

**Deutscher Bundestag**  
Ausschuss für Inneres und Heimat  
  
Ausschussdrucksache  
**19(4)731 A**



Rheinische  
Friedrich-Wilhelms-  
Universität Bonn

Rechts- und  
Staatswissenschaftliche  
Fakultät

An den Ausschuss für Inneres und Heimat  
per E-Mail: [innenausschuss@bundestag.de](mailto:innenausschuss@bundestag.de)

**Prof. Dr. Klaus F. Gärditz**  
Institut für Öffentliches Recht  
Postanschrift:  
Adenauerallee 24-42  
53113 Bonn  
Tel.: 0228/73-9176  
Email: [gaerditz@jura.uni-bonn.de](mailto:gaerditz@jura.uni-bonn.de)

Bonn, den 16. Februar 2021

***Stellungnahme Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des BND-Gesetzes zur Umsetzung der Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts sowie des Bundesverwaltungsgerichts***

***Anhörung am 22. Februar 2021***

I.	Hintergrund .....	2
II.	Materielle Neuregelung der Ausland-Fernmeldeaufklärung.....	3
	1. Präzise Finalisierung der Aufklärung.....	3
	2. Unvollkommener Inländerschutz .....	4
	3. Relativer Schutz von Vertrauensbeziehungen .....	5
III.	Datenübermittlung.....	5
	1. Bereichsspezifische Differenzierung.....	6
	2. Übermittlung an ausländische Stellen .....	8
IV.	Nachrichtendienstkooperationsrecht .....	8
V.	Eingriffe in informationstechnische Systeme und Gesamtsystematik.....	9
VI.	Neue Kontrollstrukturen.....	10
	1. Unabhängiger Kontrollrat.....	10
	a) Fehlendes Verfahrensrecht.....	12
	b) Dysfunktionale Besetzungsregelung .....	12
	2. Konsequenzen für das Parlamentarische Kontrollgremium.....	13
	a) Unterschiedliche Kontrollprofile in Struktur und Intensität.....	13
	b) Kooperationsrecht.....	14
	c) Kontrolle des Unabhängigen Kontrollrats durch PKGr?.....	14
	d) PKGr als Adressat parlamentarischer Information .....	15
	3. Perspektiven einer Fortentwicklung der Kontrollinstanz .....	15
VII.	Gesamtbilanz .....	16

## I. Hintergrund

Der Gesetzentwurf<sup>1</sup> ist die Reaktion auf eine Entscheidung des BVerfG vom Mai 2020, in der der Erste Senat wesentliche Teile des novellierten BNDG für verfassungswidrig befunden hatte.<sup>2</sup> Das BVerfG hat zwar die entscheidungsgegenständliche Ausland-Ausland-Fernmeldeüberwachung durch den BND nicht als solche für generell verfassungswidrig befunden. Es hat diese aber in der konkreten Ausgestaltung zentraler Regelungen der BNDG-Novelle 2017<sup>3</sup> aus formellen wie inhaltlichen Gründen für nicht verfassungskonform erachtet, zugleich aber auch durch eine extrem detaillierte Begründung in der Verhältnismäßigkeit dem Gesetzgeber Segelanweisungen an die Hand gegeben, wie eine aus der Sicht des Gerichts verfassungsrechtlich gangbare Ausgestaltung aussehen könnte.

Seinerzeit hatte sich der Gesetzgeber – ungeachtet verschiedentlich Warnungen – nicht dazu durchringen können, Art. 10 GG als Grundrecht, in das eingegriffen werden darf, wenigstens vorsorglich nach Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG zu zitieren. Da das BVerfG – wie zuvor die überwiegende Ansicht<sup>4</sup> – zum Ergebnis kam, dass das Grundgesetz auch das Telekommunikationsgeheimnis von Ausländerinnen und Ausländern im Ausland schützt, sofern dort nach Art. 1 Abs. 3 GG gebietsunabhängig grundrechtsgebundene<sup>5</sup> deutsche öffentliche Gewalt faktische Wirkung entfaltet,<sup>6</sup> war die gesamte Reform vorhersehbar<sup>7</sup> bereits wegen Verletzung des Zitiergebots formell verfassungswidrig. Das BVerfG beanstandete die Regelungen aber auch inhaltlich. Sowohl die Struktur der Überwachung als auch die Datenübermittlung wurde für unzureichend befunden, weil die gesetzlichen Anforderungen nicht hinreichend präzise die Verhältnismäßigkeit der Rechtsanwendung programmierten. Zudem fehlte es an angemessenen Kontrollstrukturen, die im Sinne eines Grundrechtsschutzes durch Verfahren<sup>8</sup> den weitgehenden Ausfall externer Kontrolle durch interne Verfahren aus der Sicht des Gerichts angemessen kompensieren. Der vorliegende Gesetzentwurf will an Instrumenten der technischen Aufklärung im Ausland vernünftigerweise festhalten, weil diese für eine angemessene nachrichtendienstliche Informationsgewinnung über außen- und sicherheitspolitische Risiken unerlässlich ist<sup>9</sup> und zudem bei volatilen Entwicklungen im Ausland, bei denen die Bundesregierung sehr schnell Informationen benötigt, überhaupt erst die Kaltstartfähigkeit des BND sicherstellt. Dazu passt der Gesetzentwurf verschiedene Instrumente des BND nebst der Übermittlungsregelungen in die Matrix der bundesverfassungsgerichtlichen Entscheidung.

<sup>1</sup> BT-Drs. 19/26103.

<sup>2</sup> BVerfGE 154, 152 ff.

<sup>3</sup> Gesetz über den Bundesnachrichtendienst i. d. F. d. Gesetzes zur Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung des Bundesnachrichtendienstes v. 23.12.2016 (BGBl. I S. 3346).

<sup>4</sup> *Bäcker*, K&R 2014, 556 (560); *Durner*, DVBl 2018, 443 (446); *Hölscheidt*, JURA 2017, 148 (153); *Papier*, NVwZ-Extra 15/2016, 1 (3 ff.); *ders.* DRiZ 2017, 18 ff.; *Schneider*, Fernmeldegeheimnis und Fernmeldeaufklärung, 2020, S. 202 ff.; *Schwandner*, Extraterritoriale Wirkungen von Grundrechten im Mehrebenensystem, 2019, S. 262 ff.; abweichend *Gärditz*, Die Verwaltung 48 (2015), 463 (474); *ders.* DVBl. 2017, 525 (526); *Hecker*, in: Dietrich/Eiffler (Hrsg.), Handbuch des Rechts der Nachrichtendienste, 2017, III § 2 Rn. 46; *Löffelmann*, in: Dietrich/Eiffler (Hrsg.), Handbuch des Rechts der Nachrichtendienste, 2017, VI § 3 Rn. 15.

<sup>5</sup> BVerfGE 154, 152, Rn. 89.

<sup>6</sup> BVerfGE 154, 152, Rn. 105. Zustimmend *Schiffbauer*, JuWissBlog 75/2020; *Schmahl*, NJW 2020, 2221 (2222 f.); *Schwandner*, VerfBlog 2020/5/23.

<sup>7</sup> Warnend etwa *Bäcker*, K&R 2014, 556 (560); *Dietrich*, in: Schenke/Graulich/Ruthig (Hrsg.), Sicherheitsrecht des Bundes, 2. Aufl. (2019), § 6 BNDG Rn. 11; *Durner*, DVBl 2018, 443 (447); *Huber*, ZRP 2016, 162 (163); trotz teils abweichender Prämissen jedenfalls für eine vorsorgliche Zitierung seinerzeit *Gärditz*, DVBl 2017, 525 (528).

<sup>8</sup> Allgemein BVerfGE 39, 276 (294 f.); 44, 105 (120 ff.); 45, 422 (430 ff.); 46, 325 (334); 49, 220 (225); 51, 324; 53, 30 (65); 57, 295 (320 f.); 63, 131 (143); 65, 76 (94); 69, 315 (355 f.); 73, 280 (296); 83, 130 (152); *Häberle*, VVDStRL 30 (1972), 43 (125 ff.); *Goerlich*, Grundrechte als Verfahrensgarantien, 1981; *Kunig*, Das Rechtsstaatsprinzip, 1986, S. 362 ff.; *Ossenbühl*, in: FS Kurt Eichenberger, 1982, S. 183 (189 ff.); *Pietzcker*, VVDStRL 41 (1983), 193 (207 ff.); *Wahl*, VVDStRL 41 (1983), 151 (161 f.).

<sup>9</sup> BT-Drs. 19/26103, S. 53.

Im Huckepack-Verfahren wird zugleich ein weiteres Problem gelöst. Das BVerwG hatte in seinem VERAS-Urteil vom Dezember 2017 entschieden, dass die Kette von Eingriffen in das Grundrecht aus Art. 10 Abs. 1 GG, die auf der Erhebung von individualisierbaren Daten durch den BND aufbaut,<sup>10</sup> durch eine von der Behörde vorgenommene Anonymisierung der Daten vor ihrer Speicherung und weiteren Nutzung nicht unterbrochen werde. Daher sei eine spezifische gesetzliche Grundlage für eine Auswertung im Rahmen eines Verkehrsdatenanalysesystems erforderlich, die dem BND fehlte.<sup>11</sup> Eine solche Regelung wird nunmehr mit § 4a G10 verfassungskonform geschaffen.<sup>12</sup>

## II. Materielle Neuregelung der Ausland-Fernmeldeaufklärung

Im Zentrum des Artikelgesetzes steht die Neuregelung der Ausland-Fernmeldeaufklärung, die sich – in Abgrenzung zum Anwendungsbereich des G 10 – ausschließlich gegen ausländische Staatsangehörige ohne qualifizierten Inlandsbezug im Ausland richtet. Dem Zitiergebot wird nunmehr durch § 68 BNDG-E entsprochen.<sup>13</sup> Im Übrigen setzt die grundlegende Neuregelung die Vorgaben des BVerfG in nicht zu beanstandender Weise durch die §§ 19 ff. BNDG um. Das BVerfG hat hier durchaus gehaltvolle Anforderungen an eine strategische – mithin verdachtsunabhängige – Aufklärung formuliert. Die strategische Auslandstelekommunikationsüberwachung müsse als anlasslose Befugnis eine Ausnahme bleiben, die auf die Auslandsaufklärung durch eine Behörde, welche selbst keine operativen Befugnisse hat (s. §§ 1 Abs. 1 Satz 2, 2 Abs. 3 BNDG),<sup>14</sup> begrenzt zu bleiben habe und hier nur durch das besondere Aufgabenprofil des BND gerechtfertigt sei.<sup>15</sup> Erforderlich seien insbesondere Maßgaben zur Aussonderung der Telekommunikationsdaten von Deutschen und Inländern, eine Begrenzung der zu erhebenden Daten, die Festlegung qualifizierter Überwachungszwecke, die Strukturierung der Überwachung auf der Grundlage eigens festgelegter Maßnahmen, besondere Anforderungen an gezielt personenbezogene Überwachungsmaßnahmen, Grenzen für die bevorratende Speicherung von Verkehrsdaten, Rahmenbestimmungen zur Datenauswertung, Vorkehrungen zum Schutz von Vertraulichkeitsbeziehungen, die Gewährleistung eines Kernbereichsschutzes und Löschungspflichten.<sup>16</sup> Dem trägt der Gesetzgeber mit der vorliegenden Reform nachgerade buchstabengetreu Rechnung, was gewiss auch daran liegt, dass das Gericht durch seine detaillierte Engführung die Leitplanken für die legislative Gestaltung sehr eng gesteckt hatte.

### 1. Präzise Finalisierung der Aufklärung

Der Entwurf differenziert – ausgehend von § 19 Abs. 1, 3-4 BNDG-E – konsequent zwischen Aufklärungszielen zur politischen Unterrichtung der Bundesregierung einerseits und der Früherkennung von aus dem Ausland drohenden Gefahren von internationaler Bedeutung. Strategische Maßnahmen werden strikt durch Aufklärungszweck, Aufklärungsthema, geografischen Fokus und Dauer eingegrenzt (§ 19 Abs. 2 BNDG-E), was die grundrechtsinvasive Streubreite erheblich einengt und zugleich eine angemessene Kontrolle ermöglicht. Verdienstvollerweise findet nunmehr z. B. auch der Schutz der Bundeswehr im Ausland („force protection“), der schon immer eine wesentliche Aufgabe des BND war,<sup>17</sup> eine explizite Anerkennung als Aufklärungsziel (§ 19 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 lit. a BNDG-E). Die rechtliche Umhegung der operativen Aufklärung wird

<sup>10</sup> Zum jeweils neuen Eingriff BVerfGE 100, 313 (359, 366 f.); 125, 260 (309 f., 313); BVerwGE 157, 8 Rn. 13; BVerwG, Urt. v. 14.12.2016 – 6 A 2/15 –, ZD 2017, 396 (397); *Durner*, in: Maunz/Dürig (Begr.), GG, Stand: 2020, Art. 10 Rn 159, 161.

<sup>11</sup> BVerwGE 161, 76 ff.; zustimmend *Huber*, NVwZ 2018, 735 f.; *Schmuck*, K&R 2018, 347 f.; kritisch *Durner*, DVBl 2018, 443 (444 f.); *Gärditz*, GSZ 2018, 79 ff.

<sup>12</sup> Vgl. BT-Drs. 19/26103, S. 116 f.

<sup>13</sup> Unklar bleibt die Funktion der Doppelung durch Art. 11 des Artikelgesetzes, der erneut die §§ 19 ff. BNDG erfasst.

<sup>14</sup> Zum Hintergrund *Fremuth*, AöR 139 (2014), 32 ff.; *Linzbach/Gärditz*, ZG 2020, 314 ff.; *Unterreitmeier*, AöR 144 (2019), 234 ff., jeweils m. w. Nachw.

<sup>15</sup> BVerfGE 154, 152, Rn. 166.

<sup>16</sup> BVerfGE 154, 152, Rn. 170, 175, 178, 185, 191, 192, 193, 199, 208.

<sup>17</sup> BT-Drs. 19/26103, S. 56; *Dietrich*, in: ders./Eiffler (Hrsg.), Handbuch des Rechts der Nachrichtendienste, 2017, Kap. III § 3 Rn. 62. Vgl. zu den Abgrenzungsfragen im Verhältnis zum BAMAD *Siems*, DÖV 2012, 425 ff.

zusätzlich durch die strikte Bindung an hinreichend präzise Suchbegriffe ausgeschärft (§ 19 Abs. 5 BNDG-E).

Die Einzelheiten werden in *Anordnungen* nach § 23 BNDG-E szenariobezogen festgelegt. Schon über den Ausbau der administrativen und gerichtsähnlichen Kontrollstrukturen<sup>18</sup> gewinnen die Anordnungen an Bedeutung, weil diese eine zentrale Scharnierfunktion für mögliche Kontrollansätze erfüllen. Einerseits lässt sich anhand von konkreten Anordnungen überprüfen, ob sich der operative Auftrag innerhalb des gesetzlichen Ermächtigungskorridors hält und hinreichend präzise gefasst wurde. Andererseits sind die Anordnungen ihrerseits die Matrix, auf der dann der – oftmals filigrane und technische – Vollzug erfolgt, dessen Rechtmäßigkeit am Maßstab der Anordnung gemessen werden kann. Insgesamt erscheint dies als klar konturierte, praktikable und verhältnismäßige Ausgestaltung, die ein ausgewogenes Maß zwischen rechtlicher Bindung und operativer Elastizität wahrt. Die Begrenzung des Zugriffs auf Einrichtungen der EU und Unionsbürgerinnen und -bürger (§ 21 BNDG-E) trägt sowohl der grundsätzlichen rechtsstaatlichen Vertrauensbeziehung<sup>19</sup> als auch dem gleichheitskonformen Schutzbedarf Rechnung.

## 2. Unvollkommener Inländerschutz

Der gezielte Zugriff auf personenbezogene Daten mit Inlandsbezug wird ausgeschlossen; Kollateraltreffer sind (durch das Design der konkreten Maßnahme) möglichst auszuschließen (§ 19 Abs. 7 BNDG-E). Diese Regelung genügt allerdings bislang den Anforderungen des BVerfG nur unvollkommen. Dieses hat durchweg deutsche Staatsangehörige *und* „Inländer“ hinsichtlich des Niveaus des Grundrechtsschutzes durch Art. 10 GG im Rahmen der Ausland-Fernmeldeaufklärung gleichgestellt.<sup>20</sup> Inländer sind nicht nur Personen, die sich im Inland aufhalten (so § 19 Abs. 7 Satz 1 Nr. 3 und § 31 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 BNDG-E). Vielmehr möchte das Gericht damit erkennbar auch solche Personen in den qualifizierten Grundrechtsschutz einschließen, die zwar keine deutsche Staatsangehörigkeit, aber ihren Wohnsitz oder dauerhaften Aufenthalt im Inland haben.<sup>21</sup> Das ist überzeugend, weil gegenüber dauerhaft im Inland ansässigen Menschen auch eine qualifizierte grundrechtliche Verantwortlichkeit kraft gesellschaftlich-rechtlicher Nähebeziehung besteht.<sup>22</sup> Insoweit verbietet es sich, diese wie beliebige Drittstaatsangehörige zu behandeln oder gar – wie der Gesetzentwurf – schlechter zu stellen als sich zufällig im Bundesgebiet aufhaltende Touristengruppen.

Hier bedarf es folglich im Gesetz noch einer kleineren Ergänzung. Anderenfalls kommt es zu reichlich absurden – und verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigenden – Ergebnissen, etwa in folgendem (durchaus lebensnahen) Fall: Eine Familie aus Bochum fährt im Sommer zum Verwandtenbesuch nach Antalya. Die deutsche Ehefrau wäre vor einer Überwachung geschützt, während der türkische Ehemann („Inländer“ im Sinne der Rechtsprechung) dort vom BND durch entsprechende Selektoren im Urlaub erfasst werden könnte, was aber sofort einzustellen wäre, sobald der Betroffene wieder in der Heimat angekommen ist und sich im deutschen Inland aufhält.

<sup>18</sup> Unten VI.

<sup>19</sup> So jedenfalls die – freilich in der Sache überzogene – Rechtsprechung: EuGH, EuGH, Urt. v. 26.2.2013 – C-399/11 (Meloni), ECLI:EU:C:2013:107 Rn. 37, 47 ff., 63; Urt. v. 30.5.2013 – C-168/13 (Jeremy F.), ECLI:EU:C:2013:358, Rn. 49; Urt. v. 5.4.2016 – C-404/15 und C-659/15 PPU (Aranyosi und Căldăraru), ECLI:EU:C:2016:198 Rn. 78; Urt. v. 15.10.2019 – C-128/18 (Dorobantu), ECLI:EU:C:2019:857 Rn. 49. Konzise Analyse des Paradigmas bei *von Danwitz*, EuR 2020, 61 ff. Kritisch zur Konstruktion *Gärditz*, VerfBlog 2021/1/04.

<sup>20</sup> BVerfGE 154, 152, Rn. 171, 174, 253.

<sup>21</sup> *Gärditz*, JZ 2020, 825 (827).

<sup>22</sup> Dazu näher *Farabat*, Progressive Inklusion, 2014, S. 171 ff.; *Gärditz*, VVDStRL 72 (2012), 49 (60 ff.); *Kleinlein/Rabenschlag*, ZaöRV 2007, 1277 (1284 f.); *Ruffert*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. X, 3. Aufl. 2012, § 206 Rn. 21; *Usulcan*, Zur Weiterentwicklungsfähigkeit des Menschenrechts auf Staatsangehörigkeit, 2012, S. 87 ff.; *Wallrabenstein* JöR 66 (2018), 431 ff.

### 3. Relativer Schutz von Vertrauensbeziehungen

§ 21 BNDG-E gewährleistet den grundsätzlich erforderlichen Schutz von Vertraulichkeitsbeziehungen, wobei hier auf die Gruppen des § 53 StPO Bezug genommen wird. Diese sind freilich auf den Strafprozess und dort auf förmliche Vernehmungssituationen zugeschnitten, was ein anderes Setting ist und sich daher jedenfalls nicht für einen unmodifizierten Transfer anbietet.<sup>23</sup> Wichtig ist daher, dass § 21 Abs. 2 BNDG-E eine verfassungskonforme Relativierung vornimmt. Der Schutz von qualifizierten Vertrauensbeziehungen ist zwar im Ausgangspunkt durch die einschlägigen Grundrechte – namentlich Religions-, Presse- und Berufsfreiheit sowie den Anspruch auf ein faires Verfahren (Art. 4 Abs. 1-2, Art. 5 Abs. 1 Satz 2, Art. 12 Abs. 1 Art. 2 Abs. 1 i. V. mit Art. 20 Abs. 3, Art. 103 Abs. 1 GG) – gewährleistet.<sup>24</sup> Er gilt aber nicht absolut und ist einer Relativierung zugänglich,<sup>25</sup> was auch das BVerfG mit Recht betont hat.<sup>26</sup>

Der Gesetzgeber hat diesen Gestaltungsraum in ausgewogener Weise ausgefüllt: Erstens verweist § 21 Abs. 1 BNDG-E auf § 53 StPO und die dortigen – in der Rechtsprechung weitgehend ausjudizierten – Begriffe (etwa Journalist<sup>27</sup>, Geistlicher<sup>28</sup>). Diese sind jeweils an die Prämissen rückanzubinden, die der Zuweisung von Freiheitsrechten zugrunde liegen, wie das BVerfG formuliert: Der Gesetzgeber kann „den Schutz auf Personen und Situationen beschränken, die tatsächlich schutzwürdig sind, deren Tätigkeit also durch die Freiheit und Unabhängigkeit gekennzeichnet ist, die den besonderen grundrechtlichen Schutz dieser Institutionen rechtfertigen“.<sup>29</sup> Das ist jeweils bei der Auslegung des § 21 BNDG-E implizit mitzudenken, zumal wenn es um ausländische Staatsmedien geht, die regierungskontrolliert oder Teil eines Propagandaapparats sind. § 21 Abs. 2 BNDG-E nimmt vernünftigerweise sowie verfassungskonform den Schutz zudem dort zurück, wo Adressaten der Aufklärung selbst solcher Straftaten verdächtig sind, die aufgrund ihrer Schwere unter § 29 Abs. 3 BNDG-E fallen. Im Übrigen kann auch in Vertrauensbeziehungen eingegriffen werden, wenn dies dem Schutz überragend wichtiger Rechtsgüter dient. So wäre es etwa bei einer Geiselnahme im Ausland kaum vertretbar, formalistisch den berufsbezogenen Schutz der Pressefreiheit<sup>30</sup> oder des anwaltlichen Beratungsmandats höher zu gewichten als das Lebensrecht der Geisel.

### III. Datenübermittlung

Eine Übermittlung personenbezogener Daten, die aus der strategischen Überwachung gewonnen wurden, ist nach dem BVerfG nur zum Schutz besonders gewichtiger Rechtsgüter zulässig und setzt eine konkretisierte Gefahrenlage oder einen hinreichend konkretisierten Tatverdacht voraus.

<sup>23</sup> Vgl. zu Zeugnisverweigerungsrechten im Gefahrenabwehrrecht bereits VerfG Mecklenburg-Vorpommern, Urt. v. 18.5.2000 – 5/98, LKV 2000, 345 (352 f.); *Shirani*, ZG 2011, 45 ff.; *Würtenberger/Schenke*, JZ 1999, 548 ff.

<sup>24</sup> Zur disparaten Matrix *Gärditz/Stucken*, Wolter/Schenke (Hrsg.), Zeugnisverweigerungsrechte bei (verdeckten) Ermittlungsmaßnahmen, 2002, S. 99 ff.; *Löffelmann*, GSZ 2019, 190 ff.

<sup>25</sup> *Gärditz*, JZ 2020, 825 (831).

<sup>26</sup> BVerfGE 154, 152, Rn. 194: „Danach ist sicherzustellen, dass das Eindringen in Vertraulichkeitsbeziehungen nur zur Aufklärung von im Einzelfall schwerwiegenden Gefahren und besonders schweren Straftaten beziehungsweise zur Ergreifung bestimmter gefährlicher Straftäter zulässig ist. Es bedarf hierfür belastbarer Erkenntnisse. Im Übrigen ist eine Überwachung und Auswertung nur nach Maßgabe einer Abwägung zulässig, wonach das öffentliche Interesse an der Information das Interesse der Betroffenen an dem Schutz der Vertraulichkeit im Einzelfall überwiegt“.

<sup>27</sup> Dazu näher *Bader*, in: Hannich (Hrsg.), KK-StPO, 8. Aufl. (2019), § 53 Rn. 28 ff.; *Ernst*, CR 2013, 318 ff.; *Eschelbach*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), StPO, 4. Aufl. (2020), § 53 Rn. 31 ff.; *Mitsch*, AfP 2012, 521 ff.; *Percic*, in: Kudlich (Hrsg.), MüKo-StPO, Bd. 1, § 53 Rn. 34 ff.; *Sauer*, RDV 2007, 51 ff.

<sup>28</sup> Dazu BVerfG-K, Beschl. v. 25.1.2007 – 2 BvR 26/07, NJW 2007, 1865 f.; BGHSt 51, 140 ff.; BGH, Urt. v. 15.4.2010 – 4 StR 650/09, NStZ 2010, 646 ff.; *de Wall*, NJW 2007, 1856 ff.; *Ling*, GA 2001, 325 ff.; *ders.*, KuR 2008, 70 ff.; *Radtke*, ZevKR 52 (2007), 617 ff.

<sup>29</sup> BVerfGE 154, 152, Rn. 196, unter Bezugnahme auf *Dietrich*, in: Schenke/Graulich/Ruthig (Hrsg.), Sicherheitsrecht des Bundes, 2. Aufl. (2019), § 6 BNDG Rn. 10.

<sup>30</sup> Zu deren Abwägungsrelativität unter Art. 5 Abs. 2 GG frühzeitig BVerfGE 25, 296 ff.; aus jüngerer Zeit etwa BVerfGE 107, 299 (331 ff.); BVerfG-K, Beschl. v. 22.8.2000 – 1 BvR 77/96, NStZ 2001, 43 ff.; Beschl. v. 13.7.2015 – 1 BvR 2480/13, StV 2016, 65 ff. Zur Rechtsprechungsentwicklung von *Knobloch*, AfP 2006, 301 ff.

Ausgenommen hiervon seien lediglich Berichte an die Bundesregierung, soweit diese ausschließlich der politischen Information und Vorbereitung von Regierungsentscheidungen dienen.<sup>31</sup> Eine solche Übermittlung setze eine förmliche, zu protokollierende Entscheidung des BND voraus. Vor der Übermittlung an ausländische Stellen sei eine Vergewisserung über den rechtsstaatlichen Umgang mit den übermittelten Daten geboten.<sup>32</sup> Dem entsprechen nunmehr die Regelungen der §§ 29 f. BNDG-E. Diese enthalte bereichsspezifische und filigran differenzierte Ermächtigungen, die der datenschutzverfassungsrechtlichen Zweckbindung und der Verhältnismäßigkeit von nachträglichen Zweckänderungen Rechnung tragen. Insoweit wird zugleich die spezifische Sicherheitsaufgabe des BND, die das BVerfG anerkannt hat,<sup>33</sup> präziser ausgeformt.

Dem Gesetzgeber obliegt bereits hinsichtlich der Übermittlungsregelung eine normenklare Begrenzung der Zwecke der möglichen Datenverwendung, die grundsätzlich nicht in den Bereich der Abrufregelung verschoben werden darf, sofern nicht beide Regelungen allein im Kompetenzbereich des Bundes liegen und die Regelungen eine in ihrem Zusammenwirken normenklare und abschließende Zweckbestimmung der Datenverwendung enthalten.<sup>34</sup> Das ist aber gerade in Bezug auf die überwiegend landesrechtlich geregelte Gefahrenabwehr nicht der Fall. Im Übrigen war zu berücksichtigen, dass das BVerfG in seinem kurz nach dem BND-Urteil ergangenen Beschluss „Bestandsdatenauskunft II“ Anforderungen an die Eingriffsschwellen konkretisiert hat: Trotz eines gemäßigten Eingriffsgewichts bedürften die allgemeinen Befugnisse zur Übermittlung und zum Abruf von Bestandsdaten für die Gefahrenabwehr und die Tätigkeit der Nachrichtendienste grundsätzlich einer im Einzelfall vorliegenden konkreten Gefahr und für die Strafverfolgung eines Anfangsverdachts.<sup>35</sup> Insoweit ist auch unterschiedlichen Eingriffsschwellen bei der Datenerhebung Rechnung zu tragen.<sup>36</sup>

## 1. Bereichsspezifische Differenzierung

Die Regelungen differenzieren namentlich – im Einklang mit dem BVerfG sowie in der Sache überzeugend – zwischen Übermittlungen an andere deutsche Nachrichtendienste, an die Bundesregierung zur rein politischen Information, an Strafverfolgungsbehörden und an Gefahrenabwehrbehörden (§ 29 Abs. 1-4 BNDG-E). Dem liegt zusammengefasst folgende Ratio zugrunde: Andere inländische Nachrichtendienste unterliegen den gleichen Verwendungsbeschränkungen wie der BND; namentlich verfügen sie über keine Zwangsbefugnisse, was die Eingriffsintensität richtigerweise<sup>37</sup> folgenbezogen graduell begrenzt.<sup>38</sup> Dies rechtfertigt eine Privilegierung beim Informationsaustausch gegenüber anderen Sicherheitsbehörden.<sup>39</sup> Informationen werden also in der Regel nur Baustein in einem größeren Mosaik nachrichtendienstlicher Erkenntnisse über einen Vorgang sein, der weitere Anschlussmaßnahmen durch andere Behörden allenfalls hintergründig mit vorbereiten kann. In Bezug auf den BND können erlangte Informationen allenfalls weitere nachrichtendienstliche Aufklärung veranlassen, die dann den entsprechenden Beschränkungen unterliegt. Die nunmehr entwickelte Regelung genügt den vom BVerfG in seinem Bestandsdatenbeschluss formulierten Anforderungen<sup>40</sup>.

<sup>31</sup> BVerfGE 154, 152, Rn. 211.

<sup>32</sup> BVerfGE 154, 152, Rn. 229, 233, 240.

<sup>33</sup> BVerfGE 154, 152, Rn. 128; analytisch *Gärdtitz*, JZ 2020, 825 (828).

<sup>34</sup> BVerfG, Beschl. v. 27.5.2020 – 1 BvR 1873/13, CR 2020, 607 (613) Rn. 134.

<sup>35</sup> BVerfG, Beschl. v. 27.5.2020 – 1 BvR 1873/13, CR 2020, 607 (614, 615) Rn. 145 f., 151.

<sup>36</sup> Vgl. schon BVerfGE 141, 220 (339 f.).

<sup>37</sup> BVerfGE 154, 152, Rn. 165; *Gärdtitz*, EuGRZ 2018, 6 (11).

<sup>38</sup> BT-Drs. 19/26103, S. 78.

<sup>39</sup> Anders BfDI, Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Änderung des BND-Gesetzes v. 18.12.2020, Ausschuss-Drs. 19(4)682, S. 4.

<sup>40</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 27.5.2020 – 1 BvR 1873/13, CR 2020, 607 (615) Rn. 151: Auch für die Tätigkeiten von Nachrichtendiensten genügen Eingriffsgrundlagen, die eine hinreichend konkretisierte Gefahr verlangen, wenn „tatsächliche Anhaltspunkte“ vorliegen. Bei „nicht tief in die Privatsphäre eingreifenden und insgesamt weniger gewichtigen Eingriffen kann es jedoch genügen, dass eine Auskunft zur Aufklärung einer bestimmten, nachrichtendienstlich beobachtungsbedürftigen Aktion oder Gruppierung im Einzelfall geboten ist [...], denn damit wird ein wenigstens der Art nach konkretisiertes und absehbares

Die Information der Bundesregierung dient der Außen- und Sicherheitspolitik, die aber für individuelle Grundrechtsträgerinnen und -träger durchweg keine unmittelbaren Konsequenzen zeitigt. Vielmehr geht es hier um makropolitische Reaktionen.<sup>41</sup> Eine Verwertung zu Zwecken der Strafverfolgung kommt nur bei besonders schweren Straftaten im Rahmen der Verhältnismäßigkeit in Betracht, weil sich die heimliche und nichtförmliche Erhebung durch den BND nur begrenzt in die Matrix des formalisierten öffentlichen Strafprozesses einfügt. Insoweit wird konsequent – sowie im Einklang mit der Rechtsprechung des BVerfG<sup>42</sup> – auf den im Rahmen des Strafprozessrechts typisiert besonders hochschwelligem Katalog des § 100b Abs. 2 StPO (Online-Durchsuchung) sowie Straftaten nach §§ 17, 18 AWG (vor allem Embargoverstöße<sup>43</sup>) verwiesen (§ 29 Abs. 3 BNDG-E). Die konkrete Ausgestaltung trägt dann unterschiedlichen Übermittlungssituationen Rechnung und korrigiert teils vom BVerfG festgestellte<sup>44</sup> Defizite der bisherigen Regelung bzw. Regelungsbedürfnisse.<sup>45</sup>

Richtigerweise lässt der Entwurf auch eine Zweckänderung der nur zur politischen Information erhobenen Daten zu, bindet diese aber – wie vom BVerfG gefordert<sup>46</sup> – an die hohe Schwelle, dass überragend wichtige Rechtsgüter auf dem Spiel stehen (§ 29 Abs. 7 BNDG-E). In Teilen wäre eine restriktivere Regelung (etwa eine ausnahmslose Übermittlungssperre) wohl ihrerseits mit grundrechtlichen Schutzpflichten unvereinbar gewesen, etwa wenn der BND kollateral im Zuge der sicherheitspolitischen Aufklärung von einem geplanten Anschlag auf das Leben einer Person oder deren Entführung ins Ausland erfährt, die Information aber keiner zur Abwehr fähigen Stelle weitergegeben werden dürfte. Allgemeine und jeweils differenzierte Vorbehaltsklauseln, die eine Übermittlung gleichwohl – im Sinne einer Rückausnahme – wieder ausschließen, wenn es anderenfalls zu unzumutbaren Nachteilen für Betroffene käme, verpflichten den BND auf einen einzelfallbezogene Verhältnismäßigkeitsprüfung (§§ 29 Abs. 10, 30 Abs. 6 BNDG-E). Insgesamt schafft § 29 BNDG-E damit eine extrem differenzierte, in Bestimmtheit und Eingriffsschwellen aber auch verfassungskonforme Neuregelung des Datenübermittlungsrechts.

Auch mit geltendem Unionsrecht steht die Regelung in Einklang. Der EuGH hat zwar festgestellt, dass eine nationale Regelung mit Art. 15 Abs. 1 der Datenschutz-Richtlinie 2002/58/EG<sup>47</sup> sowie der Art. 7, 8 und 11 i. V. mit Art. 52 Abs. 1 GRCh unvereinbar sei, die es einer staatlichen Stelle gestattet, zum Schutz der nationalen Sicherheit den Betreibern elektronischer Kommunikationsdienste eine allgemeine und unterschiedslose Übermittlung von Verkehrs- und Standortdaten an die Sicherheits- und Nachrichtendienste aufzuerlegen.<sup>48</sup> Um eine solche pauschale und unterschiedslose Übermittlung geht es vorliegend jedoch nicht, denn § 29 BNDG-E knüpft an sehr konkrete und anlassdifferenzierte Übermittlungsschwellen an, die sich zudem nur auf anderweitig bereits erhobene Daten beziehen, aber Betreiber in keiner Weise zu einer anlasslosen Speicherung verpflichten, um entsprechende Daten für Sicherheitsbehörden zu „bevorraten“.

---

Geschehen vorausgesetzt. Im Hinblick darauf, dass der Aufgabenbereich der Nachrichtendienste von vornherein dadurch gekennzeichnet ist, dass er dem Schutz besonders gewichtiger Rechtsgüter dient [...], bedarf es keiner weitergehenden Anforderungen an den Rechtsgüterschutz“.

<sup>41</sup> Dabei bezieht § 29 Abs. 2 BNDG-E konsequenterweise auch die Landesregierungen mit ein. Diese sind, soweit die Gefahrenabwehr betroffen ist, eigenständige und gegenüber der Bundesregierung gleichberechtigte Organe sicherheitspolitischer Willensbildung. Ungerechtfertigt ist daher die Kritik bei BfDI, Stellungnahme v. 18.12.2020, S. 2 f.

<sup>42</sup> BVerfGE 154, 152 Rn. 221: Gerechtfertigt sei eine Übermittlung „nur zur Verfolgung besonders schwerer Straftaten. Diese werden in der Regel durch Straftatenkataloge näher zu konkretisieren sein“. Vgl. bezugnehmend BT-Drs. 19/26103, S. 79. Zur notwendigen Verdachtsschwelle BVerfG, Beschl. v. 27.5.2020 – 1 BvR 1873/13, CR 2020, 607 (615) Rn. 152.

<sup>43</sup> Dazu näher BGHSt 59, 271 ff.; BGH, Beschl. v. 25.7.2019 – AK 34/19, NStZ 2019, 626 ff.

<sup>44</sup> Vgl. BVerfGE 154, 152 Rn. 174, 313.

<sup>45</sup> Vgl. BT-Drs. 19/26103, S. 81.

<sup>46</sup> BVerfGE 154, 152 Rn. 228.

<sup>47</sup> Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 12.7.2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (ABl. L 201, S. 37).

<sup>48</sup> EuGH, Urt. v. 6.10.2020 – C-623/17 (), ECLI:EU:C:2020:790, Rn. 69 ff.

## 2. Übermittlung an ausländische Stellen

Strengere Anforderungen gelten im Einklang mit dem BVerfG für Übermittlungen an ausländische Stellen (§ 30 BNDG-E), die freilich als unverzichtbare Funktionsbedingung eines Auslandsnachrichtendienstes auch möglich bleiben müssen,<sup>49</sup> weil anderenfalls reziprok der Informationsfluss an den BND leiden würde, der von vitalem Sicherheitsinteresse ist. Im Übrigen ist eine Übermittlung von zum Zweck der politischen Unterrichtung gekennzeichneten personenbezogenen Daten nach § 30 Abs. 5 BNDG-E zum Schutz überragend wichtiger Rechtsgüter auch an ausländische Stellen vorgesehen, mit denen teilweise ebenfalls grundrechtlichen Schutzpflichten nachgekommen wird, was insoweit gerade die Grundrechtsbindung im Ausland nach Art. 1 Abs. 3 GG abrundet.

## IV. Nachrichtendienstkooperationsrecht

Neu geregelt wird auch das Recht der internationalen Nachrichtendienstkooperation (§§ 31 ff. BNDG-E). Hierbei handelt es sich um eine besonders sensible Materie, weil einerseits gerade – freilich nicht nur – für einen Auslandsnachrichtendienst Kooperationen mit ausländischen Sicherheitsbehörden von existentiellem Interesse für eine wirksame Aufgabenerfüllung und daher unverzichtbar ist, andererseits die notwendige Arbeitsteilung bei der Informationsbeschaffung in besonderem Maße rechtsstaatlich heikel ist, weil Informationen in den Wirkungsradius einer anderen Rechtsordnung gelangen, die mitunter eine ganz andere rechtliche Struktur aufweist. Ein Verwaltungskooperationsrecht der Nachrichtendienste<sup>50</sup> muss daher immer zugleich Ermöglichungsrecht und rechtsstaatliche Einhegung sein, was zwar an sich trivial, hier aber deshalb besonders herausfordernd ist, weil das notwendige Mindestvertrauen in die Rechtsstaatlichkeit ausländischer Informationsverarbeitung durch Sicherheitsbehörden unter klandestinen Bedingungen besondere Sorgfalt erfordert. Der Gesetzentwurf bemüht sich hier um eine pragmatische Lösung, die den verfassungsrechtlichen Mindestanforderungen genügt und im Übrigen Nukleus für ein Verwaltungskooperationsrecht der Nachrichtendienste (vgl. auch §§ 22b, 22c BVerfSchG) insgesamt sein kann.

§ 31 BNDG-E erstreckt die Schutzmechanismen, die für die Ausland-Fernmeldeaufklärung gelten, entsprechend auf Kooperationen mit ausländischen Nachrichtendiensten in diesem Bereich. § 31 Abs. 2 BNDG-E bindet die Zulässigkeit der Kooperation an abschließend katalogisierte Ziele, Abs. 5 auf einen Katalog legitimerweise avisierter Informationen. Sachgerecht ist hierbei insbesondere der Auffangtatbestand nach § 31 Abs. 1 Nr. 3 BNDG-E, der eine Kooperation zulässt, um die Aufgabenerfüllung durch den BND sicherzustellen, „die ohne eine solche Kooperation wesentlich erschwert oder unmöglich wäre“. Dies trägt der Gegenseitigkeit nachrichtendienstlicher Zusammenarbeit angemessen Rechnung; die Bundesrepublik Deutschland könnte keine Unterstützung durch ausländische Behörden, die z. B. mehrmals bereits zur Verhinderung von Anschlägen beigetragen hat, erwarten, wenn sie sich ihrerseits sensibler Kooperation kategorial verweigert. Um die interne Transparenz, Kontrollierbarkeit und rechtsstaatliche Begrenzung einer konkreten Kooperation sicherzustellen, sind die operativen Parameter in einer schriftlichen und zustimmungs- sowie notifikationsbedürftigen<sup>51</sup> „Absichtserklärung“ vorab zu fixieren (§ 31 Abs. 3 BNDG-E). Umso enger die Bedingungen der Kooperation sind und diese verlässlich eingehalten werden, umso eher ist es zu rechtfertigen, auch mit Diensten solcher Staaten zu kooperieren, die kategorial anderen datenschutzrechtlichen Standards folgen,<sup>52</sup> wenn gleichwohl ein

<sup>49</sup> BT-Drs. 19/26103, S. 83.

<sup>50</sup> Strukturell hierzu *Schöndorf-Haubold*, in: Dietrich/Gärditz/Graulich/Gusy/Warg (Hrsg.), *Nachrichtendienste in vernetzter Sicherheitsarchitektur*, 2020, S. 3 ff.

<sup>51</sup> § 31 Abs. 7 BNDG-E: „Die Absichtserklärung bedarf der Zustimmung des Bundeskanzleramtes, wenn die Kooperation mit ausländischen öffentlichen Stellen von Mitgliedstaaten der Europäischen Union, der Europäischen Freihandelsassoziation oder des Nordatlantikvertrages erfolgt. Im Übrigen bedarf die Absichtserklärung der Zustimmung der Chefin oder des Chefs des Bundeskanzleramtes. Das Parlamentarische Kontrollgremium ist über die Absichtserklärung zu unterrichten.“

<sup>52</sup> Was im globalen Vergleich jenseits der EU meist der Fall ist, ohne dass hier eine Kooperationsverweigerung eine ernsthafte Option wäre.



rechtsstaatlich verantwortbarer Transfer in einem engen Rahmen möglich bleibt, der durch eine Kooperationsbedingungen verlässlich gesteuert werden kann.

Sind Daten nach § 31 BNDG-E kooperativ erhoben, enthält § 32 BNDG-E eine bereichsspezifische Datenverarbeitungsregelung. Wichtig ist hierbei, dass der BND die Verantwortung dafür trägt, die Einhaltung der Kooperationsbedingungen kontinuierlich zu überprüfen und sicherzustellen bzw. bei anhaltenden Verstößen die Kooperation zu beenden (§ 32 Abs. 2 BNDG-E). Eine hinreichend spezifizierte – den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügende Regelung zum Einsatz von Selektoren bei einer selektiven Auswertung ist – ersichtlich aus historischen Erfahrungen mit Kooperationen zwischen BND und US-amerikanischen Diensten – vorgesehen (§ 32 Abs. 3 BNDG-E).<sup>53</sup>

Die automatisierte Übermittlung von *unselektierten* personenbezogenen Verkehrsdaten, die ein besonderes Risiko für die Betroffenen darstellt, weil hier qualifiziert auf einen rechtsstaatlich angemessenen Umgang mit den ausgeleiteten Daten durch ausländische Behörden vertraut werden muss, wird durch § 33 BNDG-E an zusätzliche Voraussetzungen gebunden. Im Rahmen einer Kooperation durch den BND ist eine solche Übermittlung nur zulässig, wenn zusätzlich zum Vorliegen der Voraussetzungen nach § 31 BNDG-E ein qualifizierter Aufklärungsbedarf vorhanden ist (§ 33 Abs. 1 BNDG-E). Dieser Aufklärungsbedarf wird in Abs. 2 Satz 1 abschließend definiert und an sehr hohe Voraussetzungen – nämlich Gefährdungen vitaler bzw. besonders vulnerabler Schutzgüter – gebunden. Dies genügt aufgrund des exceptionellen Charakters noch den Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit.

## V. Eingriffe in informationstechnische Systeme und Gesamtsystematik

Die komplementären<sup>54</sup> Regelungen zu Eingriffen in informationstechnische Systeme im Ausland betreffen unter dem Gesichtspunkt des Grundrechts auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme (Art. 2 Abs. 1 i. V. mit Art. 1 Abs. 1 GG)<sup>55</sup> analoge Anforderungen der Verhältnismäßigkeit und sind daher den Ermächtigungen zu Individualeingriffen in das Telekommunikationsgeheimnis (Art. 10 GG) nachgebildet (§§ 34 ff. BNDG), wie sie sich für den BND in § 3 G 10 befinden.<sup>56</sup> Das Gesetz folgt hier letztlich der Systematik der Grundrechte, nicht der Eingriffstypik. So finden sich jeweils im G 10 wie im BNDG sowohl strategische als auch individuelle Eingriffsermächtigungen des BND, die ähnliche Strukturen aufweisen. Im Rahmen einer umfassenden Reform sollte diese eher zufällige und anderen Fachgesetzen des Sicherheitsrechts fremde Aufteilung überwunden und in ein integratives BNDG überführt werden, das dann sämtliche – bislang verstreuten – Befugnisse des BND bündelt.

Ogleich die Strukturen sowie Ziele der Aufklärung durch Eingriffe in informationstechnische Systeme analog zu denen der Ausland-Fernmeldeaufklärung sind, fehlt hier allerdings eine Regelung über die Zusammenarbeit mit ausländischen Nachrichtendiensten entsprechend den §§ 31 ff. BNDG. Der Sinn dieser Unterscheidung ist nicht zu erkennen; es ist davon auszugehen, dass in beiden Fällen entsprechender Kooperationsbedarf besteht. Durch eine schlichte Verweisung auf die §§ 31 ff. BNDG könnte und sollte eine – insoweit zwingend erforderliche – Eingriffsermächtigung geschaffen werden.

<sup>53</sup> Zum Fall *Granlich*, Nachrichtendienstliche Fernmeldeaufklärung mit Selektoren in einer transnationalen Kooperation, 2015.

<sup>54</sup> Vgl. BT-Drs. 19/26103, S. 91 f.

<sup>55</sup> BVerfGE 120, 274 (302 ff.); 133, 277 (372 f.); 141, 220 (260, 264, 303 f.); BVerfG, Beschl. v. 10.11.2020 – 1 BvR 3214/15, Rn. 113; BVerfG-K, Beschl. v. 6.7.2016 – 2 BvR 1454/13, NJW 2016, 3508 (3510).

<sup>56</sup> Strategische Maßnahmen wie nach § 5 G 10 bzw. §§ 19 ff. BNDG scheiden hier strukturell aus, weil ein gezielter Zugriff auf ein konkretes informationstechnisches System notwendig ist.

## VI. Neue Kontrollstrukturen

Der wohl weitreichendste Änderungsbedarf ist dadurch entstanden, dass das BVerfG aus dem Verhältnismäßigkeitsgebot – reichlich freihändig – die Notwendigkeit grundlegend neuer Kontrollstrukturen abgeleitet hat, die die Defizite des externen Rechtsschutzes und der begrenzten parlamentarischen Kontrolle kompensieren. Die Befugnisse zur strategischen Überwachung, zur Übermittlung der mit ihr gewonnenen Erkenntnisse und zur diesbezüglichen Zusammenarbeit mit ausländischen Diensten seien mit den Anforderungen der Verhältnismäßigkeit nur vereinbar, wenn sie durch eine unabhängige objektivrechtliche Kontrolle flankiert werden. Sie sei als kontinuierliche Rechtskontrolle auszugestalten, die einen umfassenden Kontrollzugriff ermögliche.<sup>57</sup> Das Gericht verlangt hierbei eine zweigleisige Kontrollstruktur. Einerseits sei eine mit abschließenden Entscheidungsbefugnissen verbundene gerichtsähnliche Kontrolle sicherzustellen, der die wesentlichen Verfahrensschritte der strategischen Überwachung unterliegen; andererseits sei eine administrative Kontrolle zu etablieren, die eigeninitiativ stichprobenmäßig den gesamten Prozess der Überwachung auf seine Rechtmäßigkeit prüfen kann.<sup>58</sup> Die Kontrollinstanz müsse über institutionelle Eigenständigkeit verfügen. Hierzu gehörten ein eigenes Budget, eine eigene Personalhoheit sowie Verfahrensautonomie. Dabei sei auch dafür Sorge zu tragen, dass die Kontrolle nicht durch die „Third Party Rule“ behindert wird.<sup>59</sup>

Die neuen Kontrollstrukturen müssen sich einfügen lassen in die Vielfalt derjenigen Organe, die an der Nachrichtendienstkontrolle beteiligt sind:<sup>60</sup> Vertrauensgremium (§ 10a BHO), G 10-Kommission (§ 15 G 10), Art. 13 GG-Gremium. Die Novelle greift die Vorgaben des BVerfG, die sich eng an das britische Modell der Nachrichtendienstkontrolle anlehnen,<sup>61</sup> auf und schafft in den §§ 40 ff. BNDG-E neue Strukturen einer unabhängigen Rechtskontrolle. Die Rechtskontrolle wird nach § 40 Abs. 2 BNDG-E ausgeübt als gerichtsähnliche Rechtskontrolle durch das gerichtsähnliche und als administrative Rechtskontrolle durch das administrative Kontrollorgan. Beide Gremien werden zusammengefasst unter dem Dach des insoweit bikameralen Unabhängigen Kontrollrats (UKR). Der UKR wird nach § 41 Abs. 1 BNDG-E als eine „oberste Bundesbehörde“ und als unabhängiges Organ der Kontrolle der technischen Aufklärung des BND nur dem Gesetz unterworfen, agiert also weisungsfrei. Die Bezeichnung als „oberste“ Bundesbehörde ist freilich missverständlich, weil bundesgesetzlich nach Art. 87 Abs. 3 GG unterhalb der Regierungsebene (Art. 65 GG) nur obere Bundesbehörden errichtet werden dürfen.

### 1. Unabhängiger Kontrollrat

Der UKR ist nach § 41 Abs. 3 BNDG-E bei der Erfüllung seiner Aufgaben und bei der Ausübung seiner Befugnisse unabhängig und nicht weisungsgebunden. Dies entspricht dem Maßstab der richterlichen Unabhängigkeit (Art. 97 Abs. 1 GG, § 26 DRiG), die nicht zuletzt hinsichtlich der Zwitterstellung<sup>62</sup> durchaus funktionsähnlich auch auf die Rechnungshöfe erstreckt wird (Art. 114 Abs. 2 Satz 1 GG, § 3 Abs. 4 BRHG).<sup>63</sup> Mit Blick auf das Demokratiegebot (Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG), das grundsätzlich die Weisungsabhängigkeit von Verwaltungsbehörden verlangt,<sup>64</sup> ist dies aus funktionsbezogenen Gründen zu rechtfertigen, weil der UKR zwar kein Gericht ist, aber

<sup>57</sup> BVerfGE 154, 152, Rn. 265, 272.

<sup>58</sup> BVerfGE 154, 152, Rn. 275 f.

<sup>59</sup> BVerfGE 154, 152, Rn. 281.

<sup>60</sup> Vgl. Klein, in: Maunz/Dürig (Begr.), GG, Stand: 2020, Art. 45d Rn. 26.

<sup>61</sup> Zur auffälligen Anleihe Gärdütz, JZ 2020, 825 (833). Als Inspirationsquelle dürfte auch die eingehende Beziehung von Sachverständigen in der mündlichen Verhandlung gedient haben. Zum britischen Original näher McKay, The Investigatory Powers Act 2016, 2017, S. 218 ff.; Williams, Surveillance and Intelligence Law Handbook, 2006, S. 231 ff.

<sup>62</sup> BVerwG, Urt. v. 15.11.2012 – 7 C 1/12, NVwZ 2013, 431 (432).

<sup>63</sup> Zur organisationsrechtlichen Binnenstrukturierung Blasius, JZ 1990, 954 ff.

<sup>64</sup> BVerfGE 97, 37 (66 f.); 107, 59 (87 f.); 119, 331 (366); 130, 76 (124); 135, 317 (429); 137, 185 (232 f.); 139, 194 (225); Böckenförde, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. II, 3. Aufl. (2004), § 24 Rn. 16 ff.

doch gerichtsähnliche Kontrollfunktionen ausüben soll, die funktionale Unabhängigkeit erfordern. Auch den Anforderungen des BVerfG wird insoweit in jeder Hinsicht entsprochen.<sup>65</sup>

Es wäre allerdings naheliegend gewesen, bei Streitigkeiten über eine Verletzung der Unabhängigkeit und für Disziplinarverfahren gegen Mitglieder des gerichtsähnlichen Organs die Regelungen der §§ 26 Abs. 3, 61 ff. DRiG für entsprechend anwendbar zu erklären oder die Verfahren aus Sicherheitsgründen<sup>66</sup> erst- und letztinstanzlich dem BVerfG zuzuweisen. Die entsprechende Regelung des § 50 Abs. 1 Nr. 4 VwGO findet vorliegend nämlich keine Anwendung mehr, weil es aufgrund der behördlichen Verselbstständigung des UKR bei innerdienstlichen Angelegenheiten nicht mehr um Streitigkeiten mit dem BND<sup>67</sup> geht. Entsprechende Probleme können sich im Übrigen auch dann stellen, wenn Dritte (z. B. Zeugen, in einem Bericht pejorativ Erwähnte,<sup>68</sup> Presseangehörige) Rechtsschutz gegen den UKR ergreifen. Bleibt es bei der Novelle, ist in allen Fällen das VG Berlin im regulären Instanzenzug zuständig.

Durch die behördliche Verselbstständigung wird – über diese Mindestanforderungen hinausgehend – zugleich ein institutionelles Setting geschaffen, das eine Kultur der Distanz und Unabhängigkeit unterstützen kann. Das gerichtsähnliche Kontrollorgan als Teilgremium ist nach § 42 BNDG-E zuständig sowohl für eine *präventive* Kontrolle (im Rahmen von Anordnungsverfahren), die der Funktion eines Ermittlungsrichters<sup>69</sup> angenähert ist, als auch eine *nachträgliche* Kontrolle der Rechtmäßigkeit im Rahmen des neuen Vierten Teils des BNDG.

Es ist sachgerecht, sowohl die administrative als auch die gerichtsähnliche Kontrolle in einem Organ mit zwei funktional getrennten Einheiten zusammenzuführen. Da insoweit die administrativ-technische Kompetenz auch der Rechtskontrolle unmittelbar zur Verfügung steht und ein permanenter Austausch möglich ist, lässt dies eine gesteigerte Effektivität der Kontrolle erwarten. Insoweit werden auch Schwächen vermieden, die eine Externalisierung zur Folge hätte. Etwa eine Übertragung der administrativen Kontrolle auf den Bundesbeauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit (BfDI) würde diesen dysfunktional in die dem Geheimschutz unterliegenden Mechaniken der Nachrichtendienstverwaltung hineinziehen, was dann eine Lähmung der eben auch politischen und der Öffentlichkeit zugewandten Datenschutzaufsicht zur Folge hätte.

Die Präsidentin oder der Präsident des BGH bzw. die Generalbundesanwältin oder der Generalbundesanwalt schlägt nach § 43 Abs. 3 BNDG-E dem Parlamentarischen Kontrollgremium (PKGr) richterliche Mitglieder zur Wahl vor. Diese Verschränkung ist in doppelter Hinsicht sachgerecht: Über das Vorschlagsrecht, das als Personalauswahlentscheidung an das Leistungsprinzip des Art. 33 Abs. 2 GG, § 9 BBG gebunden ist, wird sichergestellt, dass die zu Wählenden den fachlichen Anforderungen sowie den Kriterien der Bestenauslese für die exponierten Ämter (vgl. § 46 BNDG-E<sup>70</sup>) entsprechen.<sup>71</sup> Insoweit wird in der Justiz ein Bewerbungs- bzw. Interessenbekundungsverfahren zu organisieren sein. Die Wahl durch das PKrG sichert die demokratische Legitimation der Ernennung, zumal das Gremium als unmittelbar parlamentsgewählt (§ 2 Abs. 1

<sup>65</sup> Fernliegend erscheint es, die Unabhängigkeit daran festzumachen, auf welchen Liegenschaften die Behörde ihren Dienstsitz hat. So aber BfDI, Stellungnahme v. 18.12.2020, S. 10. Eine räumliche Nähe zu den Infrastrukturen des BND ist schon deshalb erforderlich, weil anderenfalls eine laufende, begleitende und routinierte Kontrolle schwer möglich ist.

<sup>66</sup> Zu diesem Zweck des § 50 Abs. 1 Nr. 4 VwGO; BT-Drs. 14/7474, S. 14 f.; Gärditz, in: ders. (Hrsg.), VwGO, 2. Aufl. (2018), § 50 Rn. 19.

<sup>67</sup> Zum Umfang der exzeptionellen Zuweisung BVerfG, Urt. v. 27.6.2007 – 6 A 1/06, PersR 2007, 443 ff.; Beschl. v. 2.9.2019 – 6 VR 2/19, DVBl 2020, 282 ff. Zur strikten organisationsrechtlichen Deutung *Bestermann*, in: Posser/Wolff (Hrsg.), VwGO, 2. Aufl. (2014), § 50 Rn. 8; Gärditz, in: ders. (Hrsg.), VwGO, 2. Aufl. (2018), § 50 Rn. 20.

<sup>68</sup> Vgl. OVG Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 5.12.2016 – 16 A 2447/12, DVBl 2017, 520 ff.

<sup>69</sup> Dazu BVerfGE 107, 395 (406); 141, 220 (275); *Achenbach*, JuS 2000, 27 (30); *Amelung*, Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe, 1976, S. 22 f.; *Gusy*, JZ 2001, 1033 (1034), *Lin*, Richtervorbehalt und Rechtsschutz, 1998, S. 302 ff., *Lisken/Mokros*, NVwZ 1991, 609 (612); *Nelles*, Kompetenzen und Ausnahmekompetenzen, 1980, S. 45; *Paeffgen*, JZ 1997, 178 (186); *Vofskuhle*, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. V, 2013, § 131 Rn. 4.

<sup>70</sup> Für das gerichtsähnliche Kontrollorgan B 7 bzw. B 9. Der Regelungsstandort ist unglücklich, weil die Wertigkeit der Ämter bzw. die Besoldungsgruppe in allen anderen Bereichen nicht im Fachgesetz, sondern in Anlage I zum BbesG zu finden sind.

<sup>71</sup> Vgl. dazu eingehend BVerfGE 143, 22 (27 ff.).

PKGrG) über ein qualifiziertes Legitimationsniveau, darüber hinaus aber auch über das notwendige Verständnis für nachrichtendienstliche Vorgänge verfügt. Ungeachtet dessen hat die Neuregelung zwei Defizite:

#### a) **Fehlendes Verfahrensrecht**

Die praktische Operabilität der unabhängigen Kontrolle wird dadurch beeinträchtigt, dass dem gerichtsähnlichen Kontrollorgan im Rahmen der Kontrollverfahren keine wirksamen Durchsetzungsinstrumente zur Verfügung stehen.

Die sich für den BND aus § 56 BNDG-E ergebenden Mitwirkungspflichten sind nicht durch Durchsetzungsinstrumente sanktioniert. Anders als ein Gericht (§§ 96 Abs. 1, 98 VwGO, §§ 355 ff., 380, 390, 409 ZPO) oder ein Parlamentarischer Untersuchungsausschuss (§§ 27, 29 Abs. 3 PUAG) können auskunftspflichtige Personen nicht zur Aussage gezwungen werden.<sup>72</sup> Zwar kann sich das Kontrollorgan an den Präsidenten des BND wenden und diesen veranlassen, entsprechende Weisungen (§ 62 Abs. 1 Satz 2 BBG<sup>73</sup>) zu erteilen, wozu dieser auch nach § 56 Abs. 1 BNDG-E verpflichtet wäre. Das Instrumentarium steht aber schon dann nicht mehr zur Verfügung, wenn das Kontrollorgan zur Aufklärung auf Aussagen von Personen angewiesen ist, die nicht (mehr) beim BND beschäftigt sind. Dies betrifft beispielsweise ehemalige Beschäftigte, die entlassen bzw. in einem Disziplinarverfahren aus dem Dienst entfernt wurden, bloße Informanten und V-Leute, externe Sachverständige, Zeugen (z. B. bei den in die Überwachung eingeschalteten TK-Unternehmen) oder Angehörige ausländischer Nachrichtendienste.

Zwar sind Bedienstete des BND nach § 56 Abs. 4 Satz 2 BNDG-E dazu verpflichtet, vollständige und wahrheitsgemäße Angaben zu machen. Tun sie dies nicht, bleibt dies – jenseits etwaiger arbeits- oder beamtenrechtlicher Konsequenzen, die in der Hand der Hausleitung des BND liegen – sanktionslos. Etwa eine vor einem Parlamentarischen Untersuchungsausschuss greifende Strafbarkeit von uneidlichen Falschaussagen (§§ 162 Abs. 2, 153 StGB) gibt es gegenüber dem UKR nicht. Damit wird dieser schlechter gegen Fehlinformationen und Falschaussagen geschützt als ein normales Gericht oder ein Parlamentarischer Untersuchungsausschuss. Da angesichts der fehlenden praktischen Möglichkeiten umfassender eigener Ermittlungen gerade der Wahrheitspflicht eine kardinale Bedeutung zukommt, den Auftrag des Organs angemessen zu erfüllen, dürfte dieses Regelungsdefizit die Mindestanforderungen unterlaufen, die das BVerfG an eine unabhängige *gerichtsähnliche* Kontrolle angelegt hat.

Eine Geschäfts- und Verfahrensordnung (§ 41 Abs. 5 BNDG-E) vermag das strukturelle Problem nicht zu lösen, weil diese weder außenrechtliche Verbindlichkeit hat noch dem Vorbehalt des Gesetzes genügt, sofern mit Maßnahmen des UKR nur Grundrechtseingriffen verbunden sein sollten. Daher wird empfohlen, in § 41 BNDG-E eine Verweisung auf die entsprechende Anwendung des Beweisrechts der VwGO oder (alternativ) der StPO (also zweier Verfahrensordnungen nach Untersuchungsgrundsatz<sup>74</sup>) aufzunehmen.

#### b) **Dysfunktionale Besetzungsregelung**

Völlig dysfunktional erscheint die Begrenzung des personellen Besetzungspools für das gerichtsähnliche Kontrollorgan. Dieses soll nach § 43 Abs. 1 BNDG-E aus erfahrenen Richtern und Richterinnen des BGH und Bundesanwältinnen und -anwälten bestehen. Beides führt zu einer Engführung, die die Professionalität der Kontrolle erschwert, die Rekrutierungspotentiale unnötig einengt und die Nachrichtendienstkontrolle als attraktiven Karriereweg für Laufbahnrichterrinnen und -richter willkürlich beschränkt. Warum soll sich etwa ein Richter am BGH, der über

<sup>72</sup> § 26 VwVfG dürfte hier keine Anwendung finden, weil das BNDG insoweit abweichende Sonderregelungen im Sinne von § 1 Abs. 1 VwVfG enthält. Unabhängig davon vermittelt dieser ohne besondere Regelungen einer Behörde ebenfalls keine Durchsetzungsbefugnisse (§ 26 Abs. 2-3 VwVfG).

<sup>73</sup> Bzw. bei privatrechtlich Angestellten Direktionsrecht nach § 315 BGB.

<sup>74</sup> Zu den Parallelitäten *Geismann*, in: Effer-Uhe/Hoven/Kempny/Rösinger (Hrsg.), *Einheit der Prozessrechtswissenschaft?*, 2016, S. 111 ff.

langjährige Erfahrungen im Wohnraummiet-, Versicherungsvertrags-, Handelsvertreter- oder Wettbewerbsrecht als Kontrolleur besser eignen als eine Kollegin am BVerwG, die im für das Nachrichtendienstrecht zuständigen Senat tätig ist? Gerade diejenigen Richterinnen und Richter, die mit den besonderen Funktionsbedingungen des rigiden Geheimnisses am besten vertraut sind, weil sie in Fachsenaten nach § 189 VwGO sitzen, haben keinen Zugang zur Tätigkeit im Kontrollorgan.

Selbst wenn die Regelung im Wesentlichen auf das Strafrecht zielen sollte (was in ihrer Tatbestandsstruktur nicht zum Ausdruck kommt), würde dies dem Aufgabenprofil nicht gerecht. Der Strafprozess ist in den meisten Facetten das Gegenteil dessen, was nachrichtendienstliche Aufklärung im Kern ausmacht: Strafverfahren sind strikt formalisiert, auf in öffentlicher Verhandlung verwertbare Beweismittel gerichtet und von einer spezifischen Justizkultur geprägt, die auch die Staatsanwaltschaft umgreift. Nachrichtendienstliche Aufklärung ist stark entformalisiert, strukturell nichtöffentlich und nur selten auf Attribution gerichtet. Sie dient auch nicht der Beweisführung, sondern der verlässlichen Information. Sie lebt von einer pragmatischen Administrativkultur. Das spricht – notabene – selbstverständlich nicht gegen die Eignung von Richterinnen und Richter des BGH als Mitglieder des UKR, macht es aber höchst unplausibel, den Zugang zum Amt auf diese zu begrenzen.<sup>75</sup> Gegenüber potentiellen Bewerbern aus anderen geeigneten (Richter-)Ämtern stellt sich die gesetzliche Barriere als willkürlich und damit unvereinbar mit Art. 3 Abs. 1 GG dar; zugleich wird eine Verwirklichung des Leistungsgrundsatzes nach Art. 33 Abs. 2 GG beeinträchtigt, weil ggf. für das Stellenprofil eines Kontrollratsmitglieds besser geeignete Richterinnen und Richter aus anderen Gerichtsbarkeiten schon gar nicht in das Auswahlverfahren gelangen.

## 2. Konsequenzen für das Parlamentarische Kontrollgremium

Dass das BVerfG dem verfassungsunmittelbar verankerten PKGr (Art. 45d GG) nur wenig Aufmerksamkeit widmet und dieses gegenüber einem Kontrollkonstrukt graduell abwertet,<sup>76</sup> das freischwebend mit atemberaubender Detailliertheit aus dem Verhältnismäßigkeitsgebot deduziert wird,<sup>77</sup> gehört zu den offenkundigen Schwächen des BND-Urteils des Ersten Senats. Gleichwohl ist das Modell einer nachrichtendienstnahen unabhängigen Kontrolle mit administrativer und justizförmiger Ausgestaltung jedenfalls rechtspolitisch sachgerecht. Effektive Nachrichtendienstkontrolle benötigt einerseits einen unmittelbaren administrativen Zugriff auf die Vorgänge, was ohne Einbindung in die Exekutivstrukturen nicht sachgerecht möglich ist. Eine wirksame unabhängige Rechtskontrolle mit gerichtsförmlicher Ausgestaltung benötigt andererseits Distanz zum politischen Raum und rigide Abschirmung, um Offenbarungsrisiken zu vermeiden, die letztlich nicht nur die Erfüllung nachrichtendienstlicher Aufgaben gefährden, sondern auch die Wirksamkeit einer Kontrolle unterlaufen würden. Beides ist – bei allen Leistungen und Vorzügen – in Bezug auf das PKGr nicht der Fall, ist dieses doch ein Organ der politisch-parlamentarischen Kontrolle, die unter dem Gesichtspunkt funktionaler Gewaltengliederung weder mitlaufende Fachaufsicht noch justizähnliche Rechtskontrolle sein kann. Damit verbleibt die Frage, welche Rolle künftig dem PKGr neben dem UKR zufallen soll.

### a) Unterschiedliche Kontrollprofile in Struktur und Intensität

Das PKGr bleibt natürlich in seiner Funktion intakt, zumal diese durch Art. 45d Abs. 1 GG verfassungsunmittelbar obligatorisch gewährleistet ist.<sup>78</sup> § 58 Abs. 2 Satz 1 BNDG-E bestimmt konsequent, dass die „Rechte“<sup>79</sup> des PKGr zur Kontrolle der Bundesregierung im Hinblick auf die Tätigkeit des Bundesnachrichtendienstes durch die Tätigkeit des UKR unberührt bleiben. Zwar

<sup>75</sup> Die Neuregelung erweckt den Eindruck, als habe man den bisherigen Mitgliedern des Unabhängigen Gremiums ihre Funktionen erhalten wollen bzw. ein – rational nicht begründbares – Misstrauen gegenüber den fachnäheren Gerichtsbarkeiten.

<sup>76</sup> BVerfGE 154, 152, Rn. 298.

<sup>77</sup> Kritisch Gärditz, JZ 2020, 825 (833).

<sup>78</sup> Vgl. Klein, in: Maunz/Dürig (Begr.), GG, Stand: 2020, Art. 45d Rn. 22.

<sup>79</sup> Das ist ungenau, weil es hier nicht um „Rechte“ im eigentlichen Sinne geht, sondern um organschaftliche Kompetenzen.

unterliegen die Einzelheiten der gesetzlichen Ausgestaltung nach Art. 45d Abs. 2 GG; diese muss jedoch die praktische Wirksamkeit parlamentarischer Kontrolle sicherstellen.<sup>80</sup> Allerdings handelt es sich bei dem PKGr um ein Instrument der politischen Kontrolle, welches die Regierungsverantwortung gegenüber dem Parlament auch im Geheimschutzbereich der Nachrichtendienste institutionell absichert. Das BVerfG hat mit Recht wiederholt sowie sorgfältig begründet den notwendigen Geheimnisschutz im Bereich nachrichtendienstlicher Aufgabenwahrnehmung gegenüber dem Parlament einschließlich seiner Untersuchungsausschüsse (Art. 44 GG) betont.<sup>81</sup> Unmittelbare parlamentarische Kontrolle bleibt aus Gründen funktional-arbeitsteiliger Gewaltenteilung begrenzt. Das PKGr bildet insoweit eine Brücke, weil es parlamentarische Kontrolle auch unter Geheimschutzbedingungen zwar nicht unbegrenzt (vgl. § 6 PKGrG), aber sehr weitreichend ermöglicht. Nach dem Konzept des BVerfG, das die Grenzen der Leistungsfähigkeit parlamentarisch-politischer Kontrolle gesehen hat,<sup>82</sup> soll ein besonderes Kontrollorgan jedoch einen weitergehenden und unmittelbareren Zugriff im Sinne einer spezifischen (präventiven und repressiven) Rechtsaufsicht erlangen, der gegenüber dem parlamentarischen Raum abzuschirmen ist.<sup>83</sup> Insoweit unterscheiden sich die jeweiligen Kontrollzugriffe zwischen PKGr und Unabhängigem Kontrollgremium in Struktur und Intensität.

## b) Kooperationsrecht

Ungeachtet dessen adressiert die Novelle das kooperative Verhältnis beider Organe zueinander. Der UKR unterrichtet nach § 55 Abs. 1 BNDG-E in Abständen von höchstens sechs Monaten das PKGr über seine Tätigkeit. Der UKR, das PKGr, die G10-Kommission und der BfDI können sich zudem nach § 58 Abs. 1 BNDG-E regelmäßig unter Wahrung der jeweils geltenden Geheimhaltungsvorschriften im Rahmen ihrer jeweiligen Kontrollzuständigkeit über „allgemeine Angelegenheiten“ ihrer Kontrolltätigkeit austauschen. Allgemeine Angelegenheiten betreffen nach Sinn und Zweck Strukturfragen einschließlich struktureller Defizite, bleiben aber oberhalb der operativen Ebene einzelner Fälle und konkreter Sachverhalte. Den Vorstoß, darüber hinaus anlassbezogen gemeinsame Beratungen von mit der Nachrichtendienstkontrolle betrauten Gremien zu ermöglichen,<sup>84</sup> erscheint zumindest erwägenswert. Gemeinsame Beratungen können nicht nur die Kontrolle effektuieren, sondern zugleich auch die Nachrichtendienste in ihrer Arbeit stärken, indem sie nicht unnötig unkoordinierten Kontrollersuchen ausgesetzt werden.

## c) Kontrolle des Unabhängigen Kontrollrats durch PKGr?

Die Neukonzeption lässt gleichwohl ein Problem ungelöst, das auch das BVerfG in seiner Entscheidung nicht adressiert und möglicherweise übersehen hat: Unterliegt der UKR der Kontrolle durch das PKGr? Eine solche Sekundär-Kontrolle liefe zwar offenkundig dem institutionellen Kontrollmodell des BVerfG zuwider, ist aber keineswegs fernliegend. Denn nach Art. 45d Abs. 1 GG bestellt der Deutsche Bundestag ein Gremium zur Kontrolle der „nachrichtendienstlichen Tätigkeit des Bundes“ (vgl. konkretisierend § 1 Abs. 1 PKGrG). Einerseits handelt es sich bei der Nachrichtendienstkontrolle als solcher nicht selbst um nachrichtendienstliche Tätigkeit. Andererseits ist der UKR nicht nur repressives Kontrollorgan, sondern auch eine Art interne Genehmigungsbehörde, soweit er präventiv in den Erlass von Anordnungen (§ 23 Abs. 4, 7, 33 Abs. 2 Sätze 4-5, 34 Abs. 9, 37 Abs. 4 BNDG-E) oder die präventive Prüfung von Übermittlungen

<sup>80</sup> Klein, in: Maunz/Dürig (Begr.), GG, Stand: 2020, Art. 45d Rn. 23.

<sup>81</sup> BVerfGE 146, 1 (49 ff.); BVerfG, Beschl. v. 16.12.2020 – 2 BvE 4/18, Rn. 86 ff.

<sup>82</sup> BVerfGE 154, 152, Rn. 298.

<sup>83</sup> Die bisweilen in Gesprächen artikuliert Erwartung, ein als volksgewählten Abgeordneten bestehendes Organ dürfe nicht gegenüber anderen Kontrolleuren zurückgesetzt werden, verfängt nicht. Demokratische Legitimation verwirklicht sich nur innerhalb aufgabenadäquater Organstrukturen und vermittelt dem Parlament keinen allgemeinen Vorrang gegenüber den anderen – von Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG gleichberechtigt institutionalisierten – Gewalten. Zur Grundmatrix des Rechtsstaats gehört es gerade, dass Gesetzgebung, Gesetzesvollzug und unabhängige Vollzugskontrolle nicht zusammenfallen. Gerade Rechtskontrolle benötigt Distanz zu politischen Interessen und strukturelle Entpolitisierung.

<sup>84</sup> Antrag Bündnis 90/Die Grünen, Legitimität und Leistungsfähigkeit der Nachrichtendienste stärken – Kontrolle auf allen Ebenen verbessern und ausbauen, S. 8.

(§§ 22 Abs. 3, 29 Abs. 8, 36 Abs. 3 BNDG-E) eingebunden ist. Das gesamte Modell der strikten Trennung von parlamentarisch-politischer Kontrolle einerseits und rechtlicher Kontrolle andererseits, welches das BVerfG mit erheblicher Kreativität entworfen hat, kollabiert, wenn der UKR seinerseits der Kontrolle durch das PKGr unterworfen wäre. Da die konkreten Zuständigkeiten des PKGr gesetzlich auszugestalten sind (Art. 45d Abs. 2 GG), wird empfohlen, im PKGrG eine Klarstellung vorzunehmen, dass die Kontrolltätigkeit des UKR seinerseits nicht der Kontrolle des PKGr unterliegt.

#### d) **PKGr als Adressat parlamentarischer Information**

Soweit das BVerfG gefordert hat, dass sich ein unabhängiges Kontrollorgan jedenfalls als Ultima Ratio auch unmittelbar an den Deutschen Bundestag wenden und diesen informieren können muss,<sup>85</sup> verlangt dies weder eine Durchbrechung der strikten Geheimhaltung noch eine unmittelbare Adressierung des Plenums oder seiner Ausschüsse. Die Ausgestaltung der Informationspfade wird vielmehr dem Gesetzgeber überlassen, der auch den besonderen Geheimschutzbelangen Rechnung zu tragen hat. Insoweit drängt es sich auf, das vom Deutschen Bundestag gewählte PKGr zu adressieren, welches über etwaige Missstände informiert werden kann. Die auf strukturelle Informationen beschränkte Regelung des § 58 Abs. 1 BNDG-E scheint hierfür aber unpassend und sollte um eine entsprechende explizite Informationsregelung ergänzt werden. Dafür wäre § 55 Abs. 3 BNDG-E zu streichen.

### 3. **Perspektiven einer Fortentwicklung der Kontrollinstanz**

Die grundlegende Reform der Kontrolle des BND bietet weitreichende Perspektiven, künftig die gesamte Architektur der Nachrichtendienstkontrolle neu zu strukturieren. Einige Parameter sollen hier skizziert werden:

- Vergleichbare Probleme wie bei der reformanlässlichen Ausland-Fernmeldeaufklärung stellen sich jedenfalls im Grundsatz auch bei anderen heimlichen Überwachungsmaßnahmen sowie bei den anderen Nachrichtendiensten des Bundes (BfV und BAMAD). Insofern bietet ein erst einmal institutionalisierter UKR den Grundbaustein, künftig teils disparate, zerfaserte und unübersichtliche Kontrollstrukturen in ein einheitliches Kontrollregime zu überführen.
- Anzustreben ist eine Ablösung der G 10-Kommission. Es ist für eine wirksame Kontrolle, die Geheimhaltung und die Sicherheit kontraproduktiv, an diesem Organ weiter festzuhalten. Die Aufgaben der G 10-Kommission können im Einklang auch mit Art. 10 Abs. 2 GG friktionslos auf den UKR übergeleitet werden. Die damit einhergehende Ablösung eines nebenamtlichen Organs durch ein permanent arbeitendes Organ mit besonders erfahrenen sowie Vollzeit tätigen Berufsbeamtinnen und Beamten führt zugleich zu einer Professionalisierung, die wiederum der Effektivität der Kontrolle zugutekommt.
- Die Rechts- und Fachaufsicht durch die für die drei Nachrichtendienste des Bundes zuständigen Ministerien (Bundeskanzleramt, BMI, BMVg) sichert demokratische Verantwortlichkeit und ist aktiv sowie wirksam wahrzunehmen.<sup>86</sup> Spezifische Kontrollstrukturen können diese nicht ersetzen, sondern nur ergänzen. Das Verhältnis zu den besonderen Kontrollstrukturen wäre aber ggf. gesondert zu regeln, namentlich falls es einmal zu Zugriffskonflikten zwischen Aufsicht und UKR kommen sollte.
- Eine weitere parlamentarische Kontrollinstanz neben dem PKGr, wie dies mit der Errichtung eines parlamentarischen Nachrichtendienstbeauftragten vorgeschlagen wurde,<sup>87</sup>

<sup>85</sup> BVerfGE 154, 152, Rn. 298.

<sup>86</sup> Mit Recht Antrag Bündnis 90/Die Grünen, Legitimität und Leistungsfähigkeit der Nachrichtendienste stärken – Kontrolle auf allen Ebenen verbessern und ausbauen, S. 2.

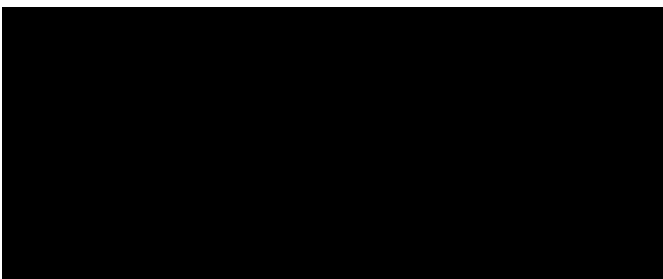
<sup>87</sup> BT-Fraktion der FDP, Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der parlamentarischen Kontrolle der Nachrichtendienste, BT-Drs. 19/19502.

ist weder notwendig noch neben dem PKGr sachgerecht. Das BVerfG hat auf die unvermeidbaren Nachteile der parlamentarischen gegenüber der administrativen und gerichtlichen Kontrolle hingewiesen.<sup>88</sup> Eine Vervielfältigung externer Kontrollstrukturen führt eher zu einer Schwächung der Kontrolle insgesamt<sup>89</sup> und einer unnötigen Erhöhung der Fehleranfälligkeit.

## VII. Gesamtbilanz

Die Grundrechtsdogmatik muss immer angemessene Antworten auf sich ständig ändernde gesellschaftliche, technische und politische Herausforderungen bieten und entsprechend anpassungsfähig sein. Das BVerfG betont daher zutreffend, dass eine (globalisierungsbedingt unvermeidbare) Entgrenzung der staatlichen Gewalt grundrechtlich einzufangen ist, um zu verhindern, dass grenzüberschreitendes Handeln und Zusammenwirken des Staates hinreichenden Grundrechtsschutz unterläuft<sup>90</sup> und die Reichweite des Grundrechtsschutzes hinter die Funktionsbedingungen der Internationalisierung zurückfällt.<sup>91</sup> Diesen im Konkreten mehr als komplexen Anforderungen kann man freilich nicht allein durch eine elaborierte Grundrechtsdogmatik und abstrakte Leitsätze gerecht werden. Auch das BVerfG hat hier mit seiner durch Details überladenen Entscheidung den Bogen überspannt. Vielmehr bedarf es vor allem konkreter verwaltungsrechtlicher Lösungsangebote, die vom Gesetzgeber pragmatisch und aufgabenadäquat auszugestalten sind. Der Gesetzgeber hat hier für ein Reformvorhaben dieser Komplexität innerhalb sehr kurzer Zeit ein tragfähiges Gerüst geschaffen, das künftig auch als Matrix für eine Gesamtreform und Bereinigung des Nachrichtendienstrechts dienen kann.

Dass auch diese Reform hier nicht der Schlussstein im Gewölbe eines rechtsstaatlichen Eingriffs- und Kontrollrechts der Nachrichtendienste sein kann, sondern eher Zwischenschritt auf dem Weg weiterer Reformbemühungen, sollte eher er- denn entmutigen. Mehr war in der laufenden Wahlperiode, die langsam in den Wahlkampfmodus gleitet, nicht zu erwarten. Eine grundlegende Reform des Nachrichtendienstrechts müsste auch die Systematik der zur Unübersichtlichkeit fragmentierten<sup>92</sup> Fachgesetze angehen, namentlich das G 10 auflösen und in die einzelnen Nachrichtendienstgesetzes (BNDG, BVerfSchG, MADG) integrieren. Das verdeutlicht gerade die hier in Rede stehende Reform: Ursprünglich wurde die Aufteilung der Eingriffsregelungen auf G 10 einerseits und BNDG andererseits mit dem begrenzten Anwendungsbereich des Art. 10 GG erklärt. Nachdem das BVerfG festgestellt hat, dass auch die Ausland-Fernmeldeaufklärung durch den BND an diesem Grundrecht zu messen sei, ist die überkommene Systematik, die die Novelle hier noch einmal fortschreibt, hinfällig geworden.



(Professor Dr. Klaus Gärditz)

<sup>88</sup> BVerfGE 154, 152, Rn. 298.

<sup>89</sup> Tendenziell wohl auch BfDI, Stellungnahme v. 18.12.2020, S. 9: Vermeidung von Doppelkontrollen.

<sup>90</sup> BVerfGE 154, 152, Rn. 96.

<sup>91</sup> BVerfGE 154, 152, Rn. 110.

<sup>92</sup> Vgl. *Schneider*, K&R 2020, 500 (501 f., 506), die auch auf die praktischen Probleme der Zuordnung von Kommunikationsverkehren zu den einzelnen Rechtsregimes hinweist (503).