



Hochschule des Bundes
für öffentliche Verwaltung

Deutscher Bundestag
Ausschuss für Inneres und Heimat

Ausschussdrucksache
19(4)731 G

POSTANSCHRIFT HS BUND, POSTFACH 40527, 10063 BERLIN

Deutscher Bundestag
Ausschuss für Inneres u. Heimat
Platz der Republik 1
11011 Berlin
- via E-Mail -

Prof. Dr. Jan-Hendrik Dietrich

HAUSANSCHRIFT Habersaathstr. 51, 10115 Berlin
POSTANSCHRIFT Postfach 40527, 10063 Berlin
TEL 030 – 22 00 89 – 86341
EMAIL jan-hendrik.dietrich@fwbund-muc.de

DATUM Berlin, 21.02.2021

Schriftliche Stellungnahme

zum Gesetzentwurf der Bundesregierung „Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des BND-Gesetzes zur Umsetzung der Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts sowie des Bundesverwaltungsgerichts“ (BT-Drucksache 19/26103) sowie

zu weiteren Vorlagen der Fraktionen FDP und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN (BT-Drucksachen 19/19502, 19/19509 und 19/26221)



Übersicht

Zusammenfassung	3
I. Zum Gesetzentwurf der Bundesregierung „Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des BND-Gesetzes zur Umsetzung der Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts sowie des Bundesverwaltungsgerichts“ (BT-Drucksache 19/26103)	5
1. Vorbemerkung	5
2. Verfassungsrechtliche Gesamtwürdigung	6
a) Differenzierte Schutzwirkung der Grundrechte	6
b) Schutz von Vertraulichkeitsbeziehungen	7
c) Einhegung individualisierter (strateg.) Telekommunikationsüberwachung	7
d) Verfahrensrechtliche Sicherungen des Grundrechtsschutzes	8
e) Gefahrenfrüherkennung und politische Information der Bundesregierung als verfahrensrechtliche Differenzierungsgründe	8
f) Inländische nachrichtendienstliche Kooperationen	9
g) Kooperationen mit anderen inländischen öffentlichen Stellen	10
h) Kooperationen mit inländischen Strafverfolgungsbehörden	10
i) Kooperation mit ausländischen Stellen	11
j) Rechtsgrundlage für Eingriffe in informationstechnische Systeme von Ausländern im Ausland	12
k) Unabhängige objektivrechtliche Kontrolle	13
3. Unmittelbarer Änderungsbedarf im Einzelnen	14
a) Befugnisnorm für strategische Ausland-Fernmeldeaufklärung (§ 19 BNDG-E)	14
b) Schutz von Vertraulichkeitsbeziehungen (§ 21 BNDG-E)	15
c) Verarbeitung personenbezogener Verkehrsdaten (§ 26 BNDG-E)	16
d) Übermittlungen im Inland (§ 29 BNDG-E)	17
e) Übermittlungen in das Ausland (§ 30 BNDG-E)	18
f) Kooperationen mit ausländischen öffentlichen Stellen (§ 31 BNDG-E)	19
g) Eingriffe in informationstechnische Systeme von Ausländern im Ausland (§§ 34 ff. BNDG-E)	20
h) Unabhängige Rechtskontrolle (§§ 40 ff. BNDG-E)	20
i) Evaluierung (§ 61 BNDG-E)	23

4. Zukünftiger Reformbedarf	23
a) Entflechtung der Gesetze der Nachrichtendienste des Bundes	24
b) Änderung der allgemeinen Übermittlungsvorschriften	24
c) Erweiterung und Neuordnung der Kontrolle der Nachrichtendienste des Bundes	25
II. Zum Gesetzentwurf der FDP-Fraktion „Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der parlamentarischen Kontrolle der Nachrichtendienste“ (BT-Drs. 19/19502) sowie zum Antrag der FDP-Fraktion „Reform der Nachrichtendienste – Lehren aus dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum BND-Gesetz“ (BT-Drs. 19/19509)	26
III. Zum Antrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN „Legitimität und Leistungsfähigkeit der Nachrichtendienste stärken – Kontrolle auf allen Ebenen verbessern und ausbauen“ (BT-Drs. 19/26221)	26

Zusammenfassung

Der vorliegende Gesetzentwurf ist Erste-Hilfe-Kit zu verstehen, um die Arbeit des Bundesnachrichtendienstes (BND) auf eine tragfähige Rechtsgrundlage zu stellen. Er setzt im Wesentlichen die Vorgaben der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) vom 19.05.2020 um. Aufgrund der hohen Bedeutung der nachrichtendienstlichen Auslandsaufklärung für die Außen- und Sicherheitspolitik der Bundesrepublik ist der Entwurf in sehr kurzer Zeit entstanden, noch dazu unter den erschwerten Bedingungen einer Pandemie. Wer die – unbestreitbar notwendige – Grundsatzreform des Rechts der Nachrichtendienste erwartet hat, verkennt, dass eine solche vor den Bundestagswahlen im September 2021, unter keinen Umständen mit der gebotenen Sorgfalt vorbereitet und von intensiven politischen und fachlichen Diskussionen hätte begleitet werden können. Ein längeres Zuwarten auf ein umfassenderes Reformpaket hätte Grundrechtsträgerinnen und Grundrechtsträgern wie BND unnötig die Fortgeltung verfassungswidriger Regelungen zugemutet, die das BVerfG ohnehin nur für eine Übergangsphase bis zum 31.12.2021 befristet hat.

Der Gesetzentwurf der Bundesregierung stellt die Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung des BND weitgehend auf eine verfassungskonforme Rechtsgrundlage, die unter den Gesichtspunkten der Rechtsstaatlichkeit im internationalen Vergleich eine Vorbildfunktion einnehmen kann. Der BND wird grundsätzlich in die Lage versetzt, im Bereich der strategischen Auslandsaufklärung rechtssicher zu ar-

beiten. Überwachungsmaßnahmen werden über verfahrensrechtliche Sicherungen des Grundrechtsschutzes eingeeht, strukturiert und kontrollierbar gemacht. Ausländische Journalistinnen und Journalisten sowie Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte, deren Kommunikationsbeziehungen mit Quellen und Mandanten besondere Vertraulichkeit verlangen, müssen eine verfassungswidrige Überwachung des BND nicht fürchten. Herzstück der beabsichtigten Neuregelungen ist die Einrichtung eines neuartigen Kontrollorgans in Gestalt des Unabhängigen Kontrollrates, der engmaschig und intensiv die Rechtmäßigkeit von Überwachungsmaßnahmen überprüft.

Das alles darf jedoch nicht den Blick darauf verstellen, dass es im Einzelnen noch kurzfristigen Anpassungs- und Präzisionsbedarf gibt. Zu überarbeiten ist u.a. der Schutz von Vertraulichkeitsbeziehungen i.S.v. § 21 BNDG-E. Der Kreis der Schutzbedürftigen und die Kontrollmechanismen sind zu modifizieren. Auch die Übermittlungsvorschriften der §§ 29, 30 BNDG-E sind noch einmal auf den Prüfstand zu stellen. Jedenfalls besteht weitergehender Erläuterungsbedarf in der Gesetzesbegründung. Größere Änderungen bedürfen darüber hinaus die Regelungen über die unabhängige Rechtskontrolle nach §§ 40 ff. BNDG-E. Nicht überzeugend geregelt sind v.a. Besetzung und Auswahl des gerichtsähnlichen Kontrollgremiums. Es erschließt sich nicht, warum der Kreis möglicher Mitglieder derart eng gezogen wird. Dabei – wie auch im Übrigen – bleibt unklar, wie sich der Kontrollrat externer Fachexpertise bedienen kann. Ein Recht auf Anhörung von Sachverständigen ist ebenso wenig vorgesehen wie ein sachverständiger Austausch mit dem Ständigen Bevollmächtigten nach § 5a PKGrG. Schließlich muss auch die Zusammenarbeit mit dem Parlamentarischen Kontrollgremium selbst besser justiert werden.

Gelingt es, den kurzfristigen Änderungsbedarf umzusetzen, können in der nächsten Legislaturperiode grundsätzlichere Reformen angegangen werden. In diesem Zusammenhang hat die erwähnte Entscheidung des BVerfG noch einmal eindrücklich vor Augen geführt, dass dem Recht der Nachrichtendienste bislang noch eine Ordnungsidee fehlt.

I. Zum Gesetzentwurf der Bundesregierung „Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des BND-Gesetzes zur Umsetzung der Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts sowie des Bundesverwaltungsgerichts“ (BT-Drucksache 19/26103)

1. Vorbemerkung

Der vorliegende Gesetzentwurf dient zuvörderst der Umsetzung der Entscheidung des BVerfG vom 19.05.2020 (1 BvR 2835/17) zur sog. Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung des Bundesnachrichtendienstes (zur Entscheidung siehe *Dietrich*, GSZ 2020, 174 ff.; *Schmahl*, NJW 2020, 2221 ff.; *Gärditz*, JZ 2020, 825 ff.; *Barczak*, BayVBl. 2020, 685 ff.; *Petri*, ZD, 2020, 409 ff.). Das Urteil markiert einen Schlusspunkt einer über Jahrzehnte andauernden Kontroverse über die Reichweite der staatlichen Grundrechtsbindung bei nachrichtendienstlichen Überwachungsmaßnahmen gegenüber Ausländern im Ausland. Das Gericht stellte unter Bezugnahme auf Art. 1 III GG heraus, dass die Grundrechte die Staatsgewalt umfassend und insgesamt binden, unabhängig von bestimmten Funktionen, Handlungsformen oder Gegenständen staatlicher Aufgabenwahrnehmung (BVerfG, Urt. v. 19.05.2020, 1 BvR 2835/17, Rn. 91 f.). Die Grundrechtsbindung beschränke sich auch im Ausland nicht auf eine bloß objektivrechtliche Verpflichtung des Staates. Vielmehr gehöre der Charakter als Individualrecht zum zentralen Gehalt des grundgesetzlichen Grundrechtsschutzes. Dieser Grundannahme folgend erklärte der Erste Senat des BVerfG die im Wege von Verfassungsbeschwerden angegriffenen Vorschriften des BNDG für verfassungswidrig. Die Regelungen zur strategischen Überwachung von rein ausländischen Telekommunikationsverkehren verletzten bereits das Zitiergebot nach § 19 I 2 GG. Überdies seien auch die gesetzlichen Ermächtigungen nach §§ 6, 7 BNDG nicht mit Art. 10 I GG und mit den sich daraus ergebenden Verhältnismäßigkeitsanforderungen vereinbar. Verfassungswidrig seien zudem auch die Vorschriften zur Übermittlung von personenbezogenen Daten, die aus der Auslandsüberwachung gewonnen wurden, an andere Stellen im In- und Ausland sowie spezielle Regelungen zur Kooperation mit ausländischen Nachrichtendiensten.

Das Gericht hat dem Gesetzgeber bis zum 31.12.2021 Zeit gegeben, um das BNDG verfassungskonform zu novellieren. Der nun vorliegende Gesetzentwurf soll die verfassungsgerichtlichen Vorgaben umsetzen. Er wird nachfolgend kritisch gewürdigt.

2. Verfassungsrechtliche Gesamtwürdigung

Der Gesetzentwurf ist unter großem Zeitdruck entstanden. Dies darf auf das „überragende öffentliche Interesse an einer wirksamen Auslandsaufklärung“ (BVerfG, Urt. v. 19.05.2020, 1 BvR 2835/17, Rn. 161) und die Notwendigkeit einer verfassungskonformen Regelung derselben zurückgeführt werden. Der Gesetzentwurf **behebt im Wesentlichen die vom BVerfG monierten Defizite** und schafft vorerst eine **tragfähige Rechtsgrundlage** für die Arbeit des Bundesnachrichtendienstes, wenngleich **im Einzelnen noch Optimierungsbedarf** besteht.

Im Einzelnen:

a) Differenzierte Schutzwirkung der Grundrechte

Der Gesetzentwurf trägt dem Stufenmodell verschiedener Grundrechtseingriffe mit darauf bezogenen Rechtfertigungsanforderungen Rechnung, welches das BVerfG in seiner Entscheidung entwirft (BVerfG, Urt. v. 19.05.2020, 1 BvR 2835/17, Rn. 113 ff, 121 ff.; zum dynamischen Grundrechtsschutz *Barczak*, BayVBl. 2020, 685, 689). § 19 VII BNDG-E stellt nun ausdrücklich den Schutz von deutschen Staatsangehörigen, inländischen juristischen Personen und Inländern sicher (zum Änderungsbedarf der ursprünglichen Regelung siehe *Aust*, DÖV 2020, 715, 722). Damit ist ausgeschlossen, dass Daten dieses Personenkreises trotz aufwändiger Filtersysteme erhoben werden und in die Auswertung des Dienstes gelangen. Besonderen Anforderungen unterliegt gem. § 20 BNDG-E die gezielte Erhebung personenbezogener Daten in Bezug auf Aufklärungsziele in der Europäischen Union (vgl. dazu bereits *Dietrich*, in: Schenke/Graulich/Ruthig, Sicherheitsrecht des Bundes, 2. Aufl. 2019, § 6 BNDG Rn. 21). Da Ausländer im Ausland bei einer Telekommunikationsüberwachung durch den Bundesnachrichtendienst nicht in gleicher Weise mit operativen

Konsequenzen rechnen müssen wie Deutsche oder Inländer, ist in diesem Fall eine anlasslose Überwachung unter Verzicht auf objektivierte Eingriffsschwellen verfassungsrechtlich zulässig (BVerfG, Urt. v. 19.05.2020, 1 BvR 2835/17, Rn. 157, 178). Notwendig sind indes kompensatorische verfahrensrechtliche Sicherungen, wie sie nunmehr in §§ 19 ff. BNDG-E zum Ausdruck kommen (dazu sogleich).

b) Schutz von Vertraulichkeitsbeziehungen

Das BVerfG hat klargestellt, dass bestimmte Berufs- und Personengruppen, deren Kommunikationsbeziehungen besondere Vertraulichkeit verlangen, einen gesteigerten Schutzbedarf aufweisen (BVerfG, Urt. v. 19.05.2020, 1 BvR 2835/17, Rn. 193 f.). Bereits die gezielte Überwachung sei zu begrenzen. Angesprochen sind damit insbesondere Journalistinnen und Journalisten sowie Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. § 21 BNDG-E trägt nun dieser Vorgabe Rechnung, wenngleich im Detail noch Änderungsbedarf besteht (s.u.).

c) Einhegung individualisierter (strateg.) Telekommunikationsüberwachung

Soweit die strategische Telekommunikationsüberwachung über die Nutzung formaler Suchbegriffe wie E-Mailadressen oder Telefonnummern sich gezielt auf eine Person richtet, besteht zumindest die Gefahr, dass die Überwachungsmaßnahme näher in Richtung einer Individualkontrolle i.S.v. § 3 G10 rückt (kritisch *Dietrich*, GSZ 2020, 174, 176). Für diesen Fall bedarf es belastbarer Eingriffsschwellen (BVerfG, Urt. v. 19.05.2020, 1 BvR 2835/17, Rn. 156). § 20 III BNDG-E stellt vor diesem Hintergrund klar, dass eine individualisierte Überwachung des gesamten Telekommunikationsverkehrs einer Person unzulässig ist. § 20 II BNDG-E bindet die Überwachungsmaßnahme an objektivierte Voraussetzungen, die den Grundrechtseingriff sinnvoll begrenzen.

d) Verfahrensrechtliche Sicherungen des Grundrechtsschutzes

§ 19 BNDG-E bildet die zentrale Ermächtigungsgrundlage für die strategische Ausland-Fernmeldeaufklärung i.S.e. final angeleiteten Befugnis, die über nachfolgende Verfahrensregelungen strukturiert und kontrollierbar gemacht wird (dazu BVerfG, Urt. v. 19.05.2020, 1 BvR 2835/17, Rn. 178 ff.). § 19 I und IV BNDG-E limitieren bereits die Erkenntnisziele. Eine formalisierte Festlegung im Wege einer Anordnung der Präsidentin bzw. des Präsidenten des Bundesnachrichtendienstes konkretisiert den Zweck einer einzelnen Überwachungsmaßnahme, indem gem. § 23 II BNDG-E Aufklärungszweck, Aufklärungsthema, geographischer Fokus und Dauer schriftlich zu fixieren und zu begründen sind. § 23 IV BNDG-E führt eine ex ante-Kontrolle durch einen Unabhängigen Kontrollrat ein. Weitere verfahrensrechtliche Sicherungen bilden Regelungen zum Kernbereichsschutz (§ 22 BNDG-E) sowie zu qualifizierten Kennzeichnungs-, Löschungs- und Protokollierungspflichten (z.B. §§ 19 X, 21 III, 22 II, III, 24 VI, 26 IV BNDG-E). In Bezug auf die Verarbeitung von personenbezogenen Verkehrsdaten wird schließlich in § 26 V BNDG-E eine höchstzulässige Speicherfrist von sechs Monaten festgelegt, wie sie das BVerfG für eine gesamthaft bevorratende Speicherung vom Gesetzgeber gefordert hat (BVerfG, Urt. v. 19.05.2020, 1 BvR 2835/17, Rn. 191; kritisch *Dietrich*, GSZ 2020, 174, 178). Lediglich im Hinblick auf die Ausnahmeregelung in § 26 V 2 BNDG-E besteht noch Änderungsbedarf (s.u.).

e) Gefahrenfrüherkennung und politische Information der Bundesregierung als verfahrensrechtliche Differenzierungsgründe

Aus dem gesetzlichen Auftrag der Nachrichtendienste abgeleitete Zwecksetzungen knüpft das BVerfG an unterschiedliche verfahrensrechtliche Sicherungen. Es differenziert bei den Vorgaben der verfahrensrechtlichen Anforderungen des Grundrechtsschutzes danach, ob eine Überwachungsmaßnahme allein dem Ziel der politischen Information der Bundesregierung oder der Gefahrenfrüherkennung gewidmet ist. Im Rahmen der politischen Berichterstattung komme es auf personenbezogene Daten oft nicht an. Das Interesse an den konkret betroffenen Privatpersonen verblasse typischerweise, so dass geringere Anforderungen an verfahrensrechtliche

Sicherungen zu stellen seien. Insbesondere könne die Übermittlung von Daten auch unabhängig von der Einhaltung konkreter Übermittlungsschwellen gerechtfertigt werden (Siehe BVerfG, Urt. v. 19.05.2020, 1 BvR 2835/17, Rn. 177, 191, 225). Der Gesetzentwurf bildet dieses holzschnittartige Verständnis (kritisch *Gärditz*, JZ 2020, 825, 829 f.; *Dietrich*, GSZ 2020, 174, 178 ff.) nachrichtendienstlicher Arbeit ab. Die Differenzierung von Maßnahmen zum Zweck politischer Unterrichtung und zur Gefahrenfrüherkennung zieht sich wie ein roter Faden durch die Novelle (z.B. §§ 19 I-III, 20 I Nr. 1, 29, 30 BNDG-E). Auf diese Weise programmiert der Zweck des Eingriffs die verfahrensrechtlichen Sicherungen, womit der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bedient wird. An den Schnittstellen der im Grundsatz getrennten Datenverarbeitungen zur politischen Information einerseits und zur Gefahrenfrüherkennung andererseits hat der Gesetzentwurf noch Optimierungspotential (s.u.).

f) Inländische nachrichtendienstliche Kooperationen

§ 29 BNDG-E knüpft den innerdeutschen Informationsaustausch an besondere Anforderungen. Absatz 1 der Vorschrift betrifft Datenübermittlungen innerhalb der deutschen Intelligence Community. Nach § 29 I Nr. 1 BNDG-E sind Übermittlungen an andere Nachrichtendienste des Bundes oder der Länder zum Zweck der Gefahrenfrüherkennung zulässig, wenn tatsächliche Anhaltspunkte dafür bestehen, dass dies zum Schutz besonders gewichtiger Rechtsgüter erforderlich ist. Über die Bezugnahme auf „besonders gewichtige Rechtsgüter“ (konkretisiert nach BVerfG, Beschluss vom 27.05.2020, 1 BvR 1873/13, 1 BvR 2618/13 Rn. 150 unter Verweis auf BVerfGE 115, 320, 346; 120, 274, 328; 141, 220, 270) wird eine hohe Übermittlungsschwelle festgeschrieben. Sie kann erst dann überwunden werden, sofern tatsächliche Anhaltspunkte für die Erforderlichkeit des Rechtsgutschutzes bestehen. Demgemäß wird im Sinne der verfassungsrechtlichen Vorgaben eine konkretisierte Gefahrenlage verlangt (BVerfG, Urt. v. 19.05.2020, 1 BvR 2835/17, Rn. 222). Eine „konkrete Gefahr“ im polizeirechtlichen Sinne ist nicht erforderlich. § 29 I Nr. 2 BNDG-E erlaubt Datenübermittlungen innerhalb der deutschen Intelligence Community zum Zweck der Unterrichtung der Bundesregierung oder – im Fall der Verfassungsschutzbehörden der Länder – einer Landesregierung, sofern die Übermittlung zur Aufgabenerfü-

lung des BND oder der Empfänger erforderlich ist. Hiermit wird zulässigerweise eine weniger hohe Übermittlungsschwelle eingezogen, da bei der Erstellung von Lagebildern oder anderen Berichten zur Vorbereitung von Regierungsentscheidungen die betroffenen Einzelpersonen typischerweise in den Hintergrund treten (vgl. BVerfG, Urt. v. 19.05.2020, 1 BvR 2835/17, Rn. 225). Da die deutschen Nachrichtendienste des Bundes und der Länder im Wirkungsverbund an der staatlichen Sicherheitsgewährleistung in der föderalen Ordnung teilnehmen (siehe ausführlich *Dietrich*, Verfassungsschutz in der föderalen Ordnung, in: Kudlich et al., FS für Ulrich Sieber, i.E.), ist es verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, dass auch Daten zum Zweck der Unterrichtung von Landesregierungen übermittelt werden.

g) Kooperationen mit anderen inländischen öffentlichen Stellen

Eine § 29 I Nr. 2 BNDG-E verwandte Übermittlungsschwelle findet sich in § 29 II BNDG-E für andere öffentliche Stellen im Inland. Eine Übermittlung ist zum Zweck der Unterrichtung der Bundesregierung oder einer Landesregierung zulässig, sofern dies zur Aufgabenerfüllung des BND oder der Empfänger erforderlich ist. Die inländischen öffentlichen Stellen werden dabei nicht lediglich zu „Zwischenempfängern“ einer Information. Ihnen obliegt im Rahmen ihres gesetzlichen Auftrags vielmehr die eigenständige Kontextualisierung und Bewertung. Es kommt daher nicht in Betracht, dass der BND außerhalb seiner gesetzlichen Aufgabe die Bundesregierung oder eine Landesregierung selbst unterrichtet. Verfassungsrechtlich ist § 29 II BNDG-E insofern unbedenklich, als sich die Norm ausschließlich auf Übermittlungen zum Zweck der Regierungsinformation bezieht. Übermittlungen an andere öffentliche Stellen zu operativen Zwecken sind demgemäß ausgeschlossen (siehe dazu BVerfG, Urt. v. 19.05.2020, 1 BvR 2835/17, Rn. 226.).

h) Kooperationen mit inländischen Strafverfolgungsbehörden

Soweit Daten aus der strategischen Auslandsaufklärung an inländische Strafverfolgungsbehörden übermittelt werden sollen, bedarf es genügend konkretisierter Tatsachen, die den Verdacht einer besonders schweren Straftat begründen (BVerfG, Urt.

v. 19.05.2020, 1 BvR 2835/17, Rn. 222). Der Gesetzentwurf setzt diese verfassungsgerichtliche Vorgabe in § 29 III BNDG-E um. Danach darf der BND allein Daten übermitteln, die mit dem Zweck der Gefahrenfrüherkennung erhoben wurden. Voraussetzung ist, dass tatsächliche Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Übermittlung erforderlich ist, um Straftaten i.S.v. § 100b II StPO bzw. §§ 17, 18 AWG zu verfolgen. Auf diese Weise wird der Informationsaustausch auf besonders schwere Straftaten beschränkt. Da *tatsächliche Anhaltspunkte für die Erforderlichkeit der Übermittlung zur Verfolgung* der genannten Straftaten vorliegen müssen, genügen „bloße Anhaltspunkte“ i.S.v. § 152 II StPO nicht. § 29 III BNDG-E beschreibt vielmehr eine qualifizierte Verdachtslage, die der BND vor der Übermittlung an die Strafverfolgungsbehörden eigenständig überprüfen muss. Eine lediglich abstrakt denkbare Nützlichkeit der Informationen reicht demnach für eine Übermittlung nicht aus. Wie dem Gericht, das nach § 100e StPO über Maßnahmen nach § 100c StPO entscheidet, wird man zugunsten des BND einen Beurteilungsspielraum bei der Einschätzung der Verdachtslage einräumen müssen (vgl. OLG Celle, StV 2011, 215; allgemein zum Prüfungsumfang bei Ermittlungsmaßnahmen BGHSt 41, 30, 34; 47, 362, 366; BGH, GSZ 2019, 218 Rn. 4 m.w.N.). Als problematisch könnte sich bei Übermittlungen an Strafverfolgungsbehörden die Ausnahmeregelung in § 29 VII BNDG-E erweisen (s.u.).

i) Kooperation mit ausländischen Stellen

Das BVerfG hat darauf hingewiesen, dass der Informationsaustausch mit ausländischen Stellen Einschränkungen unterworfen ist. Es müsse insb. dem Umstand Rechnung getragen werden, dass der Umgang mit den von deutschen Behörden erhobenen Daten nach der Übermittlung ins Ausland nicht mehr den Anforderungen des Grundgesetzes unterliege, da die ausländische Staatsgewalt nur ihren eigenen rechtlichen Bindungen verpflichtet sei. Über die Anforderungen an Datenübermittlungen an inländische Stellen hinaus seien daher Datenübermittlungen in das Ausland an qualifizierte Voraussetzungen zu binden, wobei zwischen der Übermittlung von Erkenntnissen im Einzelfall und einer automatisierten Übermittlung zu unterscheiden sei (BVerfG, Urt. v. 19.05.2020, 1 BvR 2835/17, Rn. 231 ff.). Der vorliegende Ge-

setzentwurf setzt die Vorgaben des BVerfG in §§ 30 ff. BNDG-E um. Verfassungsrechtlich sind die Regelungen nicht zu beanstanden. Im Detail besteht allerdings stellenweise noch Präzisionsbedarf (s.u.).

j) Rechtsgrundlage für Eingriffe in informationstechnische Systeme von Ausländern im Ausland

Mit §§ 34 ff. BNDG-E schafft der Gesetzentwurf eine Ermächtigungsgrundlage für Eingriffe in das Recht auf Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme im Ausland. Das ist insoweit konsequent, als das BVerfG *obiter dictum* erklärt hat, dass es auch belastbarer (gesetzlicher) Eingriffsschwellen bedürfe, wenn im Wege der Einzelanordnung Überwachungsmaßnahmen im Ausland in Form einer Onlinedurchsuchung angeordnet würden (BVerfG, Urt. v. 19.05.2020, 1 BvR 2835/17, Rn. 156). § 34 I 1 BNDG-E erlaubt nun die Infiltration eines informationstechnischen Systems im Wege der „Computer Network Exploitation“ (CNE), um entweder eine Onlinedurchsuchung oder eine Quellen-Telekommunikationsüberwachung (sog. Quellen-TKÜ) zu ermöglichen. Aufgrund der bedeutenden Schwere des Grundrechtseingriffs stellen § 34 II und III BNDG-E hohe tatbestandliche Anforderungen an die einzelne Aufklärungsmaßnahme. Für eine Maßnahme im Bereich der Gefahrenfrüherkennung verlangt etwa § 34 III, dass Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass sie der Gewinnung von Informationen dient, mit deren Aufklärung das Bundeskanzleramt den BND beauftragt hat, und durch sie Erkenntnisse über Gefahren nach § 19 IV in Fällen von herausgehobener außen- und sicherheitspolitischer Bedeutung für die Bundesrepublik gewonnen werden. Durch die Beschränkung auf Fälle „von herausgehobener außen- und sicherheitspolitischer Bedeutung“ wird Sorge getragen, dass ein Eingriff nur ausnahmsweise in Betracht kommt. Mit Blick auf die Rechtsprechung des BVerfG zur Onlinedurchsuchung im Inland (siehe dazu zuletzt deutlich BVerfGE 141, 220, 305) besteht indes im Detail noch Präzisierungspotential (s.u.).

k) Unabhängige objektivrechtliche Kontrolle

Herzstück der verfahrensrechtlichen Sicherungen wie der Novelle selbst ist die Einrichtung eines neuen Kontrollregimes. §§ 40 ff. BNDG-E unterstellen Maßnahmen der technischen Aufklärung einer unabhängigen Rechtskontrolle. Dadurch werden die ausgewöhnlich detailscharfen Vorgaben des BVerfG zur Ausgestaltung einer objektivrechtlichen Kontrolle umgesetzt (BVerfG, Urt. v. 19.05.2020, 1 BvR 2835/17, Rn. 270 ff., kritisch *Muckel*, JA 2020, 631, 635; *Barczak*, BayVBl. 2020, 685, 691; *Dietrich*, GSZ 2020, 175, 181; *Gärditz*, JZ 2020, 825, 832). Entsprechend dem Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit wird über § 41 I BNDG-E ein Unabhängiger Kontrollrat als eine eigenständige oberste Bundesbehörde eingerichtet. Dem britischen Vorbild von „judicial oversight“ mit dem machtvollen Investigatory Powers Commissioner“ und dem „Investigatory Powers Tribunal“ folgend verfügt nun auch der Kontrollrat über zwei Organe: ein gerichtsähnliches Kontrollorgan ist – z.T. auch *ex ante* – gem. § 42 BNDG-E in die wesentlichen Verfahrensschritte der technischen Aufklärung eingebunden, während ein administratives Kontrollorgan nach Maßgabe von § 51 BNDG-E stichprobenartig den gesamten Prozess der technischen Aufklärung überwiegend eigeninitiativ auf seine Rechtmäßigkeit hin überprüfen kann. Die Kontrolltätigkeit wird – wie vom Verfassungsgericht gefordert (BVerfG, Urt. v. 19.05.2020, 1 BvR 2835/17, Rn. 294) – nicht durch die sog. Third-Party-Rule eingeschränkt. Der Unabhängige Kontrollrat wird vielmehr gegenüber dem Bundesnachrichtendienst mit umfassenden Einsichts-, Auskunfts- und Betretungsrechten ausgestattet (§ 56 BNDG-E). Das gerichtsähnliche Kontrollorgan wird gem. § 43 BNDG-E mit erfahrenen Bundesrichterinnen und Bundesrichtern sowie Bundesanwältinnen und Bundesanwälten besetzt, was zweifellos eine hohe juristische Kompetenz verspricht. Im Übrigen wird dem Kontrollrat eine angemessene Personal- und Ausstattung gesetzlich garantiert (§ 57 BNDG-E). Im Vergleich zu anderen Kontrollorganen hebt sich der Kontrollrat damit deutlich positiv ab. Das kann allerdings nicht den Blick darauf verstellen, dass in Bezug auf Organisation, Zusammensetzung und Kooperation mit anderen Kontrollorganen noch Verbesserungsbedarf besteht (s.u.).

3. Änderungsbedarf im Einzelnen

Unabhängig davon, dass der Gesetzentwurf im Wesentlichen den Vorgaben des BVerfG entspricht, besteht im Detail stellenweise noch Präzisions- und Änderungsbedarf. Ein gewisses Ergänzungspotential weist überdies die Gesetzesbegründung auf.

Im Einzelnen:

a) Befugnisnorm für strategische Ausland-Fernmeldeaufklärung (§ 19 BNDG-E)

§ 19 BNDG-E gewährt dem BND eine final angeleitete Befugnis zur strategischen Ausland-Fernmeldeaufklärung. Absatz 4 der Vorschrift stellt Anforderungen an strategische Aufklärungsmaßnahmen im Bereich der Gefahrenfrüherkennung. U.a. wird verlangt, dass

„(...) tatsächliche Anhaltspunkt dafür vorliegen, dass durch sie Erkenntnisse gewonnen werden können

1. mit Bezug zu den folgenden Gefahrenbereichen:

a) zur Landes- oder Bündnisverteidigung sowie Einsätzen der Bundeswehr oder verbündeter Streitkräfte im Ausland (...)

2. zum Schutz der folgenden Rechtsgüter:

c) Bestand oder Sicherheit von Einrichtungen der Europäischen Union, der Europäischen Freihandelsassoziation oder des Nordatlantikvertrages oder Bestand oder Sicherheit eines Mitgliedstaates des Europäischen Union, der Europäischen Freihandelsassoziation oder des Nordatlantikvertrages (...).“

Unter systematischen Gesichtspunkten wird nicht klar, in welchem Verhältnis Nr. 1 und Nr. 2 zueinander stehen. Die Gesetzesbegründung geht von einem alternativen Verhältnis aus (BT-Drs. 19/26103, S. 55), was mit Blick auf die Rechtsprechung des BVerfG aber durchaus verwundert (vgl. etwa BVerfGE 120, 274, 328 ff.; 141, 220, 269 ff.). Denn das Gericht kombiniert bei der tatbestandlichen Einhegung von Eingriffen i.d.R. Gefahrenlage und Rechtsgut.

Soweit § 19 IV Nr. 2 lit. c BNDG-E auf die „Sicherheit eines Mitgliedstaates“ abstellt, erhebt sich die Frage nach dem Sicherheitsbegriff, der hier zugrunde gelegt wird.

Nahe liegt, dass „Sicherheit“ i.S.v. § 19 IV Nr. 2 lit. c BNDG-E nicht anders verstanden werden kann als „Sicherheit“ (des Bundes oder eines Landes) in § 19 IV Nr. 2 lit. b BNDG-E. Auf den Schutz der „Sicherheit des Bundes oder eines Landes“ wird in Art. 73 Nr. 10 lit. b GG Bezug genommen. Bereits bei der Entstehung der grundgesetzlichen Norm hat sich das Verständnis durchgesetzt, vom Sicherheitsbegriff sowohl die innere wie auch die äußere Sicherheit zu erfassen (vgl. schriftlicher Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drs. VI/3192). Daraus abgeleitet gilt nichts anderes für §§ 3 I Nr. 1 Alt. 3, 4 I 1 lit. b BVerfSchG (vgl. *Roth*, in: Schenke/Graulich/Ruthig, Sicherheitsrecht des Bundes, 2. Aufl. 2019, BVerfSchG § 4 Rn. 58 f. m.w.N.). Wenn sich i.S.d. Einheit der Rechtsordnung § 19 IV Nr. 2 lit. c BNDG-E nun auch auf die innere Sicherheit beziehen soll, ist fraglich, ob es tatsächlich zum gesetzlichen Auftrag des BND zählt, Erkenntnisse zum Schutz der inneren Sicherheit von NATO-Partnern wie etwa der Türkei zu sammeln. Jedenfalls ist hierzu in der Gesetzesbegründung Stellung zu beziehen.

b) Schutz von Vertraulichkeitsbeziehungen (§ 21 BNDG-E)

§ 21 BNDG-E bezweckt den Schutz von Vertraulichkeitsbeziehungen bestimmter Berufs- und Personengruppen. Als Vertraulichkeitsbeziehungen gelten allerdings nur solche

„(...) von Geistlichen, Verteidigern, Rechtsanwälten und Journalisten, die dem Schutz des § 53 Abs. 1 Satz 1 Nummer 1, 2, 3 und 5 sowie Satz 2 der Strafprozessordnung unterfallen würden“.

Diese Limitierung überrascht insoweit, als selbst in § 53 StPO ein deutlich weiterer Personenkreis angesprochen wird (z.B. Ärztinnen und Ärzte, Psychotherapeutinnen und Psychotherapeuten). Es erscheint unvertretbar, solche Vertrauensbeziehungen keinem Schutz zu unterstellen. Hinzu kommt, dass sich die Anknüpfung an das starre Korsett der Zeugnisverweigerungsrechte im Einzelfall als wenig hilfreich erweisen kann, wenn es um konkrete, kontextabhängige Schutzbedürfnisse geht, die nicht von § 52 StPO erfasst sind. Sinnvoller wäre es daher, an dieser Stelle Regelbeispiele anzuführen und im Übrigen auf den Einzelfall abzustellen.

Nicht ganz klar ist ferner, inwieweit der Forderung des BVerfG nach einer Absicherung des Schutzes der Vertraulichkeitsbeziehungen durch eine gerichtsähnliche *ex ante*-Kontrolle entsprochen wird. Zwar hebt die Gesetzesbegründung auf die Überprüfung der Rechtmäßigkeit von Anordnungen von Suchbegriffen vor deren Verwendung ab (vgl. BT-Drs. 19/26103, S. 66). Aus § 23 VI 3 BNDG-E ergibt sich aber, dass die Nennung einzelner Suchbegriffe, die zur gezielten Datenerhebung verwendet werden, in der Anordnung nicht erforderlich ist.

c) Verarbeitung personenbezogener Verkehrsdaten (§ 26 BNDG-E)

Der Gesetzesbegründung zufolge soll § 26 BNDG-E die Kritik des BVerfG an der bisherigen Regelung zur Verkehrsdatenverarbeitung in § 6 VI BNDG sowie nicht näher benannte „Urteile des Bundesverwaltungsgerichts“ umsetzen (BT-Drs. 19/26103, S. 73). Es dürfte sich im letzteren Fall wohl um die Entscheidungen zum Verkehrsdatenanalysesystem (VERAS) des BND vom Dezember 2017 handeln (BVerwG 6 A 6.16 und 6 A 7.16 = GSZ 2018, 75 ff. mit Anm. *Gärditz*).

§ 26 V BNDG-E führt eine höchstzulässige Speicherfrist für Verkehrsdaten von sechs Monaten ein. Damit folgt der Gesetzentwurf der Vorgabe des BVerfG, das in diesem Zusammenhang ausdrücklich auf seine Entscheidung zur Vorratsdatenspeicherung abgestellt hat (BVerfG, Urt. v. 19.05.2020, 1 BvR 2835/17, Rn. 191 unter Verweis auf BVerfGE 125, 260 ff.). Die Gleichsetzung mit der bevorratenden Speicherung nach StPO bzw. TKG, ausgedrückt über die Festlegung einer sehr kurzen höchstzulässigen Speicherdauer, erscheint einigermaßen zufällig. Denn nicht nur die Erhebungszwecke unterscheiden sich, sondern auch die Datendichte und der Ort der Speicherung (vgl. *Dietrich*, GSZ 2020, 175, 178). Funktionsbedingungen der nachrichtendienstlichen Aufgabenwahrnehmung hat das Gericht jedenfalls nicht zugrunde gelegt, denn diese hätten durchaus für eine längere höchstzulässige Speicherdauer gesprochen. § 26 V 2 BNDG-E unternimmt vor diesem Hintergrund wohl einen Korrekturversuch. Danach ist eine über die Frist von sechs Monaten hinausgehende Speicherung

„(...) im Einzelfall möglich, soweit die Speicherung für die Aufgabenerfüllung des Bundesnachrichtendienstes weiterhin erforderlich ist.“

Die Speicherdauer der Rohdaten wird insoweit im Ausnahmefall allein durch das Erfordernis der Erforderlichkeit begrenzt. Das erscheint wiederum mit Blick auf ausdrücklichen Vorgaben des BVerfG zur Speicherdauer zu unbestimmt.

d) Übermittlungen im Inland (§ 29 BNDG-E)

§ 29 BNDG-E regelt die Übermittlung von personenbezogenen Daten aus der Ausland-Fernmeldeaufklärung an inländische öffentliche und andere inländische Stellen.

Die Norm weist insgesamt 16 Absätze auf, wodurch sie einigermaßen unübersichtlich wird. Anwendungsfreundlicher wäre es z.B. gewesen, die aus dem BVerfSchG bekannte Regulationsstruktur mit Übermittlungsverboten (§ 23 BVerfSchG; hier: § 29 X BNDG-E) und Vorschriften zum Schutz Minderjähriger (§ 24 BVerfSchG) abzubilden und mehrere Einzelnormen zu schaffen.

Mit Blick auf die Übermittlung von Daten an Strafverfolgungsbehörden stellt sich die Frage, ob tatsächlich in allen notwendigen Fällen ein Informationsaustausch erfolgen kann. § 29 III BNDG-E limitiert die Übermittlung von Daten, die mit dem Zweck der Gefahrenfrüherkennung gekennzeichnet sind, auf die mögliche Verfolgung von besonders schweren Straftaten nach § 100b II StPO bzw. §§ 17, 18 AWG. Dieser hohen Hürde ist zuzustimmen. Eine Übermittlung von Daten, die mit dem Zweck der politischen Unterrichtung gekennzeichnet sind, kommt dagegen nur in den Ausnahmefällen von § 29 VII BNDG-E in Betracht. Angelehnt an die Vorgaben des BVerfG (BVerfG, Urt. v. 19.05.2020, 1 BvR 2835/17, Rn. 228) sind die Ausnahmetatbestände eng gezogen. In Anbetracht möglicher Fallkonstellationen in der Praxis erscheinen sie jedoch zu unflexibel. Ein Beispiel (siehe dazu *Dietrich*, GSZ 2020, 175 179): im Rahmen der strategischen Telekommunikationsüberwachung erhält der BND Zugriff auf die Kommunikation von Regierungsmitgliedern eines Staates, der im Verdacht steht, im Verborgenen ein Programm zur Entwicklung von Nuklearwaffen zu betreiben, obgleich er dem Atomwaffensperrvertrag beigetreten ist. Die Ergebnisse der Überwachung zeigen, dass das Programm weiter fortgeschritten ist. In der wöchentli-

chen „ND-Lage“ im Bundeskanzleramt (dazu näher *Eiffler* in Dietrich/ders., VII § 1 Rn. 50 ff.) wird der Bundesregierung ein Bericht erstattet. Verschwiegen werden müsste indes den anwesenden Vertretern der Strafverfolgungsbehörden, wenn sich deutsche Unternehmen tatkräftig am Aufbau einer unterirdischen Urananreicherungsanlage beteiligen. Denn die Voraussetzungen für eine Ausnahme vom grundsätzlichen Übermittlungsverbot nach § 29 VII BNDG-E liegen eindeutig nicht vor. Es liegt auf der Hand, dass dies im Ergebnis nicht gewollt sein kann.

e) Übermittlungen in das Ausland (§ 30 BNDG-E)

Nach § 30 BNDG-E darf der BND personenbezogene Daten aus der strategischen Ausland-Fernmeldeaufklärung an ausländische öffentliche Stellen, über- und zwischenstaatliche Stelle sowie andere ausländische Stellen übermitteln. Teilweise nimmt die Gesetzesbegründung auf diese Adressaten näher Bezug. Was man sich jedoch unter „anderen ausländischen Stellen“ (= nicht öffentlichen ausländischen Stellen) vorzustellen hat und warum im Ausnahmefall von § 30 IV BNDG-E dennoch eine Übermittlung in Betracht kommen kann, bleibt unklar. Hier besteht Konkretisierungsbedarf in der Gesetzesbegründung.

Im Übrigen sind einige handwerkliche Unzulänglichkeiten auszumachen. § 30 III Nr. 1 BNDG-E erlaubt eine Übermittlung, wenn tatsächliche Anhaltspunkte dafür bestehen, dass

„dies erforderlich ist zur Abwehr einer Gefahr für besonders gewichtige Rechtsgüter oder zur Abwehr einer besonders schwerwiegenden Beeinträchtigung der Rechte Einzelner (...).“

Es liegt nahe, dass Rechte Einzelner i.S.d. zweiten Alternative stets „besonders gewichtige“ (Individual-) Rechtsgüter i.S.d. ersten Alternative sind.

Klarstellungsbedürftig erscheint zudem § 30 IV 4 BNDG-E. Danach darf der Bundesnachrichtendienst

„personenbezogene Daten an andere ausländische Stellen auch ohne Vorliegen der Voraussetzungen der Sätze 2 und 3 übermitteln, wenn sie lediglich zur Konkretisierung einer Anfrage an eine andere ausländische Stelle übermittelt werden und dieser die Daten bereits bekannt sind.“

Es ist zu mutmaßen, dass diesem Ausnahmetatbestand ein praktisches Erfordernis zugrunde liegt. Leider schweigt die Gesetzesbegründung dazu (BT-Drs. 19/26103, S. 84). Ohne nähere Angaben erscheint es jedenfalls nicht unbedingt logisch, dem Empfänger Daten zur Konkretisierung einer Anfrage zu übermitteln, welche ihm bereits bekannt sind. Zudem stellt sich die Frage, woher man wissen will, dass dem Empfänger eben genau diese Daten schon vorliegen.

Schließlich ist § 30 IX BNDG-E noch einmal auf den Prüfungsstand zu stellen. Der Regelung zufolge soll § 29 VIII und XIII bis XVI BNDG-E entsprechend angewendet werden. Das verwundert insoweit, als die genannten Absätze in § 29 BNDG-E Pflichten für den Empfänger der übermittelten Daten begründen (z.B. Löschungspflichten). Im Falle der Übermittlung an ausländische Stellen ist fraglich, wie diese im Wege deutscher Gesetze verpflichtet werden sollen.

f) Kooperationen mit ausländischen öffentlichen Stellen (§ 31 BNDG-E)

§ 31 BNDGE dient der rechtsstaatlichen Einhegung von Kooperationen mit ausländischen öffentlichen Stellen. Absatz 4 soll die verfassungsgerichtlichen Vorgaben in Bezug auf die Rechtsstaatsvergewisserung umsetzen (BVerfG, Urt. v. 19.05.2020, 1 BvR 2835/17, Rn. 231 ff.). Einzelheiten der Kooperation sind danach schriftlich in einer „Absichtserklärung“ niederzulegen. Inhalt der „Absichtserklärung“ soll nach Maßgabe von § 31 IV 2 Nr. 3 BNDG-E auch eine „verbindliche Zusicherung der ausländischen öffentlichen Stelle“ sein, dass bestimmte rechtsstaatliche Standards bei der Verwendung der übermittelten Informationen eingehalten werden. Aus der Gesetzesbegründung erschließt sich nicht, wie sich „Absichtserklärung“ und „verbindliche Zusicherung“ zueinander verhalten sollen. Klar sein ist, dass es sich bei der Absichtserklärung nicht um ein Verwaltungsabkommen i.S.v. Art. 59 II 2 GG handelt, das von der Bundesregierung oder einem Mitglied derselben abgeschlossen und im Bundesgesetzblatt publiziert wird. Die Absichtserklärung ist vielmehr ein „non-binding agreement“ unterhalb der Schwelle völkerrechtlicher Übereinkünfte (vgl. *Dietrich*, in: Schenke/Graulich/Ruthig, Sicherheitsrecht des Bundes, 2. Aufl. 2019, BNDG, §13 Rn. 8). Die Vereinbarung von „soft law“ solcher Art ist zwischen Nachrichtendiensten

gängige Praxis. „Memoranda of Agreement“ oder „Memoranda of Understanding“ sollen eine Geschäftsgrundlage für eine dauerhafte Zusammenarbeit herstellen. Vor diesem Hintergrund erscheint der Begriff der „verbindlichen Zusicherung“ verfehlt. Das BVerfG selbst hat in diesem Zusammenhang zudem klargestellt, dass die Rechtsstaatsvergewisserung „nicht in jeder Hinsicht eine umfassende Einzelprüfung oder verbindliche Einzelzusage“ verlange (BVerfG, Urt. v. 19.05.2020, 1 BvR 2835/17, Rn. 239).

g) Eingriffe in informationstechnische Systeme von Ausländern im Ausland (§§ 34 ff. BNDG-E)

§§ 34 ff. BNDG-E ermächtigen zum Eingriff in informationstechnische Systeme von Ausländern im Ausland und enthalten verfahrensrechtliche Sicherungen des Grundrechtsschutzes, die sich an §§ 21 ff. BNDG-E anlehnen. In Bezug auf den Schutz von Vertraulichkeitsbeziehungen und hinsichtlich der Übermittlungsvorschriften gilt das oben Gesagte.

Zudem fehlen Kooperationsvorschriften, wie sie in §§ 31 ff. für den Fall der strategischen Ausland-Fernmeldeaufklärung geregelt sind. Mit Blick auf die deutlichen Vorgaben des BVerfG in Bezug auf die Rechtsstaatlichkeitsvergewisserung sollte wenigstens eine entsprechende Anwendung erwogen werden. Die Übermittlungsvorschrift in § 39 BNDG-E allein erscheint zur Begründung von Kooperationen unzureichend.

h) Unabhängige Rechtskontrolle (§§ 40 ff. BNDG-E)

Nach §§ 40 ff. BNDG-E wird das Unabhängige Gremium i.S.v. § 6 BNDG durch einen Unabhängigen Kontrollrat ersetzt. Es ist nicht von der Hand zu weisen, dass die Kontrolle des Bundesnachrichtendienstes auf diese Weise einen deutlichen Professionalisierungs- und Effektivierungsschub erhält. Einzelne Regelungen sind dennoch präzisierungs- bzw. änderungsbedürftig.

Nicht nachvollziehbar erscheint zunächst, das Verfahrensrecht vom Unabhängigen Kontrollrat im Wege einer Verfahrensordnung regeln zu lassen (§ 41 V 1 Nr. 2 BNDG-E). Mit Blick auf die Grundrechtsrelevanz der Arbeit des Kontrollrats dürfte es unumgänglich sein, das Verfahrensrecht durch den Gesetzgeber selbst festzulegen. Anders läuft z.B. die Verpflichtung von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern des BND, vollständige und wahrheitsgemäße Angaben vor dem Kontrollrat (§ 56 IV BNDG-E) zu machen, insoweit leer, als Verstöße grundsätzlich folgenlos bleiben würden. In der Praxis kann das diese Rechtslage Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter in einen schwierigen Konflikt bringen, wenn u.U. seitens des Dienstherrn eine bestimmte Aussage als erwünscht oder unerwünscht gilt. Die Funktion als gerichts-ähnliches Kontrollorgan sollte durch gesetzliche Verfahrensvorschriften in Anlehnung an Regelungen der bekannten Prozessordnungen gesichert werden.

Wenig überzeugend erscheint weiterhin die Besetzung und Auswahl des gerichtsähnlichen Kontrollorgans nach § 43 BNDG-E. Zwar wählt nach § 43 IV BNDG-E das Parlamentarische Kontrollgremium (PKGr) die Mitglieder des gerichtsähnlichen Kontrollorgans auf Vorschlag der Präsidentin bzw. des Präsidenten des Bundesgerichtshofs und auf Vorschlag der Generalbundesanwältin bzw. des Generalbundesanwalts. Die damit verbundene Legitimationswirkung i.S.v. Art. 10 II GG ist jedoch bereits insoweit begrenzt, als weder aus Gesetzestext noch aus Gesetzesbegründung hervorgeht, dass dem PKGr mehrere Kandidatinnen und Kandidaten vorgeschlagen werden, die es auswählen kann. Bedenklich erscheint zudem, dass dem Parlament ganz offensichtlich eine Einschätzung der fachlichen Eignung von Bewerberinnen und Bewerbern gar nicht zugetraut wird. Die Gesetzesbegründung führt hierzu aus:

„Die vorschlagenden Stellen können die Eignung potenzieller Kandidatinnen und Kandidaten wie sonst keine andere Stelle einschätzen.“

Nach diesem Verständnis wären die Richterwahlausschüsse in Bund und Ländern überflüssig. Die Rolle des PKGr sollte insoweit gestärkt werden.

Nicht nachvollziehbar ist darüber hinaus, warum der Kreis der vorschlagfähigen Mitglieder des Gremiums derart verengt wird. Das verlangen die außergewöhnlich detailscharfen Vorgaben des BVerfG nicht (BVerfG, Urt. v. 19.05.2020, 1 BvR 2835/17,

Rn. 286). Eine „langjährige richterliche Erfahrung“ muss – entgegen § 43 I 2 Nr. 1 BNDG-E – eben nicht ausschließlich am Bundesgerichtshof gesammelt worden sein. Man wird auch zumindest hinterfragen müssen, ob die unbestreitbar hohe juristische Kompetenz eines langjährigen Richters des 4. Zivilsenats beim Bundesgerichtshof (Erbrecht, Versicherungsvertragsrecht) ohne Schwierigkeiten sinnvoll in die Kontrolle von Nachrichtendiensten eingebracht werden kann. Hinzu kommt, dass kaum zu begründen ist, dass Bundesanwältinnen und Bundesanwälte i.S.v. § § 43 I 2 Nr. 2 BNDG-E die in Nr. 1 geforderte „langjährige Erfahrung“ nicht mitbringen müssen. Wenigstens sollte der Kreis für mögliche Mitglieder des gerichtsähnlichen Kontrollorgans für Angehörige der Verwaltungsgerichtsbarkeit geöffnet werden, zu deren Kernkompetenz typischerweise die Verwaltungskontrolle zählt. Eine – einschlägige – „langjährige richterliche Erfahrung“ weisen in diesem Zusammenhang bereits Richterinnen und Richter der Oberverwaltungsgerichte auf.

Soll der Kreis der möglichen Mitglieder des gerichtsähnlichen Kontrollorgans auf Richterinnen und -richter sowie Bundesanwältinnen und -anwälte beschränkt bleiben, wogegen einiges spricht, bleibt schließlich fraglich, wie sich das Gremium eine weitergehende Expertise sichert. Das BVerfG hat in diesem Zusammenhang einen Bedarf deutlich gemacht (BVerfG, Urt. v. 19.05.2020, 1 BvR 2835/17, Rn. 286):

„Das schließt nicht aus, Erfahrung in anderen juristischen Berufen zu berücksichtigen. In Betracht zu ziehen ist auch hier, dass zusätzlich möglicherweise anderweitiger, insbesondere technischer Sachverstand förderlich sein kann. Es liegt in den Händen des Gesetzgebers zu entscheiden, ob er hierfür als Mitglied des gerichtsähnlichen Entscheidungsgremiums (...) ergänzend auch Nichtjuristen vorsieht, oder ob er dem Gremium anderweitige Möglichkeiten an die Hand gibt, technischen Sachverstand heranzuziehen.“

Der Gesetzentwurf gibt hierauf keine Antwort. Bisher kommt dem Kontrollrat jedenfalls auch nicht die Befugnis zu, Sachverständige anzuhören. Nahe gelegen hätte wenigstens, den Ständigen Bevollmächtigten gem. § 5a PKGrG über § 58 I BNDG-E hinaus einzubeziehen.

i) Evaluierung (§ 61 BNDG-E)

§ 61 BNDG-E sieht vor, dass der Unabhängige Kontrollrat alle fünf Jahre einen Bericht zur Evaluierung seiner Kontrolltätigkeit erstellt und dem PKGr übermittelt. Auch an dieser Stelle scheint auf, dass die Rolle des PKGr im Verhältnis zum Kontrollrat gestärkt werden sollte. Anders als der Kontrollrat genießt das PKGr eine verfassungsunmittelbare Verankerung. Nach Art. 45d GG ist das PKGr zur Kontrolle der nachrichtendienstlichen Tätigkeit des Bundes berufen. Diese verfassungsmäßige Aufgabe ist nur wahrzunehmen, wenn dem Gremium auch im Bereich der Rechtskontrolle umfassende Informationen vorliegen. Ein Bericht im Abstand von fünf Jahren, der das Ergebnis einer Selbstkontrolle hinsichtlich der eigenen Kontrolleffektivität enthält, scheint zu diesem Zweck weniger geeignet.

4. Zukünftiger Reformbedarf

Mit Blick auf die anstehenden Bundestagswahlen im September 2021 war ein umfassendes Reformpaket, das mit der gebotenen Sorgfalt vorbereitet und von intensiven politischen und fachlichen Diskussionen hätte begleitet werden können, nicht zu erwarten. Vor diesem Hintergrund ist klar, dass der vorliegende Gesetzentwurf nur einen ersten Schritt darstellen kann, dem Bundesnachrichtendienst vorerst eine tragfähige Rechtsgrundlage für seine wichtige Arbeit zu verschaffen.

Zukünftig besteht jedoch weitergehender Regelungsbedarf. Denn die Entscheidung des BVerfG hat noch einmal eindrücklich vor Augen geführt, dass dem Recht der Nachrichtendienst insgesamt eine Ordnungsidee fehlt (vgl. *Dietrich*, in: ders./Eiffler, Handbuch des Rechts der Nachrichtendienste, 2017, III § 3 Rn. 71.). Auf Bundesebene ist die Rechtsmaterie unübersichtlich. Mit der Zunahme der Regelungsdichte bleibt z.T. die Synchronisierung verbundener Regelungen auf der Strecke. Anwendungsunfreundlichkeit und Regelungswidersprüche wuchern (zu Beispielen *Dietrich*, Ansätze zur Reform des Rechts der Nachrichtendienste, Jahrbuch Öffentliche Sicherheit 2018/2019, S. 107 ff.). Auf Landesebene sind die Unterschiede zwischen den einzelnen LVerfSchG teilweise so groß, dass von einem bundesweit einheitlichen Schutzniveau grundrechtlicher Gewährleistungen ebenso wenig die Rede sein

kann wie von einer flächendeckend funktionsadäquaten Erfüllung der Sicherheitsgewährleistungsverpflichtung. Es braucht in Bund und Ländern neue, anwendungsfreundliche Gesetze, die einen klaren Rechtsrahmen für die Tätigkeit der Nachrichtendienste schaffen.

Exemplarisch sollen nachfolgend drei Reformmaßnahmen vorgestellt werden, die den zukünftigen Reformbedarf ausdrücken:

a) Entflechtung der Gesetze der Nachrichtendienste des Bundes

Die Verschachtelungs- und Ergänzungsgesetzgebung auf Bundesebene ist an ihre Grenzen gestoßen, worunter Rechtssicherheit und Handlungstransparenz leiden. Das BVerfG hat ausdrücklich darauf hingewiesen, dass unübersichtliche Verweisungskaskaden mit grundrechtlichen Anforderungen nicht vereinbar sind (BVerfG, Ur. v. 19.05.2020, 1 BvR 2835/17, Rn. 215, 312). Die mehrgliedrigen Verweisungsketten zwischen BNDG, MADG und BVerfSchG sind daher zugunsten eigenständiger Rechtsgrundlagen für jede einzelne Behörde aufzulösen. Gleichzeitig sind die Regelungen des G10 in die jeweiligen Fachgesetze zu integrieren.

b) Änderung der allgemeinen Übermittlungsvorschriften

Das BVerfG hat die Übermittlungsvorschriften des BNDG für verfassungswidrig erklärt, soweit sie Daten betreffen, die nach den – ebenfalls verfassungswidrigen – §§ 6, 7, 13 bis 15 BNDG erhoben wurden (BVerfG, Ur. v. 19.05.2020, 1 BvR 2835/17, Rn. 327). Der vorliegende Gesetzentwurf lässt nun die allgemeine Übermittlungsvorschrift des § 24 BNDG weitgehend unangetastet und schafft stattdessen spezifische Übermittlungsvorschriften für die technische Aufklärung. Damit wird zwar den Vorgaben des BVerfG entsprochen, jedoch ist klar, dass sich auch die Übermittlungen von personenbezogenen Daten aus anderem Aufkommen an den Maßstäben des BVerfG messen lassen müssen. § 24 BNDG sowie vergleichbare Regelungen im übrigen Recht der Nachrichtendienste auf Bundes- und Landesebene weisen demzufolge Reformbedarf auf.

c) Erweiterung und Neuordnung der Kontrolle der Nachrichtendienste des Bundes

Die Einrichtung des Unabhängigen Kontrollrates bedeutet einen Professionalisierungs- und Effektivierungsschub für die Kontrolle des Bundesnachrichtendienstes wie der deutschen Nachrichtendienste insgesamt.

In Bezug auf den Bundesnachrichtendienst wird naheliegen, die Zuständigkeit des Kontrollrates auch auf alle übrigen Grundrechtseingriffe gegenüber Ausländern im Ausland zu erstrecken. Wer folgerichtig eine ex ante-Kontrolle von HUMINT-Einsätzen für geboten hält (siehe dazu *Steinke*, Mehr Macht für Richter, SZ v. 27.01.2021), muss allerdings auch eine Antwort darauf haben, wie der großen Dynamik und der hohen Anzahl von HUMINT-Operationen begegnet werden kann, ohne das Instrument so stark zu hemmen, dass es leerläuft (ausführlich *Dietrich*, Handbuch des Rechts der Nachrichtendienste, 2017, VI § 2 Rn. 116).

Schließlich muss das Verhältnis des Kontrollrates zu den übrigen Kontrollorganen in den Blick genommen werden. Nicht zuletzt aufgrund der professionellen Personalstruktur des Unabhängigen Kontrollrates erscheint schwer begründbar, die ehrenamtlich tätige G10-Kommission (vgl. *Huber*, in: Schenke/Garulich/Ruthig, Sicherheitsrecht des Bundes, 2. Aufl., 2019, Artikel 10-Gesetz § 15 Rn. 23) beizubehalten. Ihre Aufgaben sollten in die Zuständigkeit des Kontrollrates überführt werden. Zudem sollten Parallelzuständigkeiten von administrativem Kontrollorgan i.S.v. § 51 BNDG-E und dem Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationssicherheit (BfDI) aufgelöst werden. Mit Blick auf die weitergehenden Einsichtsrechte („Third-Party-Rule“) des administrativen Kontrollorgans und die in § 52 BNDG-E vorgesehene Eskalationsmöglichkeit, dem gerichtsähnlichen Kontrollorgan Beanstandungen vorzulegen, wird über das administrative Kontrollorgan ein höheres Rechtsschutzniveau erreicht, weshalb die Zuständigkeit des BfDI in diesem Zusammenhang begrenzt werden kann.

Sofern die Aufgabe der G10-Kommission in die Zuständigkeit des Unabhängigen Kontrollrates überführt wird, ist dieser für die Rechtskontrolle aller Nachrichtendienste

des Bundes verantwortlich. In diesem Fall spricht einiges dafür, eine eigenständige Rechtsgrundlage für die Arbeit des Kontrollrates zu schaffen („Kontrollratsgesetz“).

II. Zum Gesetzentwurf der FDP-Fraktion „Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der parlamentarischen Kontrolle der Nachrichtendienste“ (BT-Drs. 19/19502) sowie zum Antrag der FDP-Fraktion „Reform der Nachrichtendienste – Lehren aus dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum BND-Gesetz“ (BT-Drs. 19/19509)

Im Mittelpunkt des vorgeschlagenen Gesetzentwurfs (BT-Drs. 19/19502) steht die Einführung eines Parlamentarischen Beauftragten für die Nachrichtendienstkontrolle vergleichbar dem Wehrbeauftragten des Deutschen Bundestages. Der Gesetzentwurf greift damit eine Forderung auf, die bereits vor über 20 Jahren und in der Folgezeit beständig erhoben worden ist (näher dazu *Dietrich*, ZRP, 2014, 205, 208). Zum gegenwärtigen Zeitpunkt erscheint jedenfalls sinnvoll, vor weiteren Reformen zunächst einmal die Arbeit des Ständigen Bevollmächtigten i.S.v. § 5a PKGrG zu bilanzieren. Auf dieser Grundlage lässt sich dann aussagen, ob und in welcher Weise seine Zuständigkeiten erweitert werden sollen. Dass für ihn im oben gewürdigten Gesetzentwurf der Bundesregierung keine Rolle bei der fachlichen Beratung des Unabhängigen Kontrollrates vorgesehen ist (s.o.), ist spätestens in diesem Zusammenhang zu thematisieren.

III. Zum Antrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN „Legitimität und Leistungsfähigkeit der Nachrichtendienste stärken – Kontrolle auf allen Ebenen verbessern und ausbauen“ (BT-Drs. 19/26221)

Mit dem vorliegenden Antrag wird ein ganzes Bündel von Reformmaßnahmen vorgeschlagen. Auf einige Vorschläge ist bereits oben im Rahmen der Würdigung des Gesetzesentwurf der Bundesregierung eingegangen worden (z.B. zu II. 3. lit. a und b).

Besondere Beachtung verdient die Überlegung, das Genehmigungs- und Überprüfungsverfahren als kontradiktorisches Verfahren auszugestalten, in welchem eine

Ombudsperson die Rechte der – notwendigerweise nicht anwesenden – Betroffenen vertritt (II. 3 lit. I). Das knüpft jedenfalls auch an Ausführungen des BVerfG an (BVerfG, Urt. v. 19.05.2020, 1 BvR 2835/17, Rn. 280), wonach der Gesetzgeber in Bezug auf die gerichtsähnliche Kontrolle auch zu prüfen habe,

„(...) ob Personen die plausibel machen können, von Überwachungsmaßnahmen möglicherweise betroffen zu sein, das Recht eingeräumt werden kann, diesbezüglich mit eigenen Verfahrensrechten eine objektivrechtliche Kontrolle anzustoßen.

Dabei stehe die Verfassung einer Ausgestaltung als Verfahren unter zumindest partiellem Ausschluss des Betroffenen und der Öffentlichkeit nicht entgegen.

Angesprochen wird mit der Ombudsperson das Konzept einer Bürgeranwältin bzw. eines Bürgeranwalts. Es ist nicht von der Hand zu weisen, dass die Einführung eines „trusted advocate“ die Legitimation nachrichtendienstlicher Maßnahmen noch einmal erhöhen würde (siehe dazu *Dietrich*, Of toothless windbags, blind guardians and blunt swords: the ongoing controversy about the reform intelligence services oversight in Germany, *Intelligence and National Security*, Vol. 31 No. 3, S. 397, 412), da bekanntlich reine (Genehmigungs-) Richtervorbehalte oft an ihre Grenzen stoßen (vgl. *Stadler*, ZRP 2013, 179 ff; *Backes/Gusy*, Wer kontrolliert die Telefonüberwachung, 2003, 123 ff.). Im Ausland sind bereits einige Regelungsmodelle vorfindlich, die in diesem Zusammenhang wichtige Impulse für eine deutsche Regelung geben könnten.



(Prof. ~~Dr.~~ Jan-Hendrik Dietrich)