genommen werden, auch eine Klarstellung in die §§ 8a, 8b BVerfSchG einzufügen.

⁵⁸ Vgl. allgemein *Hufeld*, Die Vertretung der Behörde, 2003, S. 346; *Tegtmeyer/Vable*, Polizeigesetz NRW, 10. Aufl. (2011), § 15a Rn. 12.

⁵⁹ *Huber*, ZRP 2016, 162 (164); allgemein *Albers*, Die Determination polizeilicher Tätigkeit in den Bereichen der Straftatenverhütung und der Verfolgungsvorsorge, 2001, S. 309; *Bäcker*, Kriminalpräventionsrecht, 2015, S. 154.

behördliche Organisation und Geschäftsverteilung.⁶⁰ Nach Sinn und Zweck der Regelung ist aber davon auszugehen, dass es sich um eine Beamtin oder einen Beamten in herausgehobener Funktion handeln muss, damit qualifizierte Verantwortung für die Recht- und Zweckmäßigkeit einer Anordnung übernommen werden kann.

5. Kernbereichsschutz

§ 11 BNDG-E enthält die übliche – aufgrund der Rechtsprechung des BVerfG gebotene⁶¹ – Generalklausel, wonach Eingriffe, die allein auf Erkenntnisse zielen, die den Kernbereich persönlicher Lebensgestaltung⁶² betreffen, unzulässig sind und Daten, die erlangt werden und diesen Bereich betreffen, nicht verwertet dürfen, sondern protokolliert gelöscht werden müssen. Dies bedeutet, dass bei der Auswahl der Suchparameter bereits dem Kernbereichsschutz, der die Unantastbarkeit der Menschenwürde spiegelt (Art. 1 Abs. 1 GG), Rechnung zu tragen ist. Da sich „Zufallstreffer“ insoweit nicht ausschließen lassen, sind Verwertungsverbot und Löschungspflicht konsequent; dass die Prüfung, ob ein entsprechender Sachverhalt betroffen ist, bereits die Kenntnisnahme durch eine mit der Sichtung betraute Person einschließen wird, ist unvermeidbar und im Interesse des prozeduralen Menschenwürdeschutzes aufgrund des hohen Ranges der durch den Eingriff zu schützenden Rechtsgüter hinzunehmen.⁶³ Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass die rein strategischen Aufklärungsziele nach § 6 Abs. 1 Satz 1 BNDG-E eine Berührung des Kernbereichs persönlicher Lebensgestaltung zwar nicht ausschließen, aber doch sehr unwahrscheinlich machen. Die schlanke und generalklauselartige Regelungsgestaltung ist insoweit verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

6. Kooperationsrecht

Ein Novum stellen die §§ 13-15 BNDG-E und die §§ 26-30 BNDG-E dar. Dieser Regelungskomplexe normieren Vorgaben für die internationale Kooperation der Nachrichtendienste und hegen Kooperationen institutionell ein. Die §§ 13 ff. BNDG-E betreffend spezifisch die Kooperation im Rahmen der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung. Wesentliches Instrument der Zusammenarbeit sind beidseitige Absichtserklärungen, deren Mindestinhalte und legitimen Kooperationsziele § 13 Abs. 3 BNDG-E vorschreibt. Die §§ 26 ff. BNDG-E betreffen ganz allgemein die fallübergreifende – institutionelle – internationale Kooperation durch den BND mit ausländischen Nachrichtendiensten. Der Bundesnachrichtendienst kann nach § 26 Abs. 1 BNDG-E zum Zwecke des Austausches und der gemeinsamen Auswertung von nachrichtendienstlichen Informationen und Erkenntnissen mit ausländischen öffentlichen Stellen gemeinsame Dateien führen (§ 27 BNDG-E) oder sich an diesen beteiligen (§ 30 BNDG-E). Die jeweilige Datei muss sich auf bestimmte Gefahrenlagen oder bestimmte Personenkreise beziehen und

⁶⁰ Siehe etwa BVerwG, Beschl. v. 16. 3. 2010 - 2 B 3/10, Rn. 9; OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 21. 2. 2013 - G 81 D 2.10, Rn. 44 (juris); VG Berlin, Urt. v. 23.05.2013 - 1 K 194.11, Rn. 24 (juris).

⁶¹ BVerfGE 109, 279 (280f., 325ff.); 113, 248 (389 ff.); 120, 274 (335 ff.); 129, 208 (245 ff.); 130, 1 (2).

⁶² Zur Struktur vertiefend *Barrot*, Der Kernbereich privater Lebensgestaltung: Zugleich ein Beitrag zum dogmatischen Verständnis des Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG, 2012; *Dammann*, Der Kernbereich der privaten Lebensgestaltung: Zum Menschenwürde- und Wesensgehaltsschutz im Bereich der Freiheitsgrundrechte, 2011; *Reichert*, Der Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung in den Polizeigesetzen des Bundes und der Länder, 2015; *Warntjen*, Heimliche Zwangsmaßnahmen und der Kernbereich privater Lebensgestaltung, 2007.

⁶³ Vgl. BVerfGE 113, 348 (392).

wird durch § 26 Abs. 2 BNDG-E an rechtsstaatlich vergleichbare Schutzstandards gebunden. Eine Zusammenarbeit ist hiernach nur zulässig, wenn dies von erheblichem außen- und sicherheitspolitischem Interesse für die Bundesrepublik Deutschland ist (1.), in den teilnehmenden Staaten die Einhaltung grundlegender rechtsstaatlicher Prinzipien gewährleistet ist (Nr. 2) und sichergestellt ist, dass das Prinzip der Gegenseitigkeit gewahrt wird (Nr. 3). Die Bedingungen der Kooperation sind nach § 26 Abs. 4 BNDG-E ebenfalls in verbindlichen Absichtserklärungen vorab zu fixieren. Die §§ 27 ff. BNDG-E enthalten Vorgaben zur Sicherung der – verfassungsrechtlich gebotenen⁶⁴ – Zweckbindung der erhobenen Daten und zur verfahrensrechtlichen Sicherung des Umgangs mit Dateien. Die hierbei etablierte hohe Kooperationsschwelle ist schon deshalb plausibel, weil es nicht um einen – schon bislang möglichen (§ 9 Abs. 2 BNDG i. V. mit § 19 Abs. 3 BVerfSchG)⁶⁵ – einzelfallbezogenen Austausch, sondern um eine *institutionelle Kooperation* geht, bei der ausländische Nachrichtendienste fließend und dauerhaft in Informationsaustausch eingebunden werden. Schon angesichts der sehr unterschiedlichen Datenschutzkonzepte und rechtsstaatlichen Sicherungen bedarf ein solcher Datenaustausch einer rechtsstaatlich tragbaren Einhegung.

a) Allgemeine Bewertung

Die Bestimmungen tragen dem Umstand Rechnung, dass eine wirksame und vertrauensvolle Zusammenarbeit mit ausländischen Nachrichtendiensten für die öffentliche Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland unerlässlich ist. Dies gilt zumal in einer außen- und sicherheitspolitisch krisenbelasteten Zeit sowie angesichts der geografischen Lage eines Landes, dessen Handlungsfähigkeit auch von der räumlichen wie sozialen Nähe zu zahlreichen Konfliktherden der Welt geprägt wird, zu denen andere – mit Blick auf die USA: unvergleichbar ressourcenstärkere – Nachrichtendienste teils besseren informationellen bzw. quellenbezogenen Zugang haben. Indem der Gesetzentwurf dies anerkennt, hebt er sich positiv von den gängigen Polemiken in der öffentlichen Diskussion der jüngeren Zeit ab, die nachrichtendienstliche Kooperation – zumal mit dem Vereinigten Königreich und den USA – unter Generalverdacht stellen wollen. Zugleich anerkennt der Entwurf den Bedarf nach rechtsstaatlicher Einhegung, nicht zuletzt um zu verhindern, dass verfahrensrechtliche und materielle Sicherungen nach deutschem Recht dadurch unterlaufen werden, dass bestimmte, rechtlich heikle Operationen nachrichtendienstlicher Aufklärung kurzerhand ausländischen Diensten überantwortet werden.⁶⁶ Gerade weil eine Kooperation mit ausländischen Diensten dazu führt, dass sich das gesamte Eingriffsszenario nicht mehr von deutscher Seite beherrschen und demokratisch verantworten lässt, gebieten die betroffenen Grundrechte hier hohe präventive Schutzstandards.⁶⁷

Die durch „Absichtserklärungen“ (sprich: verbindliche Verwaltungsvereinbarung) zu fixierenden Anforderungen des § 13 Abs. 3 BNDG-E versuchen erstmals – und insoweit auch mit rechtsvergleichender

⁶⁴ BVerfGE 65, 1 (46); 115, 320 (350); 118, 168 (187); 120, 378 (408); 130, 151 (202).

⁶⁵ Siehe daneben ergänzend die truppenstatutrechtliche Ergänzungsklausel nach § 19 Abs. 2 BVerfSchG, die auch einen Austausch mit ausländischen Nachrichtendiensten erfasst, jedenfalls soweit diese zum Schutz stationierter Truppen eingesetzt werden, Vgl. *Wolf*, JZ 2013, 1039 (1045).

⁶⁶ Insoweit sieht § 14 Abs. 3 BNDG-E als sachgerechte Sicherung vor, dass im Rahmen einer internationalen Kooperation von Nachrichtendiensten bei der Fernmeldeüberwachung die Ausland-Ausland-Fernmeldeüberwachung nur durch den BND selbst erfolgen darf. Dies verhindert, dass sich der BND der Bindungen, die sich aus deutschem Recht (namentlich § 7 BNDG-E) ergeben, durch ein Outsourcing der Durchführung der Überwachung entzieht.

⁶⁷ Siehe differenziert *Marauhn*, VVDStRL 74 (2015), 373 (377 ff.).

Leitbildfunktion für Reformoptionen in anderen Staaten – eine gesetzliche Konturierung dauerhafter Kooperationsbeziehungen zu erreichen. Hierbei ist die Absichtserklärung, die als Ausdruck prozeduralen Schutzes⁶⁸ durch das Kanzleramt (nach Partnerdienst und Verantwortlichkeit gestuft) zu genehmigen ist (§ 13 Abs. 4, § 26 Abs. 3 BNDG-E⁶⁹), eine geeignete Form, die dem Umstand Rechnung trägt, dass die Modalitäten der Zusammenarbeit flexibel gehalten, primär durch die beteiligten Dienste ausgehandelt und geheim gehalten werden müssen, sich also formal publizierte Verwaltungsabkommen zwischen Regierungen (vgl. auch Art. 59 Abs. 2 Satz 2 GG) hierfür nicht eignen. Zugleich schließt das Gesetz eine – mit Recht beklagte⁷⁰ – Lücke, die das Gesetz zum besseren Informationsaustausch bei der Bekämpfung des internationalen Terrorismus⁷¹ hinterlassen hat, das mit den §§ 22b, 22c BVerfSchG eine institutionelle Kooperation mit ausländischen Nachrichtendiensten bislang kaum aufgabenadäquat allein dem BfV vorbehalten hat.

b) Gemeinsame Dateien mit ausländischen Nachrichtendiensten

Soweit der Gesetzentwurf es zulässt, dass gemeinsame Dateien mit ausländischen Nachrichtendiensten geführt werden (§§ 26 ff. BNDG-E), enthält die Regelung mit Recht detailliert ausdifferenzierte Anforderungen an institutionelle Kooperationen, die die rechtsstaatliche Beherrschbarkeit sicherstellen.

Auch bei Dateien, die gemeinsam mit ausländischen Nachrichtendiensten geführt werden, sind die Anforderungen zu beachten, die das BVerfG in seiner Entscheidung zur gemeinsamen Anti-Terrordatei⁷² aufgestellt hat. Für die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit eines Informationsaustauschs zwischen verschiedenen Behörden komme es – so das BVerfG – „insbesondere auf die Vergleichbarkeit der verschiedenen Informationszusammenhänge an. Je verschiedenartiger Aufgaben, Befugnisse und Art der Aufgabenwahrnehmung sind, desto größeres Gewicht hat der Austausch entsprechender Daten“.⁷³ Das BVerfG hält aus diesem Grund nachrichtendienstlich erlangte Informationen aus Gründen der Verhältnismäßigkeit nur unter qualifizierten Voraussetzungen in anderen Verfahren für verwertbar. Es begründet dies damit, dass Nachrichtendienste – stark typisierend⁷⁴ – im Vorfeld eines konkreten Verdachts bzw. einer Gefahr tätig werden, vornehmlich der allgemeinen Informationsbeschaffung zur Lagebeurteilung durch die Bundesregierung dienen und aus diesem Grund mit weitreichenden Befugnissen ausgestattet seien, die sich nach der Eingriffsschwelle substantiell von Maßnahmen nach Polizei und Strafprozessrecht unterscheiden.⁷⁵ Das Gericht leitet aus dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung

⁶⁸ Vgl. parallel *Gnüchtel*, NVwZ 2016, 1113 (1114).

⁶⁹ Unklar bleibt: Im Bereich des § 13 BNDG-E bezieht sich die Zustimmung formal auf die Absichtserklärung, im Rahmen des § 26 BNDG-E auf die Zusammenarbeit allgemein. Diese Differenzierung leuchtet nicht ein.

⁷⁰ *Gnüchtel*, NVwZ 2016, 1113 f.

⁷¹ G. v. 26. 7. 2016 (BGBl. I S. 1818).

⁷² BVerfGE 133, 277 ff.

⁷³ BVerfGE 133, 277 (323 f.).

⁷⁴ BVerfGE 133, 277 (328 f.): „Die Rechtsordnung unterscheidet damit zwischen einer grundsätzlich offen arbeitenden Polizei, die auf eine operative Aufgabenwahrnehmung hin ausgerichtet und durch detaillierte Rechtsgrundlagen angeleitet ist, und den grundsätzlich verdeckt arbeitenden Nachrichtendiensten, die auf die Beobachtung und Aufklärung im Vorfeld zur politischen Information und Beratung beschränkt sind und sich deswegen auf weniger ausdifferenzierte Rechtsgrundlagen stützen können“.

⁷⁵ BVerfGE 133, 277 (325 ff.).

(Art. 2 Abs. 1 i. V. mit Art. 1 Abs. 1 GG) daher ein informationelles Trennungsgebot ab, das einen Austausch von Daten zwischen Nachrichtendiensten und Polizei grundsätzlich ausschließt und nur im Ausnahmefall unter qualifizierten Voraussetzungen erlaubt.⁷⁶

Das Problem, dass Daten zu nachrichtendienstlichen Zwecken mit nachrichtendienstlichen Mitteln im Vorfeld erhoben wurden, dann aber über gemeinsame Verbunddateien unmittelbar von anderen Behörden zu polizeilicher Zwangsanzwendung oder zu Maßnahmen der Strafverfolgung genutzt werden können, stellt sich indes vorliegend in dieser Form nicht. Denn die gemeinsamen Dateien nach § 26 BNDG-E dienen beidseitig jeweils nachrichtendienstlichen Zwecken. Auch wenn in § 26 Abs. 1 BNDG-E abstrakt von einer Kooperation „mit ausländischen öffentlichen Stellen“ die Rede ist, ergibt sich aus der gesetzlichen Funktions- und Zweckbindung, dass es sich hierbei nur um eine Kooperation im Bereich der nachrichtendienstlichen Aufklärung handeln darf. Lässt das ausländische Recht eine rechtssichere Trennung von nachrichtendienstlichen und polizeilichen Aufgaben im Rahmen der Kooperation nicht zu, wäre eine gemeinsame Datei unzulässig. Die spezifische Zweckbindung ist nach § 26 Abs. 4 Satz 2 BNDG-E indisponibel sowie zu kontrollierende Mindestbedingung jeder Kooperation. § 28 BNDG-E enthält mit dem Erfordernis der Dateianordnung formalisierte Bedingungen, die einer Zweckentfremdung entgegenwirken sollen. Dass sich ausländische Partnerdienste an die Vereinbarungen halten, lässt sich ebenso wenig garantieren wie sich Rechtsverstöße im Inland ausschließen lassen. Durch die Voraussetzung, dass elementare rechtsstaatliche Prinzipien gewährleistet sind (§ 26 Abs. 2 Nr. 2 BNDG-E),⁷⁷ ist aber auf einer abstrakt-institutionellen Ebene die rechtsstaatliche Kooperationsfähigkeit vorab sorgfältig zu prüfen. An eine Weiterverwendung von Zufallsfunden zu Zwecken der Gefahrenabwehr oder Strafverfolgung wird im Wesentlichen vergleichbare Anforderungen stellen müssen wie an eine – auch nach deutschem Verfassungsrecht nicht ausgeschlossene – Zweckänderung,⁷⁸ um zu verhindern, dass die institutionellen Grenzen der Zweckbindung unterlaufen werden. Diese Vorkehrungen, die freilich in der Praxis strikt zu beachten sind und Prüfungspflichten von Amts wegen auslösen, genügen, um einer verfassungswidrigen Relativierung bzw. Gefährdung der gebotenen Zweckbindung durch internationale Kooperation entgegenzuwirken.

Allerdings hat das BVerfG zusätzlich gefordert, dass eine Regelung über gemeinsam genutzte Dateien dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nur entspreche, „wenn sie hinsichtlich der zu erfassenden Daten sowie deren Nutzungsmöglichkeiten normenklar und in der Sache hinreichend begrenzt ausgestaltet ist sowie hierbei qualifizierte Anforderungen an die Kontrolle gestellt und beachtet werden“.⁷⁹ Dieses Erfordernis ist zwar auch vorliegend zu beachten. Die Aussagen des BVerfG sind aber ebenfalls im Lichte des Grundproblems des seinerzeit zu beurteilenden ATDG zu sehen, wonach dort eine Verbunddatei errichtet wurde, bei der jede Unbestimmtheit das Risiko eines Ineinanderfließens von nachrichtendienstlicher Vorfeldaufklärung, Gefahrenabwehr und Strafverfolgung mit sich gebracht hätte. Vorliegend geht es hingegen ausschließlich um eine international-behördenübergreifende Datei von Nachrichtendiensten im Bereich der – jedenfalls aus deutscher Sicht⁸⁰ – Auslandsaufklärung. Durch die strikte Zweckbindung an den Aufklärungsauftrag des BND (§ 26 Abs. 2 Nr. 2 BNDG-E) und die Wechselseitigkeit (§ 26 Abs. 4

⁷⁶ BVerfGE 133, 277 (329).

⁷⁷ Identische Standards wie nach deutschem (Verfassungs-)Recht sind nicht geboten, vgl. BT-Drs. 18/9041, S. 34.

⁷⁸ Vgl. hierzu nur BVerfGE 133, 277 (324).

⁷⁹ BVerfGE 133, 277 (334).

⁸⁰ Denkbar ist es, dass der Partnerdienst, mit dem im Rahmen der Auslandsaufklärung kooperiert wird, vor Ort ein Inlandsnachrichtendienst im Zielstaat ist.

Satz 2 BNDG-E) beschränkt sich die vorliegende Datei auf nachrichtendienstliche Ziele der Auslandsaufklärung im Vorfeld. Dass diese Ziele dann notwendigerweise abstrakter und weniger konkret sind wie bei Maßnahmen der konkreten Gefahrenabwehr oder der verdachtsgetragenen Strafverfolgung, ist sachimmanent hinzunehmen und auch vom BVerfG, das sich mit rein nachrichtendienstlichen Verbunddateien bislang nicht zu befassen hatte, nicht ausgeschlossen worden.

Auch aus der vom BVerfG beanstandeten Unbestimmtheit der an der Verbunddatei nach ATDG beteiligten Behörden⁸¹ lassen sich für den vorliegenden Kontext keine unmittelbaren Schlüsse ziehen. Zwar stehen auch vorliegend die auf ausländischer Seite beteiligten Behörden nicht fest und werden erst durch Exekutivhandeln des BND und des Bundeskanzleramtes identifiziert. Allerdings geht es – anders als im Rahmen des ATDG – bei den Dateien nach den §§ 26 ff. BNDG um Projektdateien zu konkret vorab zu bestimmenden Zwecken,⁸² nicht um einen abstrakt-behördenbezogenen (allgemeinen) Datenverbund. Welche Partnerdienste in welchem Feld der Aufklärung konkret zur Verfügung stehen und die rechtsstaatlichen Mindestbedingungen einer Kooperation erfüllen können, lässt sich nicht abstrakt-generell vorab festlegen. Gerade durch diese Offenheit wird es möglich, die Parameter der Kooperation in jedem Einzelfall (und insoweit auch grundrechtsschützend) nach Maßgabe des § 26 BNDG-E detailliert in einer Vereinbarung festzulegen und deren Verlässlichkeit zu prüfen. Dieser enge Rahmen einer Kooperation lässt es dann auch zu, die ausländischen öffentlichen Stellen, mit denen gemeinsame Dateien angelegt werden, nicht gesetzlich vorab festzulegen, ohne gegen die allgemeinen Bestimmtheitsanforderungen zu verstoßen.

c) Internationale Kooperation als Ausnahme?

Die Hürde für eine Kooperation wird allerdings im Bereich der Ausland-Ausland-Aufklärung nach den §§ 13 ff. BNDG-E hoch gehängt. Eine Kooperation ist nach § 13 Abs. 1 BNDG-E nur zulässig, wenn eine Aufgabenerfüllung durch den BND anderenfalls „wesentlich erschwert oder unmöglich“ wäre. Dies ist jedenfalls ambivalent zu beurteilen. Denn die Ausgestaltung der Kooperation als Ultima Ratio nach der derzeitigen Entwurfsfassung könnte aber auch Nachteile zeitigen, die jedenfalls sorgfältig erwogen werden sollten und auf die hier hingewiesen wird:

- Die hohe Kooperationshürde bedeutet auch, dass Eingriffen durch deutsche Behörden der Vorrang vor einer Kooperation eingeräumt wird. Dies ist jedenfalls dann problematisch, wenn eine Information über ausländische Partner mit wesentlich milderem Mitteln zu erlangen wäre als durch eine aufwändige und ggf. in der grundrechtlichen Eingriffsintensität schwerer wiegende Überwachung seitens deutscher Dienste.
- Vor allem aber sollte der Anschein vermieden werden, dass die Kooperation mit ausländischen Diensten als eng auszulegende Ausnahmefall zu verstehen ist. Dies würde den praktischen Anforderungen in einer globalisierten Welt nicht gerecht, in der internationale Kooperation den Normalfall markiert und in der sich nicht zuletzt innere und äußere Sicherheit zunehmend überlagern. Namentlich innerhalb des Unionsgebiets, erst recht innerhalb des Schengen-Raumes, sind unter der Bedingung offener Grenzen Aufklärungsziele im Sinne des § 6 Abs. 1 BNDG-E von

⁸¹ BVerfGE 133, 277 (336 f.).

⁸² BT-Drs. 18/9041, S. 33.

vornherein nur kooperativ sinnvoll zu erreichen. Gerade der Bereich der Terrorismusbekämpfung in Europa hat gezeigt, dass wir zu wenig internationale Kooperation haben, nicht zu viel. Die sinnvoll formulierten Bedingungen, die an eine institutionelle Kooperation durch § 13 Abs. 3-4 BNDG-E geknüpft werden, dürften bereits aus sich heraus hinreichend die rechtsstaatliche Beherrschbarkeit und Steuerbarkeit sicherstellen, soweit dies in internationalen Kooperationsbeziehungen überhaupt möglich ist.

- Unklar ist auch, warum im Rahmen des § 22b Abs. 1 BVerfSchG für das BfV und parallel in § 26 Abs. 2 BNDG-E künftig für den BND die Voraussetzungen für eine Errichtung gemeinsamer Dateien mit ausländischen Nachrichtendiensten strukturell abweichend von der vergleichbaren Kooperationsregelung des § 13 BNDG-E formuliert wurden. Namentlich reicht nach § 22b Abs. 1 BVerfSchG einerseits aus, dass „die Erforschung von erheblichem Sicherheitsinteresse für die Bundesrepublik Deutschland und den jeweils teilnehmenden Staat“ ist; andererseits ist aber zu prüfen, ob „die Einhaltung grundlegender rechtsstaatlicher Prinzipien gewährleistet ist“. Auch wenn sich § 13 BNDG-E auf einen besonderen Gegenstand, nämlich die Ausland-Ausland-Fernmeldeüberwachung, bezieht, unterscheiden sich die Kooperationslagen prima facie nicht so stark, dass dies diese sehr deutliche Differenz der Kooperationsvoraussetzung erklärt.

Im Deutschen Bundestag sollte daher jedenfalls erwogen werden, ob nicht eine bessere inhaltliche Harmonisierung von §§ 22b, 22c BVerfSchG bzw. §§ 26 ff. BNDG einerseits und §§ 13-15 BNDG-E sinnvoll wäre. Die abweichenden Voraussetzungen in § 13 Abs. 2 BNDG-E wären nur dann sachgerecht, wenn es spezifische Kooperationsrisiken gäbe, die sich allein im Bereich der Ausland-Ausland-Fernmeldeüberwachung stellen.

7. Kontrolle durch das Unabhängige Gremium

Das Gesetz führt mit dem Unabhängigen Gremium (§ 16 BNDG-E) eine neue Kontrollinstanz ein. Das Unabhängige Gremium wird in bestimmten Fällen von Amts wegen informiert (§ 6 Abs. 5 Satz 1, Abs. 7 Satz 3, § 9 Abs. 4 Satz 1 BNDG-E) und kann partiell den Vollzug von Anordnungen im Rahmen des § 6 BNDG-E stichprobenartig überprüfen (§ 6 Abs. 5 Satz 3, § 15 Abs. 3 BNDG-E). Im Übrigen wird das Unabhängige Gremium in das Anordnungsverfahren grundsätzlich vorab, bei Gefahr im Verzug nachträglich einbezogen, um die Rechtmäßigkeit der Anordnungen zu kontrollieren (§ 9 Abs. 4-5 BNDG-E). Anordnungen, die das Unabhängige Gremium für unzulässig oder nicht notwendig erklärt, sind unverzüglich aufzuheben (§ 9 Abs. 4 Satz 5, Abs. 5 Satz 2 BNDG-E). Dies entspricht dem für die G 10-Kommission etablierten und bewährten Regelungsmodell (§ 15 Abs. 6 G 10). Insoweit ist das Regelungskonzept zunächst positiv zu bewerten. Allerdings enthält es auch strukturelle Schwächen:

- *Unnötige Vermehrung der Kontrollorgane und Beeinträchtigung des Geheimschutzes*: Das Unabhängige Gremium tritt im Bereich der Nachrichtendienstkontrolle neben die G 10-Kommission, die BfDI und das – künftig durch eine(n) Ständige(n) Bevollmächtigte(n) verstärkte – Parlamentarische Kontrollgremium nach Art. 45d GG, PKrGrG⁸³ – anlassbezogene Parlamentarische Untersuchungsausschüsse nach Art. 44 GG, PUAG hierbei völlig außer Acht gelassen. Die Regelung des

⁸³ Hierzu *Christopeit/Wolff*, ZG 2010, 77 ff.; *Hempel*, Der Bundestag und die Nachrichtendienste – eine Neubestimmung durch Art. 45d GG?, 2014, S. 159 ff.; *Shirvani*, VBIBW 2010, 99 ff.

§ 16 BNDG-E führt also zu einer weiteren Vermehrung der Kontrollorgane, die sich als *dysfunktional* erweist. Gerade im Bereich von strikt geheimhaltungsbedürftigen Vorgängen ist es notwendig, den Kreis der Personen, die von einem Vorgang Kenntnis erlangen, die Speicherorte und die Kopien von Aktenstücken möglichst gering zu halten. Durch ein neues Organ wird es notwendig, eine neue Geschäftsstelle einzurichten, zusätzliche Informationsströme zu erlauben und den Zugriff von konkurrierenden Kontrollorganen auf Vorgänge des BND, die inhaltlich oft zusammenhängen werden, zu eröffnen. Dies alles erhöht die Risiken, dass vertrauliche Informationen an die Öffentlichkeit oder an Personen gelangen, bei denen ein Schaden für die Außen- und Sicherheitspolitik der Bundesrepublik Deutschland zu besorgen ist. Da der Kontrollauftrag des Unabhängigen Gremiums rechtlich und technisch im Wesentlichen dem der G 10-Kommission entspricht, hätte es sich aufgedrängt, auch die Kontrolle des BND im Rahmen der neuen §§ 6 ff. BNDG der G 10-Kommission anzuvertrauen, die ggf. aufgabenadäquat zu verstärken gewesen wäre.

- *Bestimmung der Kontrolleure durch die Kontrollierten?* Wird mit dem Unabhängigen Gremium, ohne dass die notwendig wäre, ein neues Kontrollorgan geschaffen, das als funktionaler Antagonist zum Bundeskanzleramt und dem diesen nachgeordneten BND auftritt, spricht dies dagegen, die Einsetzung des Gremiums – wie in § 16 Abs. 2 BNDG-E bislang vorgesehen – an die Bundesregierung anzubinden. Wenn der Kontrollauftrag glaubwürdig sein soll, dann erscheint es nicht plausibel, dass sich die Kontrollierten ihre eigenen Kontrolleure aussuchen. Sinnvoller wäre daher auch hier eine Wahl durch den Deutschen Bundestag (Modell der/des BfDI nach §§ 22 Abs. 1 BDSG) oder durch das Parlamentarische Kontrollgremium (Modell der G 10-Kommission nach § 15 Abs. 1 Satz 5 G 10), um eine organisatorische Parlamentarisierung zu erreichen. Berechtigten Interessen des Bundeskanzleramtes, bei der Auswahl geeigneten Personals mitzuwirken, könnte durch Herstellung des Benehmens Rechnung getragen werden. Die Abstimmung zwischen Parlament und Regierung mag auch im Rahmen des § 16 Abs. 2 BNDG-E praktisch reibungslos funktionieren, zumal die Abstimmung der Personalauswahl im Vorfeld kaum vorbei am Parlament laufen dürfte. Die scheinbare Nähe der Kontrolleure zur kontrollierten Bundesregierung würde aber gerade der Öffentlichkeit den falschen Eindruck vermitteln, dass nur ein „handzahnmes“ Kontrollgremium erwünscht ist. Da es im parlamentarischen Regierungssystem ohnehin zu einer Abstimmung zwischen Parlament und Regierung über wesentliche Personalentscheidungen kommt und daher echte Konflikte sehr unwahrscheinlich sind, sollte jedenfalls die äußere Form gewahrt und die Wahl der Kontrolleure der parlamentarischen Verantwortung der Regierung nachgebildet, also parlamentarisiert werden.
- *Geschäftsstelle beim BGH?* Als praktisch nachteilig erweist es sich ferner, dass die Geschäftsstelle des Gremiums nach § 16 Abs. 3 Satz 2 BNDG-E beim BGH in Karlsruhe (§ 123 GVG) eingerichtet werden soll. Während die relevanten Infrastrukturen des BND, auf die sich die Kontrolle bezieht, künftig weitgehend in Berlin belegen sein werden, ist Karlsruhe hiervon nicht nur denkbar weit entfernt, sondern auch – bei einer praktischen Betrachtung – verkehrstechnisch denkbar schlecht angebunden. Wenn in dem parallel eingebrachten Gesetzentwurf gezielt das Parlamentarische Kontrollgremium gestärkt und durch einen die Funktionsfähigkeit sichernden Stab sowie eine(n) Ständige(n) Bevollmächtigte(n) unterstützt werden soll, dann wäre es naheliegend, auch die Geschäftsstelle dort (und damit sachnäher: in Berlin) zu integrieren. Hierfür spricht zudem, dass die Erhöhung der Zahl an betrauten Mitarbeitern und an genutzten Rechnern bzw. Kommunikationsmitteln das Risiko erhöht, dass geheime Informationen unbefugt abgegriffen werden,

und dass die Aufrechterhaltung der entsprechenden Geheimschutzmaßnahmen bei einem (professionalisierten) Gremium effizienter sowie effektiver ist.

- *Vorzugswürdige Besetzung mit Richtern des BVerwG*: Ganz allgemein stellt sich die Frage, ob nicht aufgrund der fachlichen Nähe zum Nachrichtendienstrecht und der passenden Expertise Richter des BVerwG, das auch erstinstanzlich über Klagen im Zuständigkeitsbereich des BND entscheidet (§ 50 Abs. 1 Nr. 4 VwGO), eher geeignet wären, die vorliegende Kontrollaufgabe sachgerecht zu erfüllen. Von Vorteil ist, dass das BVerwG nicht nur über Streitigkeiten nach Nachrichtendienstrecht entscheidet (Zuständigkeit des 6. Senats nach der gegenwärtigen Geschäftsverteilung), sondern auch mit dem Fachsenat nach § 189 VwGO ständig mit geheimschutzrelevanten Verfahren nach § 99 Abs. 2 VwGO betraut ist. Die Maßnahmen nach § 6 BNDG-E haben nach Anlass, Eingriffsschwelle, Form und Inhalt nichts mit Maßnahmen der Strafverfolgung gemein, sodass die vorgeschlagene Besetzung des Unabhängigen Gremiums mit Angehörigen der Strafjustiz⁸⁴ zweckwidrig erscheint.
- *Beschränkte Stichprobenkontrolle*: Die Begrenzung der stichprobenartigen Kontrolle durch das Unabhängige Gremium auf EU-affine Fälle des § 6 Abs. 3 BNDG-E durch § 9 Abs. 5 Satz 3 BNDG-E überzeugt nicht. Es ist nicht zu erkennen, warum gerade bei Maßnahmen der Ausland-Fernmeldeüberwachung im Zusammenhang mit Einrichtungen, Mitgliedstaaten und Bürgerinnen bzw. Bürgern der EU ein besonderer Kontrollbedarf besteht, da hier die Eingriffsvoraussetzungen besonders strikt und zudem die Potentiale nachhaltiger Konflikteskalation aufgrund der engen, strukturell vergleichsweise vertrauensvollen Beziehungen geringer sind. Gerade die – deutlich riskanteren – Operationen außerhalb der EU bergen Eskalationspotential und bedürften daher der Kontrolle. Die allgemeine Kontrollfunktion des Unabhängigen Gremiums legt es nahe, eine Stichprobenkontrolle betreffend den rechtmäßigen Vollzug von Maßnahmen, in deren Anordnung das Unabhängige Gremium ohnehin einbezogen war, generell zuzulassen.

Im Übrigen erscheint das differenzierte und zurückhaltende, gleichwohl aber prozedurale rechtsstaatliche Sicherung gewährleistende Regelungsmodell des Unabhängigen Gremiums im Kontext der §§ 6-18 BNDG-E sachgerecht.

III. Gesetz zur Fortentwicklung der parlamentarischen Kontrolle der Nachrichtendienste des Bundes

Der Entwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung der parlamentarischen Kontrolle der Nachrichtendienste des Bundes greift das Anliegen auf, die durch Art. 45d GG konstitutionell sanktionierte und im PKGrG ausdifferenzierte Kontrolle der Nachrichtendienste durch das Parlamentarische Kontrollgremium zu stärken. Insoweit füllt das Gesetz den Ermächtigungsrahmen des Art. 45d Abs. 2 GG aus, der zwar nach objektivem Regelungszweck eine Umsetzung verlangt, die effektive Kontrolle sicherstellt,⁸⁵ dem Gesetzgeber aber weite Gestaltungsspielräume belässt⁸⁶.

⁸⁴ Auch beim BGH wurde sicherlich an Richter und Richterinnen mit Erfahrung in Strafsachen gedacht, nicht an Zivilrechtsfachleute.

⁸⁵ *Mehde*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), GG, 2. Aufl. (2013), Art. 45d Rn. 17.

⁸⁶ *Magiera*, in: Sachs (Hrsg.), GG, 7. Aufl. (2014), Art. 45d Rn. 18; sinngemäß *Mehde*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), GG, 2. Aufl. (2013), Art. 45d Rn. 26.

1. Allgemeines

Das Gesetz trägt zu einer substantiellen Stärkung der parlamentarischen Kontrolle bei. Hier kann nicht vertieft werden, inwiefern die bisherige Kontrollpraxis tatsächlich kritikwürdig war. So entsteht durch einzelne – gewiss: teils gravierende – Fehler der Nachrichtendienste bisweilen ein medial bewusst aufgebautes Zerrbild, das die gesamte – ganz überwiegend notgedrungen im Geheimen ablaufende, geräuschlose und skandalfreie – Routinearbeit nachrichtendienstlicher Aufklärung sowie die akzessorische Kontrolle zu Unrecht diskreditiert und skandalisiert. Unbestritten ist jedenfalls, dass eine Effektivierung und damit zwangsläufig Professionalisierung der parlamentarischen Kontrolle notwendig ist.

Dabei ist offensichtlich, dass es gerade im Bereich der Nachrichtendienste zurückhaltender und gegenstandssensibler Kontrollansätze bedarf. Es wäre namentlich zu schlicht, eine Optimierung der demokratischen Legitimation der Nachrichtendienste durch einen einseitigen Ausbau parlamentarischer Kontrolle und größtmögliche Transparenz erreichen zu wollen.⁸⁷ Dies würde verkennen, dass die Entscheidung für eine wirksame nachrichtendienstliche Aufklärung demokratisch durch Gesetzgebung (BNDG, BVerfSchG, MADG, PKGrG) legitimiert und verfassungsrechtlich einwandfrei abgesichert (vgl. Art. 45d, Art. 73 Abs. 1 Nr. 10 lit. b, Art. 87 Abs. 1 Satz 2 GG) ist. Die demokratisch zugewiesenen Aufgaben nachrichtendienstlicher Aufklärung erfordern aber – kontextabhängig abgestuft – ein sehr hohes Niveau der Geheimhaltung, das durch die üblichen Mechanismen, Exekutivhandeln zu kontrollieren,⁸⁸ gegenüber einer demokratischen Öffentlichkeit transparent zu halten und öffentlich zu politisieren, empfindlich beeinträchtigt würde.⁸⁹ Anders gewendet können also gegenstandsineadäquat überzogene Anforderungen an Kontrollierbarkeit und Transparenz des nachrichtendienstlichen Handelns gerade die demokratische Entscheidung unterlaufen, die mit der gesetzlichen Errichtung und Aufgabenzuweisung verbunden ist. Hieraus folgt, dass eine rechtsstaatlich und demokratisch-legitimatorisch notwendige parlamentarische Kontrolle den spezifischen Anforderungen genügen müssen, die sich aus der Sensibilität und Vertraulichkeit der Kontrollgegenstände ergibt; Kontrolle ist daher auch funktional zu begrenzen.⁹⁰ Dies schließt einen partiellen Verzicht auf Politisierungsmöglichkeiten ein. Das tradierte und mit Art. 45d GG inzwischen verfassungsrechtlich explizit sanktionierte⁹¹ Instrument des Parlamentarischen Kontrollgremiums stellt einen Kompromiss zwischen – in unterschiedlichen Umgebungen unterschiedlich realisierbaren⁹² – Geheimschutzbedürfnissen einerseits und Transparenzforderungen andererseits dar, was eine Parlamentarisierung der Nachrichtendienstkontrolle im nichtöffentlichen Raum ermöglicht.⁹³ Mit Recht setzt daher die hier zu diskutierende Reform des Nachrichtendienstrechts vor allem auf eine Stärkung dieses Kontrollgremiums, das professionalisiert und mit adäquaten Ressourcen ausgestattet wird.

⁸⁷ So aber (polemisch) *von Notz*, Friedenswarte 2015, 17 (24): „Die einzige Legitimation geheimdienstlicher Tätigkeit in Rechtsstaaten aber lautet: Rechtsstaatliche Bindung durch volle und eisenharte Kontrolle“.

⁸⁸ Gerade effektiver Individualrechtsschutz, der in anderen Gebieten ein externes Verwaltungskontrollniveau sicherstellt, sieht sich mit praktischen Hindernissen konfrontiert. Vgl. nur *Gusy*, VerwArch 106 (2015), 437 (439 f.).

⁸⁹ Vgl. nur *Bull*, DÖV 2008, 751 (756, 758). Kritisch aber z. B. *Grumke/van Hüllen*, Der Verfassungsschutz: Grundlagen – Gegenwart – Zukunft?, 2016, S. 206.

⁹⁰ *Kahl*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. III, 2. Aufl. (2013), § 47 Rn. 77.

⁹¹ Überzogene Kritik bei *Uerpmann-Wittzack*, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), GG, 6. Aufl. (2012), Art. 45d Rn. 9.

⁹² *Wolff*, JZ 2010, 173 (175 f.).

⁹³ Zutreffend *Augsberg*, Friedenswarte 2015, 27 (31 f.); ähnlich *Hermes*, in: Dreier (Hrsg.), GG, Bd. II, 3. Aufl. (2015), Art. 45d Rn. 13; *Uerpmann-Wittzack*, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), GG, 6. Aufl. (2012), Art. 45d Rn. 2.

2. Ständiger Bevollmächtigter

Im Kern des hier in Rede stehenden Reformvorschlages stehen dabei folgende Regelungsansätze: Es wird ein(e) Ständige(r) Bevollmächtigte(r) geschaffen, der oder die auf Weisung des Parlamentarischen Kontrollgremiums permanent unterstützt und vermittelt über dieses Organ auch unterstützend für das Vertrauensgremium nach § 10a BHO⁹⁴ tätig werden kann (§ 5a Abs. 1-2 PKGrG-E). Das Amt des Ständigen Bevollmächtigten wird öffentlich-rechtlich ausgestaltet (§ 5b PKGrG-E) und mit Besoldungsgruppe B 9 auskömmlich – sowie dienstrechtlich auf „Augenhöhe“ mit den Präsidenten bzw. Präsidentinnen des BND und BfV – besoldet (§ 12a PKGrG-E). Die Regelung des § 12a PKGrG-E⁹⁵ orientiert sich insoweit an § 23 Abs. 7 BDSG bzw. § 36 Abs. 6 StUG.⁹⁶ Parlamentarisches Kontrollgremium und Ständige(r) Bevollmächtigte(r) werden funktionsadäquat ausgestattet (§ 12 PKGrG-E). Der bzw. die Ständige Bevollmächtigte ist sowohl für regelmäßige Routinekontrollen als auch für einzelfallbezogene Untersuchungen (§ 5a Abs. 1 PKGrG-E) flexibel einsetzbar; zugleich werden ihr oder ihm faktische Geschäftsführungsfunktionen für das Parlamentarische Kontrollgremium übertragen (§ 5a Abs. 3 PKGrG-E).

Das Amt des Ständigen Bevollmächtigten ist organisationsrechtlich Teil des Parlamentarischen Kontrollgremiums, weshalb das Gremium – obgleich nicht der bzw. die Bevollmächtigte selbst – bei Konflikten über die Ausübung der Kompetenzen auch im Organstreit nach § 14 PKGrG das BVerfG anrufen kann. Hierdurch werden mögliche Konflikte justitiabel gehalten. Da der bzw. die Ständige Bevollmächtigte regelmäßig an Sitzungen der G 10-Kommission teilnimmt (Ergänzung des § 15 Abs. 1 G 10 durch Art. 2 Nr. 1 des vorliegenden Entwurfs), wird zugleich eine – praktisch notwendige – Verzahnung beider Kontrollorgane hergestellt (vgl. bereits § 10a Abs. 2 Satz 6 BHO). Indem § 15 Abs. 8 G 10-E vorsieht, dass sich Parlamentarisches Kontrollgremium und G 10-Kommission wechselseitig austauschen, wird das Reformziel gefördert, die Arbeit der einzelnen Kontrollgremien besser zu koordinieren.⁹⁷ Diese Regelung ist mehr als Klarstellung, Appell oder Symbolik; denn beide Organe werden insoweit von Gesetzes wegen zum Austausch ermächtigt, sodass einer Koordination auch Geheimschutzbedürfnisse grundsätzlich nicht entgegengehalten werden können, sondern von beiden Organen – wie § 15 Abs. 8 G 10-E hervorhebt – insgesamt zu wahren sind. Es wäre in diesem Kontext allerdings konsequent, auch den Austausch mit dem Unabhängigen Gremium nach § 16 BNDG im PKGrG zu verankern. Es dürfte ein Redaktionsversehen sein, dass das zur G 10-Kommission im Rahmen der §§ 6 ff. BNDG letztlich funktionsgleiche Parallelorgan, das im Kontext der Stärkung der Kontrolle im Rahmen des vorliegenden Gesetzgebungsgesamtpaktes geschaffen wird, nicht in den Austausch einbezogen wird. Daher wäre § 15 Abs. 8 G 10-E entsprechend zu ergänzen.

Im Übrigen ist der Regelungsvorschlag durchweg positiv zu bewerten: Die Regelungen gewährleisten im Zusammenspiel insgesamt eine deutliche Professionalisierung der Kontrollarbeit. Zugleich kann die

⁹⁴ Zur bisherigen institutionellen Verkoppelung nach § 10a Abs. 2 Sätze 6-7 BHO siehe *Gröpl*, in: ders. (Hrsg.), BHO/LHO, 2011, § 10a BHO Rn. 14 ff.

⁹⁵ Eine redaktionelle Anmerkung zur Gesetzesfassung: Hinsichtlich der Berechnung der Versorgungsbezüge wird Bezug genommen auf das vorherige Amt. Es ist zu prüfen, ob die oder der „Ständige Bevollmächtigte sich unmittelbar vor ihrer oder seiner Ernennung zur oder zum Ständigen Bevollmächtigten als Beamtin oder Beamter oder Richterin oder Richter mindestens in dem letzten gewöhnlich vor Erreichen der Besoldungsgruppe B 9 zu durchlaufenden Amt befunden hat“. Die Regelungsentention ist klar; praktisch soll dies auf eine Stelle der Besoldungsgruppe B 6 (oder höher) verweisen; jedoch ist ein Richteramt (gemeint wohl Richterinnen und Richter an obersten Bundesgerichten mit Besoldungsgruppe R 6) kein „gewöhnlich vor Erreichen der Besoldungsgruppe B 9 zu durchlaufende(s) Amt“.

⁹⁶ Vgl. BT-Drs. 18/9040, S. 15.

⁹⁷ Vgl. BT-Drs. 18/9040, S. 8.

Übertragung der laufenden Kontrollaufgaben auf eine professionelle geschäftsführende Einheit, die nicht selbst in die politische Auseinandersetzung zwischen Regierungsmehrheit und Opposition involviert ist, eine graduelle Entpolitisierung bewirken, die als funktionsgerecht erscheint: Entpolitisierung baut erstens den Druck ab, die parlamentarische Kontrollarbeit mit Geräuschkulisse in den öffentlichen Resonanzraum ausstatten zu müssen, um politisch wahr- sowie ernstgenommen zu werden. Dies ermöglicht wiederum ein höheres Kontrollniveau, weil leichter sichergestellt werden kann, dass der Geheimschutz gewahrt wird und Vertrauliches auch vertraulich bleibt. Hierdurch kann zugleich die Qualität der Kontrolle verbessert werden, ohne die unverzichtbare Letztverantwortung der parlamentarischen Mitglieder des Kontrollgremiums zu beeinträchtigen. Insoweit ist eine Professionalisierung der Kontrolle im Interesse sowohl des Deutschen Bundestages als auch der kontrollierten Nachrichtendienste.

3. Whistleblower

Die Novelle regelt neu, unter welchen Voraussetzungen und wie sich Mitarbeiterinnen bzw. Mitarbeiter der Nachrichtendienste an das Parlamentarische Kontrollgremium wenden können, um auf Missstände aufmerksam zu machen. Die bisherige Regelung, wonach Eingaben zwar außerhalb des Dienstweges möglich, aber zugleich an die Leitung des betroffenen Dienstes zu richten sind (§ 8 Abs. 1 Satz 2 PKGrG), hat sich als wenig praktikabel erwiesen,⁹⁸ weil durch die automatische Deanonymisierung „Whistleblower“ in jedem Fall die vollen persönlichen Karriererisiken zu tragen hatten. Nach der Neuregelung gibt das Kontrollgremium den Namen der mitteilenden Person nur bekannt, soweit dies für eine Aufklärung des Sachverhalts erforderlich ist (§ 8 Abs. 1 Satz 3 PKGrG-E), was eine relative Wahrung der Anonymität ermöglicht.

Wegen der Tatsache der Eingabe findet keine Maßregelung statt (§ 8 Abs. 1 Satz 2 PKGrG-E). Eine Mitarbeiterin oder ein Mitarbeiter verletzt also keine Dienstpflichten (im Beamtenverhältnis: Dienstvergehen nach § 77 Abs. 1 Satz 1 BBG), wenn der Dienstweg nicht eingehalten⁹⁹ und keine Aussagegenehmigung (§ 67 Abs. 3 BBG) eingeholt wird.¹⁰⁰ Dies bedeutet allerdings richtigerweise nicht, dass Mitarbeiterinnen oder Mitarbeiter, die sich an das Parlamentarische Kontrollgremium wenden, damit vor Sanktionen geschützt wären. Wer beispielsweise falsche Behauptungen über Missstände aufstellt oder sich aus persönlichen, karrierebezogenen Gründen an das Gremium wendet, begeht weiterhin ein – nach Maßgabe des BDG oder des Arbeitsrechts sanktionierbares – Dienstvergehen.

Insoweit besteht indes nach dem Vorschlag ein *Regelungsdefizit*. Liegen nach Prüfung durch das Kontrollgremium in einer Eingabe benannte Missstände nicht vor und bestehen tatsächliche Anhaltspunkte dafür, dass die Falschbehauptungen vom „Whistleblower“ schuldhaft (vorsätzlich oder fahrlässig) aufgestellt wurden, oder werden durch die Eingabe in sonstiger Weise Dienstpflichten verletzt (z. B. durch formalbeleidigende Inhalte, durch Missbrauch der Eingabe aus persönliche Interessen oder durch erkennbare Schädigungsabsicht gegenüber Dienststelle), wird in der Regel eine Information des jeweiligen Nachrichtendienstes sachgerecht sein. Gleiches gilt, wenn sich aus einer Eingabe der Verdacht ergibt, dass die

⁹⁸ Siehe *Singer*, Praxiskommentar zum Gesetz über die parlamentarische Kontrolle nachrichtendienstlicher Tätigkeit des Bundes, 2015, § 8 Rn. 24.

⁹⁹ BT-Drs. 18/9040, S. 14.

¹⁰⁰ *Singer*, Praxiskommentar zum Gesetz über die parlamentarische Kontrolle nachrichtendienstlicher Tätigkeit des Bundes, 2015, § 8 Rn. 23.

Mitarbeiterin oder der Mitarbeiter ein Risiko für die Sicherheit der Dienststelle oder Dritter darstellen könnte. § 8 Abs. 1 Satz 3 BNDG-E würde jedoch einer Information des Nachrichtendienstes durch das Kontrollgremium entgegenstehen, weil eine Deanonymisierung nur zur Aufklärung des Sachverhalts betreffend den angezeigten mutmaßlichen Missstand möglich wäre. Insoweit sollte die Regelung ergänzt werden.¹⁰¹

4. Fachaufsicht

Vom Gesetz nicht thematisiert, aber rechtsstaatlich wie demokratisch von kardinaler Relevanz ist zudem die Fachaufsicht,¹⁰² die von Bundeskanzleramt (betreffend BND¹⁰³), BMI (betreffend BfV) und BMVg (betreffend MAD) ausgeübt wird. Auch das BVerfG hat die Bedeutung wirksamer Aufsicht betont.¹⁰⁴ Die Fachaufsicht durch die Bundesregierung ist zwar asymmetrisch strukturiert, weil sie Regierungsmehrheiten gegenüber der Opposition privilegiert¹⁰⁵ und daher oft im breiten Portfolio möglicher Kontrollzugänge – zu Unrecht – politisch nicht ernst genommen wird.¹⁰⁶ Dennoch geht es aber auch hier um einen bedeutenden ergänzenden Kontrollzugriff,¹⁰⁷ der zur Rechtllichkeit des nachrichtendienstlichen Handelns beitragen kann, schon weil damit politische Verantwortlichkeit einhergeht und sich zudem innerhalb der administrativen Weisungshierarchie auch unter Geheimschutzaspekten ein höheres Kontrollniveau aufrecht erhalten lässt. Materiell-gesetzliche Maßnahmen sind zur Stärkung der Fachaufsicht hierbei nicht einmal notwendig; die allgemeine Ressourcenabhängigkeit wirksamer Kontrolle sollte aber bei der Bereitstellung von Planstellen/Haushaltsmitteln auch hier im Blick behalten werden.

IV. Allgemeine Bewertung

Zusammenfassend lässt sich festhalten: Es handelt sich bei dem Gesetzespaket um eine Reform mit Augenmaß, die sich wohltuend von der polemischen Geräuschkulisse abhebt, die die Arbeit der Nachrichtendienste und deren rechtliche Rahmung in den letzten Jahren begleitet haben. Ungeachtet einzelner Verbesserungsanregungen im Detail ist die Novelle daher insgesamt positiv zu bewerten. Verfassungsrechtliche Bedenken bestehen nicht.

- Die Auslandsüberwachungstätigkeit des BND wird mit einer im internationalen Vergleich einmaligen Detailliertheit geregelt sowie hierdurch auch rechtsstaatlich kontrollierbar macht. Zu begrüßen ist insoweit auch der Vorstoß des Deutschen Bundestages, die Frage, ob die bisherige, auf die Aufgabennorm des § 1 Abs. 2 BNDG gestützte Praxis der Ausland-Fernmeldeüberwachung rechtmäßig ist oder nicht, nicht dem juristischen Meinungsstreit und damit letztlich irgendwann einer gerichtlichen Auseinandersetzung zu überlassen, sondern legislativ zu entscheiden. Dass der Gesetzentwurf im Wesentlichen auf eine Legalisierung der bisherigen Praxis zielt, ist nicht zu

¹⁰¹ Etwa: „Es gibt den Namen der mitteilenden Person nur bekannt, soweit dies für eine Aufklärung des Sachverhalts oder zur Abwehr einer Gefahr für die Sicherheit der Nachrichtendienste oder Dritter erforderlich ist oder tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen, dass durch den Inhalt der Eingabe erhebliche Dienstplichten verletzt wurden“.

¹⁰² Zur Aufsicht als Konsequenz von Demokratie und Rechtsstaatlichkeit nur *Kabl*, Die Staatsaufsicht, 2000, S. 472 ff.

¹⁰³ Vgl. binnenorganisationsrechtlich *Busse/Hoffmann*, Bundeskanzleramt und Bundesregierung, 6. Aufl. (2016), Rn. 119 ff.

¹⁰⁴ *BVerfGE* 133, 277 (370).

¹⁰⁵ *Gusy*, *VerwArch* 106 (2015), 437 (442).

¹⁰⁶ Skeptisch etwa *Weisser*, *DÖV* 2014, 831 (832).

¹⁰⁷ Zutreffend *Bull*, *DÖV* 2008, 751 (754), der die Mehrgleisigkeit der Kontrollansätze hervorhebt.

beanstanden – im Gegenteil: Der parlamentarische Gesetzgeber übernimmt die Verantwortung für Inhalt und Grenzen der Ermächtigung der Auslandstätigkeit des BND und erfüllt damit genau den Auftrag, den der demokratisch-rechtsstaatliche Vorbehalt des Gesetzes¹⁰⁸ – gerade auch zum Schutze individueller Freiheitsrechte¹⁰⁹ – formuliert. Insoweit ist auch im Blick zu behalten, dass die schon bislang vom BND praktizierte Auslandsüberwachung nicht primär deshalb in den Fokus der Kritik geraten war, weil sie als solche politisch für verfehlt erachtet wurde, sondern weil eine Rechtsgrundlage hierfür fehlte, an der die Rechtmäßigkeit hätte gemessen werden können. Ob es einer solchen Rechtsgrundlage bedurfte, ist rechtlich umstritten. Es ist daher naheliegend, dieses (vermeintliche) Defizit des geltenden Rechts durch Nachnormierung zu beheben.

- Das spezifische Kooperationsrecht des BND ist ebenfalls eine Pionierleistung im internationalen Vergleich. Es versucht, ausländische Partner, die mitunter gänzlich andere Datenschutzkonzepte vor Augen haben,¹¹⁰ durch Kooperationsangebote rechtsstaatlich einzubinden. Dahinter steht das Konzept, internationale Kooperation, der sich auch global mächtige Partnerstaaten aus praktischen Gründen nicht entziehen können, als Hebel zur „sanften“ extraterritorialen Durchsetzung grundrechtlicher Mindeststandards einzusetzen.¹¹¹
- Die sachgerechte und austarierte Reform der Kontrolle der Nachrichtendienste ist rechtspolitisch ebenfalls zu befürworten, weil hier ein differenziertes und in den Details geregeltes Kontrollregime geschaffen wird, das parlamentarische Kontrolle effektuiert und professionalisiert, gerade aber hierdurch auch dem dringend gebotenen Geheimschutz Rechnung trägt. Die sich damit eröffnenden – im internationalen Vergleich erneut vorbildlichen – Chancen einer wirksamen Kontrolle der Nachrichtendienste, die auf Praktikabilität, Routine und gegenseitiger Rücksichtnahme gründen muss, müssen freilich mit Leben gefüllt werden. Das größte Risiko für eine wirksame parlamentarische Kontrolle der Nachrichtendienste sind hierbei immer noch Abgeordnete, die mit ihrer großen Verantwortung nicht angemessen umzugehen wissen. Wer Nachrichtendienstkontrolle als Gelegenheit zur medien- und öffentlichkeitswirksamen Profilbildung missversteht, ist am falschen Ort. Es sollte daher im Interesse aller Fraktionen liegen, durch problemsensible Personalpolitik geeignete Kontrolleurinnen und Kontrolleure auszuwählen und eher ungeeignete mit anderen Aufgaben zu betrauen. Es liegt zudem an den politischen Akteuren, professionelle Parlamentsarbeit, die wirksame und geräuschlose Kontrolle institutionalisiert und nicht auf medienwirksame Inszenierung sowie Skandalisierung setzt, angemessen zu honorieren. Auch hier gibt es noch viel zu tun.

(Prof. Dr. Klaus F. Gärditz)

¹⁰⁸ Zur Begründung m. zahlr. w. Nachw. *Gärditz*, in: Friauf/Höfling (Hrsg.), Berliner Kommentar zum GG, Stand: 2016, Art. 20 Abs. 3 (Rechtsstaat) Rn. 129 ff.

¹⁰⁹ *Burküzak*, in: Emmenegger/A. Wiedmann (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Bd. 2, 2011, S. 129 ff.

¹¹⁰ Vgl. *Poscher/Miller*, Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 29.11.2013, S. 7.

¹¹¹ Hierzu *Pöschl*, VVDStRL 74 (2015), 405 (446).