



Stellungnahme
zur Anhörung des Innenausschusses des Deutschen Bundestages zum
Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des BND-Gesetzes zur Umsetzung der Vorgaben des
Bundesverfassungsgerichts sowie des Bundesverwaltungsgerichts (BNDG-E, BT-
Drucksache 19/26103)
sowie weiterer Gesetzentwürfe und Anträge

I. Allgemeines

Die dem Gesetzgeber für eine Neuregelung vom Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil vom 19. Mai 2020¹ gesetzte Frist ist – angesichts des Wahljahres 2021 – wenn nicht kalendarisch, so doch politisch außergewöhnlich kurz. Es konnte unter diesen Umständen von vornherein nicht darum gehen, eine gründliche Reform des Rechts der Nachrichtendienste zu bewerkstelligen, sondern nur darum, den vom Bundesverfassungsgericht i.W. aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit abgeleiteten materiell-rechtlichen, organisatorischen und prozeduralen Anforderungen an die Fernmeldeaufklärung im Ausland Rechnung zu tragen, um die Arbeitsfähigkeit des Bundesnachrichtendienstes auch danach zu gewährleisten.

Die Stellungnahme übergeht daher die Frage, ob eine grundsätzlich bessere Regelung der parlamentarischen und unabhängigen Kontrollarchitektur in Bezug auf den BND denkbar wäre – was sicher der Fall ist – und beschränkt sich auf einige punktuelle Bemerkungen zur Ausgestaltung des Verhältnisses von parlamentarischer Kontrolle des BND durch das PKGr und

¹ BVerfG, Urt. v. 19.5.2020, 1 BvR 2835/17 = BVerfGE 154, 152.

der unabhängigen Kontrolle durch den UK-Rat sowie zu den Befugnissen im Rahmen der Kooperation mit AND.

II. Zum Verhältnis von parlamentarischer Kontrolle durch PKGr und unabhängiger Kontrolle durch den UK-Rat

Die vorgelegten Entwürfe unterscheiden sich maßgeblich darin, wie sie das Verhältnis zwischen dem neuen unabhängigen Kontrollrat einerseits und dem PKGr andererseits ausgestalten. Während der Antrag der Fraktion der Grünen den UK-Rat im Prinzip als Agentur des PKGr ausgestalten möchte und der Gesetzentwurf der FDP-Fraktion die operative Kontrolle einem neuen Beauftragen des Bundestages übertragen will, schafft der Regierungsentwurf – relativ eng entlang der Linien des Urteils des BVerfG vom 19.5. – ein prinzipiell zweispuriges System der Kontrolle durch den UK-Rat einerseits und das PKGr andererseits, das dem PKGr zwar einen gewissen Einfluss auf den UK-Rat gewährt, die jeweiligen Tätigkeiten aber voneinander abgrenzt und anders akzentuiert.

1. Aufgabenteilung zwischen unabhängiger Kontrolle und PKGr

Durch die Tätigkeit des UK-Rates bleiben nach § 58 Abs. 2 BNDG-E die Befugnisse des PKGr bei der parlamentarischen Kontrolle unberührt; auch ist eine parallele Änderung des PKGrG derzeit nicht geplant. Gleichwohl erhält das PKGr durch den BNDG-E eine Reihe von neuen Funktionen und wird sich in der Zukunft zum UK-Rat als einer neuen Institution in Beziehung zu setzen haben. Diese Beziehung lässt sich anhand der Regelungen des Regierungswurfs wie folgt kennzeichnen:

a) Kreation. Das PKGr soll die Mitglieder des UK-Rates (§ 43 Abs. 3 BNDG-E) auf Vorschlag des Präsidenten des BGH und des GBA sowie den Präsidenten des UK-Rates auf Vorschlag des Vorsitzenden des PKGr wählen. Der Antrag der Fraktion der Grünen schlägt hingegen vor, die Benennung potenzieller Kandidaten den Fraktionen zu überlassen. Eine formelle Organisationshoheit über den UK-Rat kommt dem PKGr dagegen nicht zu. Der UK-Rat beschließt seine Geschäftsordnung selbst und hat das PKGr lediglich von ihr zu unterrichten (§ 41 Abs. 5 BNDG-E).

b) Information. Das PKGr wird vom UK-Rat über dessen Tätigkeit (§ 55 Abs. 1 BNDG-E) in regelmäßigen Abständen informiert. Während die Information des PKGr als objektivrechtliche Pflicht des UK-Rates ausgestaltet ist, steht die Information des Bundestagsplenums durch den UK-Rat über etwaige Beanstandungen (§ 55 Abs. 3 BNDG-E) in dessen Ermessen. Auch bei der Information des PKGr bestehen allerdings eine Reihe von Einschränkungen: Die Unterrichtung

bezieht sich nur auf „Informationen und Gegenstände, die der Verfügungsberechtigung des BND unterliegen“, d.h. insbesondere nicht auf AND (§ 55 Abs. 2 BNDG-E). Insoweit fällt dem Bundeskanzleramt eine Vermittlungsfunktion zu, das über die Unterrichtung in Übereinstimmung mit den in der Rechtsprechung des BVerfG anerkannten Grenzen parlamentarischer Informationsrechte (Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung, Wohl des Bundes usw.) entscheidet.

Diese Ausgestaltung beruht auf einer Trennung zwischen der *operativen, aber internalisierten* Kontrolle mit umfassender Zuständigkeit durch den UK-Rat und einer *politischen, aber externen* Kontrolle durch das PKGr. Der UK-Rat fungiert in diesem Modell einerseits als parlamentarisch gelenkte Kontrollinstitution insofern, als das PKGr „Herr des Verfahrens“ bleibt, die Mitglieder wählt und zu seinen Sitzungen laden kann. Auch ist der UK-Rat nach der Konzeption des Gesetzes insofern relativ nah am Parlament als er selbst nicht Objekt der Kontrolle des PKGr sein soll. Dem PKGr bleibt in diesem Modell allerdings der direkte Einblick in die Prüfungsgegenstände des UK-Rates grundsätzlich vorenthalten. Der BNDG-E ist wohl so zu verstehen, dass die Mitglieder des UK-Rates das PKGr vor allem über strukturelle Probleme informieren sollen, nicht aber über die Einzelheiten von Vorgängen.

c) *Austausch*. Schließlich sieht der BNDG-E einen institutionalisierten Austausch zwischen UK-Rat, PKGr, G10-Kommission und BfDI vor (§ 58 Abs. 1 BNDG-E). Danach sollen diese verschiedenen Akteure der Geheimdienstkontrolle sich regelmäßig *unter Wahrung der jeweils geltenden Geheimhaltungsvorschriften* im Rahmen ihrer *jeweiligen Kontrollzuständigkeit* über allgemeine Angelegenheiten ihrer Kontrolltätigkeit austauschen. Dieser doppelte „Jeweiligkeits“-Vorbehalt besagt zum einen, dass der Austausch über einzelne Themen nur zwischen denjenigen der genannten Akteure stattfindet, die mit einer Sache schon vorher befasst waren, zum anderen, dass die Erlaubnis zum Austausch keine Freistellung von Geheimnisschutzvorgaben bietet.

2. Bewertung

Die dem BNDG-E zugrundeliegende Trennung zwischen PKGr und UK-Rat hebt dieses Kontrollmodell ab vom Regelfall parlamentarischer Kontrolle, bei dem parlamentarische Ausschüsse sehr wohl Einblick in die Details der administrativen Tätigkeit gewinnen können. Es besteht vielmehr in einer Art Nachbau der Gewaltenteilung im Kleinen, indem einer Behörde der Bundesregierung eine spezialisierte, quasi-justizielle Institution zur Seite gestellt wird, die neben die parlamentarische Kontrolle durch das PKGr tritt.

a) Dieses Modell ist – unabhängig von jeder Prognose seiner institutionellen Leistungsfähigkeit in der Praxis – eine sehr folgerichtige Umsetzung des Urteils des BVerfG vom Mai 2020. Gerade die Trennung zwischen der internalisierten, operativen Kontrolle und der politisch-parlamentarischen Kontrolle liegt in der Logik der Entscheidung des BVerfG, die dem Gesetzgeber aufgetragen hat, die interne Kontrolle so zu organisieren, dass die Kontrolle nicht durch die „Third Party Rule“ behindert wird.² Dies ist nach der Rechtsprechung insbesondere dadurch möglich, dass „durch die Art der Ausgestaltung der Kontrollinstanzen sowie durch veränderte Absprachen mit den ausländischen Diensten die Bedingungen dafür [geschaffen werden], dass die mit der Rechtskontrolle betrauten Instanzen nicht mehr als ‚Dritte‘ angesehen werden“.³ Dies ist aber nur möglich, wenn ausschließlich der UK-Rat, nicht aber das PKGr Zugriff auf die operativen Informationen hat. Denn eine strikte Geheimhaltung ist bei der parlamentarischen Kontrolle, die einer politischen Logik des Dualismus von Regierung und Opposition folgt, faktisch kaum möglich. Eine andere Ausgestaltung des Verhältnisses von PKGr und UK-Rat wäre daher wohl nur dann möglich, wenn der UK-Rat in seiner Tätigkeit strikt zwischen Quellen aus dem Bereich der AND und anderen unterscheiden müsste, um potenzielle Interventionen des PKGr in den Bereich von AND-Quellen von vornherein auszuschließen. Damit aber wären die Vorgaben des BVerfG zur notwendigen Irrelevanz der „Third Party Rule“ kaum zu erfüllen und die Arbeitsfähigkeit des UK-Rates kaum gewährleistet. Das zentrale institutionelle Hindernis für eine stärkere Parlamentarisierung des UK-Rates beruht daher nicht auf einer Entscheidung des BNDG-E, sondern auf der Entscheidung des BVerfG.

Ist diese Entscheidung aus Sicht des Parlaments zu beklagen? In der vom BVerfG konzipierten Entlastung des PKGr durch den UK-Rat und die Beschränkung des PKGr auf eine politische Kontrolle des BND könnte zugleich auch eine Chance für das damit indirekt modifizierte Parlamentarische Kontrollgremium liegen. Nämlich dann, wenn es ihm gelingt, die Kooperation nach § 58 Abs. 1 BNDG-E gezielt parlamentarisch, d.h. für eine politische Kontrolle der strukturellen Probleme der Nachrichtendienste zu nutzen – und für die bessere Anbindung der Tätigkeit des PKGr an die allgemeine Befassung des Bundestages mit Fragen der Nachrichtendienste. Gerade wenn die im BNDG-E angelegte Zweiteilung zwischen operativ-interner und parlamentarisch-politischer Kontrolle erhalten bleibt, könnte es nämlich perspektivisch möglich sein, die im Antrag der Fraktion der Grünen aufgeführten Vorschläge zu einer Effektivierung der parlamentarischen Kontrolle der Nachrichtendienste unter Beachtung der Vorgaben der Rechtsprechung zu verwirklichen, insbesondere was die Teilnahme von

² BVerfG, a.a.O., Rdnr. 282, 292 ff.

³ BVerfG, a.a.O., Rdnr. 294.

Mitarbeitern, die Bereitstellung elektronischer Akten oder eine Lockerung der Geheimhaltung nach § 10 Abs. 2 PKGrG betrifft.

Diese Gründe sprechen m.E. auch gegen die von der Fraktion der FDP vorgeschlagene Einrichtung eines Beauftragten analog zum Wehrbeauftragten, abgesehen davon, dass ein Parlamentarischer Beauftragter für die Nachrichtendienstkontrolle die Einrichtung des PKGr an sich in Frage stellen dürfte: Ein vom Bundestag mit Zweidrittelmehrheit gewählter Beauftragter, der damit über eine maximale überparteiliche Legitimation verfügen würde, würde dem PKGr schnell den Rang ablaufen.

b) Nicht durch das BVerfG vorgegeben ist die zwischen dem Regierungsentwurf und dem Entwurf der Fraktion der Grünen strittige Frage der Kreation des UK-Rates. Gegen keines der Modelle – Vorschlag durch BGH und GBA bzw. durch die Fraktionen – bestehen erkennbare verfassungsrechtliche Bedenken. Allerdings dürfte das im Antrag der Fraktion der Grünen geforderte Vorschlagsrecht der Bundestagsfraktionen trotz der Hocharrangigkeit der quasi-richterlichen Funktion aus praktischen Gründen keinen großen Beitrag zu einer stärkeren Parlamentarisierung des UK-Rates leisten. Sicher hat die Wahl der Mitglieder des UK-Rates durch das PKGr nach dem BNDG-E eine eher formale Funktion, da die eigentliche Personalentscheidung beim Vorschlagsrecht liegt und das PKGr im Einzelfall keine Auswahl zwischen verschiedenen Kandidaten haben wird. In der Praxis werden sich allerdings nur dann wirklich herausragende Kandidaten aus der Bundesgerichtsbarkeit bereitfinden für dieses Amt zu kandidieren, wenn ihnen die Wahl durch das vertraulich tagende PKGr ohne Politisierung der Person mehr oder weniger zugesichert werden kann.

c) Nicht eindeutig durch das BVerfG vorgegeben ist die Frage, inwieweit dem PKGr eine Organisationsgewalt für den UK-Rat zugestanden werden soll. Die bisherige Regelung, wonach der UK-Rat sich seine Geschäftsordnung nach Anhörung des Bundeskanzleramtes selbst gibt und das PKGr lediglich über sie unterrichtet (§ 51 Abs. 5 a.E. BNDG-E), entspricht in der Betonung der Selbstorganisation formal der Unabhängigkeit des UK-Rates. Während eine Ausarbeitung der Geschäftsordnung durch das PKGr den UK-Rat institutionell näher an das PKGr rücken würde. Die Frage dürfte auch jenseits des Symbolischen einige Relevanz haben, obwohl die wesentlichen Fragen des Kollegialverfahrens im UK-Rat und vor allem das Verhältnis des gerichtsähnlichen und des administrativen Kontrollorgans bereits gesetzlich geregelt sind. Denn die Arbeitsweise zumal des gerichtlichen Kontrollorgans dürfte sehr wesentlich von der inneren Organisation, d.h. vor allem von dem Verhältnis zwischen Kollegialverfahren und Berichterstattersystem, zwischen arbeitsteiliger Vorbereitung und kollegialer Beratung und damit von Fragen abhängen, die typischerweise in der Geschäftsordnung geregelt sind.

d) Gegen die im BNDG-E vorgeschlagene Ausgestaltung des Verhältnisses von UK-Rat und PKGr bestehen auch keine verfassungsrechtlichen Bedenken. Dies schon deswegen nicht, weil Art. 45d GG das Verhältnis zwischen parlamentseigener Kontrolle durch Mitglieder des Bundestages und anderen Formen lediglich parlamentarisch vermittelter Kontrolle völlig offenlässt. Die parlamentarische Kontrolle geheimdienstlicher Tätigkeit steht bekanntlich stets vor einem Dilemma.⁴ Alle Techniken parlamentarischer „In-Camera“-Verfahren, bei denen parlamentarische Gremien unter Geheimschutz arbeiten,⁵ sind gegenüber dem Regelfall parlamentarischer Regierungskontrolle funktional defizitär. Je wirksamer sie ausgestaltet sind, was insbesondere die Kontrolle vertraulicher Informationen angeht, umso weniger öffentlich ist die Kontrolle. Damit verliert sie ihren spezifisch parlamentarischen Charakter. Denn ohne Publizität können die Abgeordneten weder die Regierung noch die Öffentlichkeit in parlamentarischer Rede mit den auf diese Weise erhaltenen Informationen konfrontieren.

Auf dieses Dilemma hat das Grundgesetz in Art. 45d GG mit einem dilatorischen Formelkompromiss reagiert, der so gut wie nichts regelt, alles offenlässt und dessen Aufgabe im Grunde vor allem darin besteht, die Bedeutung der Kontrolle der Nachrichtendienste durch die verfassungsrechtliche Anerkennung sichtbar zu machen.⁶ Art. 45d GG spricht bewusst von einem „Gremium“ und nicht von einem Ausschuss, um dem Gesetzgeber die Freiheit zu lassen, ob und inwiefern er die für Ausschüsse geltenden Regelungen zur Zusammensetzung und Arbeitsweise übernehmen will.⁷ Darin liegt auch kein demokratisches Problem, da die parlamentarische Kontrolle der Nachrichtendienste durch ein parlamentarisches Sondergremium neben die durch politische Verantwortlichkeit (Art. 65 S. 1 und 2 GG) und parlamentarische Repräsentation (Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG) begründete parlamentarische Kontrolle der Regierung tritt und dieser etwas hinzufügt.

⁴ Allgemein *Thomas Wischmeyer*, Formen und Funktionen des exekutiven Geheimschutzes, *Die Verwaltung* 2018, 403–409. *Gerrit Hornung*, in: Morlok/Schliesky/Wiefelspütz (Hrsg.), *Parlamentsrecht*, 2016, § 30 Rdnr. 1 f.; *Hermes*, in: Dreier, GG, 3. Aufl., Bd. II, 2015, Art. 45d Rdnr. 13.

⁵ Ausführlich *Florian Meinel*, Confidence and control in parliamentary government, *American Journal of Comparative Law* 66 (2018), 318-325.

⁶ *Hermes* a.a.O., Rdnr. 8.

⁷ Siehe nur *Hermes* a.a.O., Rdnr. 17.

III. Befugnisse zum Datenaustausch im Rahmen der besonderen Formen der technischen Aufklärung (§§ 34 ff. BNDG-E)

Systematisch noch nicht überzeugend ist die derzeitige Ausgestaltung der Datenverarbeitungs- und Kooperationsbefugnisse innerhalb des 4. Abschnitts des Entwurfs. Hier beziehen sich §§ 31-33 BNDG-E (Unterabschnitt 3) nach dem Wortlaut von § 31 Abs. 1 S. 1 BNDG-E nur auf die strategische Ausland-Fernmeldeaufklärung nach §§ 19 ff. Davon unterscheidet der Gesetzentwurf, wegen der Verschiedenartigkeit des insoweit betroffenen Grundrechts, die sog. besonderen Formen der technischen Aufklärung (§§ 34 ff. BNDG-E), insbesondere den Eingriff in informationstechnische Systeme von Ausländern im Ausland ohne Wissen der Betroffenen und die Erhebung dort gespeicherter personenbezogener Daten (§ 34 Abs. 1 S. 1 BNDG-E).

In Bezug auf diese Formen der Cyber Network Exploitation (CNE) erlaubt das Gesetz unter bestimmten Bedingungen zwar die Übermittlung von Daten an das Bundesamt für Verfassungsschutz und die Verfassungsschutzbehörden der Länder sowie an den MAD (§ 38 Abs. 1 BNDG-E) sowie auch an andere inländische öffentliche Stellen einschließlich der Strafverfolgungsbehörden (§ 38 Abs. 2 und 3 BNDG-E) und der Bundeswehr (§ 38 Abs. 5 BNDG-E). In Bezug auf die Kooperation mit ausländischen Stellen beschränkt sich der Entwurf aber nach meiner Lesart auf die Übermittlung an ausländische öffentliche Stellen sowie über- und zwischenstaatliche Stellen im Wege der Einzelfallentscheidung zum Zweck der Unterrichtung im Rahmen der internationalen politischen Zusammenarbeit. Dagegen besteht für diese Form der technischen Aufklärung bisher keine Befugnis zur institutionalisierten Kooperation mit ausländischen Stellen einschließlich der damit einhergehenden Befugnisse zur Datenübermittlung, wie sie § 31 BNDG-E regelt.

Dieser mangelnde Gleichlauf der Befugnisse zur automatisierten Weitergabe von Ermittlungsergebnissen ist nicht erkennbar grundrechtlich begründet. Der im institutionalisierten Datenaustausch begründete Eingriff in das Fernmeldegeheimnis,⁸ wiegt nicht schwerer als der primäre Eingriff selbst. Ob es gewollt ist, dem BND gerade in dem künftig strategisch immer wichtiger werdenden Bereich dieser besonderen Formen der technischen Aufklärung die Befugnis zu automatisierten Weitergaben und damit zur Beteiligung an entsprechenden Kooperationen vorzuenthalten, ist der Begründung des Regierungsentwurfs (siehe insbesondere S. 91 ff.) nicht zu entnehmen. Wenn nicht intendiert ist, wäre im Hinblick auf die Perpetuierung des Eingriffs eine selbständige gesetzliche Grundlage für die Datenverarbeitung im Rahmen der Kooperation mit AND erforderlich. In diesem Fall müsste eine § 31 BNDG-E entsprechende Vorschrift nach § 39

⁸ BVerfG, Urt. v. 19.5.2020, Rdnr. 113 ff.

BNDG-E angefügt oder § 31 BNDG-E an das Ende des 4. Abschnitts gestellt und für den gesamten Abschnitt formuliert werden.

Göttingen, den 18. Februar 2021



Prof. Dr. Florian Meinel