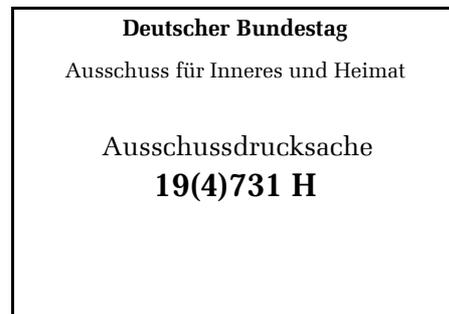


Prof. Dr. Michael Elicker
m.elicker@gmx.de



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, BTDrucksache 19/26103)

I. Die Auslandsaufklärung als unverzichtbares Element der Sicherheitsarchitektur - Aspekte aus der Vorgeschichte der Entscheidung des BVerfG

Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung nach dem BND-Gesetz

BVerfG, Urteil vom 19.5.2020 – 1 BvR 2835/17

betont zunächst die hohe Bedeutung der nachrichtendienstlichen Auslandsaufklärung. Diese habe „für die Handlungsfähigkeit der Bundesrepublik Deutschland in der Außen- und Sicherheitspolitik seit jeher eine erhebliche, in jüngerer Zeit aber spezifisch gewachsene Bedeutung gewonnen.“

BVerfG, Urteil vom 19.5.2020 – 1 BvR 2835/17, juris Rn. 106a.

Im Zuge der Entwicklung der Informationstechnik und der Internationalisierung haben sich nach den Feststellungen des Gerichts die Bedeutung und Bedingungen der Auslandsfernmeldeaufklärung als eines zentralen Elements der nachrichtendienstlichen Auslandsaufklärung grundlegend geändert: *„Früher zielte die Fernmeldeaufklärung allein auf die Gefahrenfrüherkennung zur Abwehr bewaffneter Angriffe auf das Bundesgebiet und beschränkten sich unmittelbar personenbezogene Maßnahmen sowohl von den technischen Möglichkeiten als auch vom Erkenntnisinteresse her auf einen kleinen Kreis von Personen (vgl. BVerfGE 67, 157 [178] = NJW 1985, 121). Im Zuge der heutigen Kommunikationsmöglichkeiten und damit verbunden der internationalisierten Handlungszusammenhänge haben sich potenziell aus dem Ausland drohende Gefahren vervielfältigt. Die Informationstechnik erlaubt, über Grenzen hinweg unmittelbar und ungehindert durch räumliche Distanzen miteinander zu kommunizieren und sich ohne Zeitverlust zu koordinieren. Hierdurch stellen sich neue Herausforderungen für die Erfassung politisch oder militärisch relevanter Kommunikation, die für die Handlungsfähigkeit der Bundesregierung von erheblicher Bedeutung sein kann. Auch können internationale Aktivitäten heute für das Gemeinwesen insgesamt destabilisierende Wirkung entfalten, wie exemplarisch in Cyberangriffen, international organisierter Kriminalität wie etwa Menschenhandel oder Geldwäsche und internationalem Terrorismus sichtbar wird (vgl. Kojm in Goldman/Rascoff, 95 ff.; Goodman/*

Ischebeck-Baum in Dietrich/Sule, 1 Rn. 104 ff.; Rosand, Journal of Conflict & Security Law 11 [2006], 399 [400 f.]; hinsichtlich des Gefahrenbereichs „Cyber“ s. auch BT-Drs. 18/4654, 40 f.). Der Auslandsaufklärung mittels Telekommunikationsüberwachung kommt damit außen- und sicherheitspolitisch eine zunehmende Bedeutung zu, die politisch etwa auch in den im Vergleich zu vielen anderen Bereichen deutlich gestiegenen Haushaltsansätzen der Nachrichtendienste ihren Ausdruck findet“.

BVerfG, Urteil vom 19.5.2020 – 1 BvR 2835/17, juris Rn. 107.

Es hat dabei auch den Vergleich zur Rechtslage in den großen westlichen Demokratien gezogen: *„Befugnisse zur anlasslosen Überwachung der Auslandskommunikation dürften dabei, nach allem was bekannt ist, heute zur verbreiteten Ausstattung dieser Dienste gehören (für die USA Section 702 Foreign Intelligence Surveillance Act; vgl. dazu Renan in Goldman/Rascoff, 121 [insbes. 123 ff.]; für das Vereinigte Königreich Part 6 Chapter 1 Investigatory Powers Act 2016; vgl. dazu Leigh in Dietrich/Sule, 553 ff.; McKay/Walker in Dietrich/Gärditz/Graulich/Gusy/Warg, 119 ff.; für Frankreich Art. L854-1 bis L854-9 Code de la sécurité intérieure [Des mesures de surveillance des communications électroniques internationales]; s. dazu auch Le Divelec in Dietrich/Sule, 516 ff.; Warusfel in Dietrich/Gärditz/Graulich/Gusy/Warg, 129 ff.).“*

BVerfG, Urteil vom 19.5.2020 – 1 BvR 2835/17, juris Rn. 160.

Entgegen einer nicht ganz leisen Kritik an der vermeintlichen „Übergriffigkeit“ des Bundesverfassungsgerichts mit seinen äußerst detaillierten Vorgaben im Urteil vom 19. Mai 2020 war sich das Bundesverfassungsgericht durchaus der überragenden Bedeutung der Ausland-Ausland-Fermeldeaufklärung bewußt und es hat auch nichts frei erfunden, sondern sich an Vorbildern orientiert. Das Abgehen von einem für Verfassungsgerichtsentscheidungen - nicht aber durchweg für die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts - eher typischen „judicial self-restraint“ ist hier wohl der Tatsache geschuldet, dass es der Gesetzgeber unter Anleitung durch regierungsseitige Gesetzesinitiativen zuvor über Jahrzehnte nicht geschafft hat, eine verfassungsrechtlich vertretbare und folgerichtige Lösung des durch diese Entscheidung und die zugrundeliegende Verfassungsbeschwerde behandelten Problems zu schaffen.

Die hohe verfassungsrechtliche Bedeutung einerseits der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung als Baustein der bundesdeutschen Sicherheitsarchitektur und der von den Beschwerdeführern gerügten grundrechtlichen Beschwerneisse andererseits erschienen dem Gericht so bedeutsam, dass es ein weiteres jahrelanges Dilettieren von Regierung und regierungstragenden Fraktionen nicht hinzunehmen bereit war. Besonders auffällig für eine Verfassungsbeschwerde ist, dass auch staatsorganisatorische Missstände von dem Gericht aufgegriffen werden und insofern mit deutlichen Worten eine Lösung angemahnt wird.

Dass das Bundesverfassungsgericht hier dem Gesetzgeber vergleichsweise wenig Zeit und gemessen an dem ansonsten oft üblichen „judicial self-restraint“ relativ geringe Ausgestaltungsspielräume belässt, ist insbesondere der Tatsache geschuldet, dass der Gesetzesinitiator - und in seinem Gefolge dann leider auch der Gesetzgeber - hier trotz aller Warnungen sehenden Auges in verfassungswidriger Weise die Geltung des Grundrechts des Telekommunikationsgeheimnisses für die Ausübung deutscher öffentlicher Gewalt im Rahmen der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung in Abrede gestellt haben und der Gesetzgeber insofern demonstrativ trotz aller Warnungen schon das Zitiergebot nicht erfüllt hat. Die Ausführungen des Gerichts hierzu lesen sich für die Verantwortlichen aufseiten der Regierung wenig schmeichelhaft, ja es ist gar von einer „**gesetzlosen**“ **Praxis** die Rede: *„Der Verzicht auf die Beachtung des Zitiergebots lässt sich nicht damit begründen, dass die angegriffenen Vorschriften eine lange bestehende Verwaltungspraxis aufgreifen und nunmehr erstmals gesetzlich regeln. Hierfür lässt sich insbesondere nicht darauf verweisen, dass das Zitiergebot dann nicht greift, wenn das Gesetz geltende Grundrechtsbeschränkungen durch das bisherige Recht unverändert oder mit geringen Abweichungen wiederholt (vgl. dazu BVerfGE 35, 185 [188 f.] = NJW 1973, 1363). **Denn eine gesetzlose Verwaltungspraxis ist weder geltendes Recht noch geltende Grundrechtsbeschränkung...** Das Zitiergebot ist vielmehr gerade dann verletzt, wenn der Gesetzgeber ausgehend von einer bestimmten Auslegung des Schutzbereichs – wie hier der Annahme fehlender Grundrechtsbindung deutscher Staatsgewalt bei im Ausland auf Ausländer wirkendem Handeln – die Grundrechte als nicht betroffen erachtet. Denn es **fehlt dann am Bewusstsein des Gesetzgebers, zu Grundrechtseingriffen zu ermächtigen, und an dessen Willen, sich über deren Auswirkungen Rechenschaft abzulegen...** Zudem **entzieht sich der Gesetzgeber einer öffentlichen Debatte, in der Notwendigkeit und Ausmaß von Grundrechtseingriffen zu klären sind (vgl. BVerfGE 85, 386 [403 f.] = NJW 1992, 1875; BVerfGE 129, 208 [236 f.] = NJW 2012, 833).**“*

Ein derartiger - jedenfalls bedingt - vorsätzlicher Verfassungsbruch durch Regierung und regierungstragende Fraktionen scheint auf eine gefährliche Distanzierung von Dauerregierungsparteien gegenüber den wesentlichsten Rechtsgrundlagen unserer Verfassung, die gerade sie als die **Inhaber der staatlichen Machtmittel** zu binden bestimmt sind, hinzuweisen. Der Vorgang erinnert an den vom Steuerzahler teuer bezahlten Luxus gewisser Politiker, sich etwa in Sachen der PKW-Maut eine andere „Rechtsauffassung“ zu leisten als der EuGH. Es leuchtet ein, dass das Bundesverfassungsgericht auf derartige „Gewöhnungseffekte“ in Sachen Rechts- und Verfassungsbruch in entschiedener Form reagieren muß, wenn sie ihm vorgelegt werden.

Auch wenn Verfassungsbruch in unserer Rechtsordnung nicht per se strafbar ist und er auch nur in wenigen verfassungsgerichtlichen Verfahren zu einer Sanktionierung des Handelnden führen kann, ist Verfassungsbruch kein Kavaliersdelikt. Somit ist die vorliegende Entscheidung des Bundesverfassungsgericht ganz offenkundig auch als Antwort auf die - nicht mehr ganz ungewöhnliche - Verfassungsvergessenheit von Regierung und regierungstragenden Fraktionen zu verstehen, mit der hier vorgegangen wurde.

Gerade vor dem Hintergrund der somit vom Bundesverfassungsgericht für notwendig gehaltenen Klarheit und Detailliertheit der Vorgaben an den Gesetzgeber kann ich die Kritik nicht teilen, die von dem Gericht bestimmte Weitergeltungszeit sei zu eng bemessen. Man muss sich klarmachen, dass eine solche Weitergeltungsanordnung **nur verfassungsmittelbar** begründet werden kann. Gerade in eingriffsintensiven Bereichen wie hier werfen längere Übergangsfristen somit durchaus ihre ganz eigene verfassungsrechtliche Problematik auf. Eine - hier vielleicht angedeutete - Hinwendung des Gerichts zu kürzeren „Reparaturfristen“ und einer vielleicht zurückhaltenderen Verwendung der Weitergeltungsanordnung wäre vor diesem Hintergrund zu begrüßen.

II. Verallgemeinerungsfähige Klarstellungen im BND-Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 19.5.2020: Rechtsstaatlicher „Kosmos im Kleinen“

Im Einklang mit den Stellungnahmen anderer Staatsrechtslehrer kann ich hier zunächst absichtend feststellen, dass der Gesetzesinitiator im vorliegenden Entwurf in den kaum noch umstrittenen Bereichen der einfachen Umsetzung bundesverfassungsgerichtlicher Vorgaben jedenfalls keine größeren handwerklichen Fehler gemacht hat. Daher erscheint auch mir die mit gewissen gesetzgeberischen Spielräumen verbundene Ausgestaltung der Kontrollarchitektur der eigentliche noch offene Diskussionspunkt zu sein. Dem Thema wende ich mich im Einzelnen unten III. zu. In Vorbereitung darauf - aber auch im wissenschaftlichen Interesse - will ich mich zunächst kurz mit den durchaus weittragenden Erkenntnissen des Urteils zur Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung befassen.

Denn es ist erstaunlich, was das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber, aber auch der Praxis in Parlament und Staatsleitung, in diesem Urteil „mitgegeben“ hat. Die Implikationen daraus enden noch lange nicht mit der jetzt vorliegenden Umsetzung in das geschriebene Recht des Bundesnachrichtendienstes.

Als Ausgangspunkt der tragenden Erwägungen des Gerichts erscheinen insbesondere folgende Aussagen, die dann im Folgenden der Sache nach vielfach wiederholt und betont werden: *„Eingriffe in Art. 10 I und ebenso in Art. 5 I 2 GG müssen – wie Eingriffe in alle Grundrechte – auf einer gesetzlichen Ermächtigung beruhen, die dem Gebot der Normenklarheit und dem Bestimmtheitsgrundsatz genügt (vgl. BVerfGE 65, 1 [44, 54] = NJW 1984, 419; BVerfGE 100, 313 [359 f.] = NJW 2000, 55; stRspr). Dabei sind an die Normenklarheit und Bestimmtheit von Ermächtigungen zur heimlichen Erhebung und Verarbeitung personenbezogener Daten in der Regel gesteigerte Anforderungen zu stellen, weil die Datenverarbeitung von den Betroffenen unbemerkt stattfindet und sich die Befugnisse somit nicht im Wechselspiel von behördlicher Einzelanordnung und gerichtlicher Kontrolle schrittweise konkretisieren können (vgl. BVerfGE 141, 220 [265] = NJW 2016, 1781 Rn. 94; vgl. auch EGMR Urt. v. 13.9.2018 – 58170/13 Rn. 306 – Big Brother Watch ua/UK).“*

BVerfG, Urteil vom 19.5.2020 – 1 BvR 2835/17, juris Rn. 137.

„Als Ermächtigungen zu Eingriffen in das Telekommunikationsgeheimnis und die Pressefreiheit sind die angegriffenen Vorschriften nur zu rechtfertigen, wenn sie dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügen. Sie müssen danach einen legitimen Zweck verfolgen, zur Erreichung des Zwecks geeignet, erforderlich und verhältnismäßig im engeren Sinne sein

(vgl. *BVerfGE* 67, 157 [173] = NJW 1985, 121; *BVerfGE* 120, 378 [427] = NJW 2008, 1505; *BVerfGE* 141, 220 [265] = NJW 2016, 1781 Rn. 93; stRspr).“

BVerfG, Urteil vom 19.5.2020 – 1 BvR 2835/17, juris Rn. 141.

Diese Kautelen werden in der Entscheidung vielfach wiederholt und konkret für den Schutz des Grundrechtsbetroffenen ausgewertet. Es handelt sich um eine Entscheidung, die die rechtsstaatlichen Schlüsselbegriffe der Normenklarheit, Bestimmtheit und Verhältnismäßigkeit nicht nur als eine Art „Beschwörungsformel“ oder als „frommen Wunsch“ anführt, sondern das Verdikt der Verfassungswidrigkeit letztlich auf diese stützt. Die gesteigerten Anforderungen an Normenklarheit und Bestimmtheit, die hier wegen der fehlenden schrittweisen Konkretisierungsmöglichkeit durch „Wechselspiel von behördlicher Einzelanordnung und gerichtlicher Kontrolle“ zur Anwendung kommen, weisen weit über den Bereich heimlicher Eingriffsmaßnahmen hinaus insbesondere auch auf Fälle, in denen eine nachgelagerte gerichtliche Kontrolle einen effektiven Schutz von Grundrechten oder etwa der Statusrechte einer Partei nicht gewährleisten kann.

Für den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wird wegen der hohen Eingriffsintensität eine gesteigerte **gesetzgeberische Vorordnung der Verhältnismäßigkeitsprüfung** gefordert, um verfassungsmäßige Verhältnisse herzustellen. Dies steht in einem prinzipiellen Widerspruch zu der ansonsten gepflegten Attitüde des Gerichts, generell auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Möglichkeit einer verfassungskonformen Auslegung zu verweisen und die in Frage stehende Norm auf diese Weise vor dem Verdikt der Verfassungswidrigkeit zu bewahren.

Würden sich diese Ansätze vertiefen, so könnte man von einem „**neuen Realismus**“ des **Bundesverfassungsgerichts** sprechen. Dieser findet sich in der zu beurteilenden Neuregelung zugrunde liegenden Entscheidung auch an weiteren Stellen und entfaltet dort auch ganz konkrete Aussagegehalte für die Ausfüllung der grundsätzlich dem Gesetzgeber verbleibenden Gestaltungsspielräume im Bereich der Kontrollinstanzen.

Denn im Weiteren stellt das Gericht recht unverblümt fest, dass das PKGr aufgrund der tatsächlichen Gegebenheiten im deutschen Parlamentarismus nicht für die Behandlung wirklich geheimhaltungsbedürftiger Sachverhalte geeignet ist. Zu häufig werden aus par-

lamentarischen Kontrollgremien oder Kontrollkommissionen für die Überwachung der Geheimdienste Informationen an die Presse „durchgestochen“, was bleibende Schäden verursachen kann. Völlig zu Recht zieht sich das Gericht hier nicht einfach auf die eigentliche Rechtslage zurück, nach der alle Mitglieder dieser Gremien zu strengster Geheimhaltung verpflichtet sind. Nein, das Gericht legt die tatsächliche - rechtswidrige - Situation zugrunde, die dadurch gekennzeichnet ist, dass gegen den rechtswidrigen und strafbaren Geheimnisverrat aus „Sicherheitskreisen“ (häufiges Pressecodewort für: PKK) oder „Geheimdienstkreisen“ (Regierungsseite) nichts Wirksames unternommen wird. Dabei handelt es sich um einen Missstand, der nicht nur einer entsprechenden Hinnahme durch die Strafverfolgungsbehörden geschuldet ist, sondern auch dem vom Gesetzgeber geschaffenen Zeugnisverweigerungsrecht für Journalisten, dessen Berechtigung im Falle sog. „legaler“ Staatsgeheimnisse durchaus fragwürdig ist.

Aus gegebenem Anlass auch betont das Gericht in einer bemerkenswerten Weise die verfassungsunmittelbare Notwendigkeit, die zu schaffenden Kontrollinstanzen mit fachlich kompetentem Personal (statt mit Kostgängern der Regierungsparteien) zu besetzen und deren Unabhängigkeit gegenüber dem sonstigen Politikbetrieb zu gewährleisten. Dass solche Dinge, die vor dem Hintergrund des Art. 33 Abs. 2 GG eigentlich selbstverständlich sein sollten, in dieser Weise von dem Gericht klargestellt und betont werden müssen, ist ebenfalls ein Hinweis auf verbreitete Missstände, insbesondere die zu Unrecht viel zu lange geduldete parteipolitische Ämterpatronage.

Die dagegen gerichtete klare Absage des Bundesverfassungsgerichts mag auch durch die seinerzeit aktuellen Vorgänge um die Besetzung der ebenfalls wichtigen parlamentarischen Kontrollinstanz des/der Wehrbeauftragten des Deutschen Bundestages inspiriert gewesen sein. Vor diesem Hintergrund ist die Schaffung einer weiteren parlamentarischen Kontrollinstanz dieses Zuschnitts neben dem PKGr, wie es die FDP mit der Errichtung eines parlamentarischen Nachrichtendienstbeauftragten vorschlägt, gerade nicht veranlaßt. Gefordert hat das BVerfG gerade eine unabhängige kompetenzbasierte Kontrolle, keine Schaffung weiterer politischer Posten.

Außerdem kam eine erhebliche Inspiration für das BVerfG offensichtlich vom britischen Modell der Nachrichtendienstkontrolle. Es wäre hochinteressant, wenn die britische Auf-

fassung des parteiunabhängigen professionellen Civil Service auf dem Umweg über die Geheimdienstkontrolle Eingang in die deutsche politische Kultur erhalte.

Florian Meinel spricht hinsichtlich der vom BVerfG geforderten Kontrollinstanzen sehr plausibel vom „Nachbau der Gewaltenteilung im Kleinen“. Bezüglich der gesamten Entscheidung könnte man entsprechend sagen: Das Bundesverfassungsgericht entwirft einen rechtsstaatlichen Kosmos im Kleinen für den Bereich des Auslandsgeheimdienstes. Dieser erscheint fast als eine kleine heile Welt, in der die rechtsstaatlichen Garantien der Normenklarheit, Bestimmtheit und Verhältnismäßigkeit effektiv die Grundrechte des Bürgers tatsächlich schützen und in der dies zusätzlich staatsorganisatorisch abgesichert ist durch mit kompetenten, politikunabhängigen Persönlichkeiten in Kontrollorganen, die im Verhältnis einer substantiellen - nicht nur formal-organisatorischen - Gewaltenteilung zueinander stehen.

Der Bürger würde sich dies - vielleicht im Gegensatz zu vielen wohletablierten Akteuren unseres Politikbetriebes - nicht nur für den Bereich des Auslandsgeheimdienstes wünschen, sondern für das Staatswesen insgesamt.

III. Ausgestaltung der Kontrollgremien und- verfahren

Da insbesondere die Ausgestaltung der Kontrollarchitektur noch im Streit steht, seien hier die einschlägigen, durchaus detaillierten Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts in Übersichtsform unter Hervorhebung der wichtigsten Aussagen zur zu errichtenden Struktur vorangestellt - dies dient zugleich als Beleg zu den gerade unter II. besprochenen Aussagen. Die verfassungsunmittelbare Notwendigkeit der hier skizzierten Kontrollstruktur wird vom Bundesverfassungsgericht unmittelbar aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz abgeleitet. Dies wird von Gärditz als „reichlich freihändig“ kritisiert. Die nachfolgenden Ausschnitte der wichtigsten Aussagen zeigen jedoch, dass die „Aufhängung“ am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in Wahrheit nur dem Anlassfall in Form der Verfassungsbeschwerde geschuldet ist, wobei die konkrete Ausgestaltung auch durch sonstige rechtsstaatliche Grundsätze wie die Gewaltenteilung und staatsorganisatorische Prinzipien wie Art. 33 Abs. 2 GG vorgezeichnet ist:

„265V. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz stellt für Überwachungsmaßnahmen auch Anforderungen an Transparenz, individuellen Rechtsschutz und Kontrolle (vgl. BVerfGE 141, 220 [282 ff.] = NJW 2016, 1781 Rn. 134 ff. mwN; stRspr).

2723. Die strategische Telekommunikationsüberwachung ist **danach mit den Anforderungen der Verhältnismäßigkeit nur vereinbar, wenn sie durch eine ausgebaute unabhängige objektiv-rechtliche Kontrolle flankiert ist.** ... Die Kontrolle ist als **kontinuierliche Rechtskontrolle auszugestalten, die einen umfassenden Kontrollzugriff ermöglicht. Sie ist auf die Wahrung der Grundrechte der Betroffenen auszurichten und gilt der Sicherung und praktischen Effektivierung der rechtlichen Grenzen der staatlichen Überwachungstätigkeit.**

273a) Die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Ausgestaltung der objektiv-rechtlichen Kontrolle sind in Bezug auf die strategische Überwachung besonders hoch und detailliert. Denn mit der Kontrolle ist ein **Ausgleich dafür zu schaffen, dass übliche rechtsstaatliche Sicherungen in weitem Umfang ausfallen. Sie hat insoweit zwei Funktionen zu erfüllen: Zum einen muss sie das Rechtsschutzdefizit ausgleichen, das durch die faktische Schwäche der individuellen Rechtsschutzmöglichkeiten besteht. Da die Auslandsfernmeldeaufklärung wegen ihrer Geheimhaltungsbedürftigkeit nur sehr begrenzte Auskunftspflicht und Benachrichtigungspflichten gebietet und deshalb individueller Rechtsschutz kaum wirksam zu erlangen ist, muss dies mit der objektiv-rechtlichen Kontrolle durch eine unabhängige Stelle kompensiert werden. Zum anderen hat sie als Ausgleich für die im Wesentlichen nur finale Anleitung der Überwachungsbefugnisse die gebotene verfahrensmäßige Strukturierung der Handhabung dieser Befugnisse abzusichern. Sie bildet damit ein Gegengewicht zu den weiten Handlungsmöglichkeiten des BND und gewährleistet, dass diese verfahrensmäßig rationalisierend auf die gesetzlichen Ziele hin ausgerichtet werden.**

274b) Sicherzustellen sind dabei zwei verschiedene Arten von Kontrolle, die sich auch organisationsrechtlich abbilden müssen.

275aa) Zum einen ist eine **Kontrolle durch eine gerichtsähnlich ausgestaltete Stelle sicherzustellen. Hierfür sind Spruchkörper vorzusehen, die mit Personen in gleichsam richterlicher Unabhängigkeit besetzt sind und in formalisierten Verfahren schriftlich und abschließend mit Wirkung für Bundesregierung und Nachrichtendienst entscheiden. Diese Kontrolle hat die Schutzaufgabe zu erfüllen, die sonst dem Richtervorbehalt sowie auch nachträglichen Rechtsschutzmöglichkeiten, insbesondere Feststellungsklagen, zukommt. Entsprechend muss mit ihr eine auf den Einzelfall**

bezogene Prüfung ermöglicht werden, die materiell und verfahrensmäßig einer gerichtlichen Kontrolle gleichwertig, insbesondere mindestens ebenso wirkungsvoll ist (vgl. BVerfGE 30, 1 [23] = NJW 1971, 275, dort zu Art. 10 II 2 GG).

276bb) Zum anderen ist eine **unabhängige Rechtskontrolle administrativen Charakters einzurichten. Insoweit muss eine Kontrollinstanz geschaffen werden, der es möglich ist, eigeninitiativ stichprobenmäßig den gesamten Prozess der strategischen Überwachung auf seine Rechtmäßigkeit zu prüfen – sowohl Einzelentscheidungen und Verfahrensabläufe als auch die Gestaltung der Datenverarbeitung und der Filterprozesse sowie der hierfür verwendeten technischen Hilfsmittel. Dieser Kontrollinstanz muss keine abschließende Entscheidungsbefugnis zukommen, vielmehr reicht insoweit ein Beanstandungsrecht. Zur Klärung grundlegender Rechtsfragen muss sie jedoch die Möglichkeit haben, das gerichtsähnliche Entscheidungsgremium anzurufen (zur Notwendigkeit, sich unter bestimmten Voraussetzungen auch an Parlament und Öffentlichkeit wenden zu können, unten Rn. 298).**

280cc) Bezogen auf die gerichtsähnliche Kontrolle wird der Gesetzgeber auch zu prüfen haben, ob Personen, die plausibel machen können, von Überwachungsmaßnahmen möglicherweise betroffen gewesen zu sein, das Recht eingeräumt werden kann, diesbezüglich mit eigenen Verfahrensrechten eine objektiv-rechtliche Kontrolle anzustoßen. ...

281d) Zu gewährleisten ist eine kontinuierliche Kontrolle in institutioneller Eigenständigkeit. Hierzu gehören ein den Kontrollinstanzen zugewiesenes eigenes Budget und – abgesehen von der Ernennung der Mitglieder der gerichtsähnlichen Spruchkörper und der Leitungsebene – eine eigene Personalhoheit. **Die Kontrollinstanzen müssen in ihrer Arbeit von Einflussnahmen wirksam abgeschirmt und insoweit mit vollständiger Unabhängigkeit ausgestattet sein.**

283e) Insgesamt muss die Ausstattung der Kontrollinstanzen **auf eine wirksame und unabhängige Erfüllung ihrer Aufgaben hin ausgerichtet sein.**

284aa) Die Kontrollinstanzen müssen **personell kompetent und professionell ausgestattet sowie ausgewogen zusammengesetzt sein.** Der Gesetzgeber hat auch diesbezüglich einen weiten Gestaltungsspielraum. Er ist aber verpflichtet, seine Gestaltung auf die Gewährleistung einer effektiven und rechtlich wie tatsächlich unabhängigen Kontrolle auszurichten.

285(1) Geboten sind insoweit Regelungen, die eine Bestellung von **Personen verlangen, die fachlich besonders ausgewiesen und geeignet sind, die Vorgänge in der Behör-**

de zu durchdringen und im gegenseitigen Zusammenwirken eine unabhängige wie professionell fachkundige Kontrolle sicherzustellen. Hierbei dürfte jedenfalls für die administrative Kontrolle nicht nur die Berücksichtigung von Personen mit rechtlichen, sondern auch weiteren, insbesondere informationstechnischen Kenntnissen erforderlich sein.

286(2) Für die gerichtsähnliche Kontrolle ist eine Unabhängigkeit der zur Entscheidung berufenen Mitglieder sicherzustellen, die einer richterlichen Unabhängigkeit gleichkommt. Insbesondere müssen sie weisungsfrei und auf hinreichend lange und bestimmte Zeit fest berufen sein. Für die Zusammensetzung der Spruchkörper ist zu gewährleisten, dass der richterlichen Perspektive ein maßgebliches Gewicht zukommt, die für eine maßgebliche Zahl der Mitglieder durch langjährige richterliche Erfahrung belegt sein muss. 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 Mitglieder des gerichtsähnlichen Entscheidungsgremiums – unter Umständen abhängig von der Art der Entscheidung – ergänzend auch Nichtjuristen vorsieht oder ob er dem Gremium anderweitige Möglichkeiten an die Hand gibt, technischen Sachverstand heranzuziehen.

288bb) Für beide Arten der Kontrolle sind hinreichendes Personal und hinreichende Mittel bereitzustellen. Für die gerichtsähnliche Kontrolle bedarf es einer genügenden Anzahl von Stellen und Spruchkörpern, die es ermöglicht, den ihnen zu übertragenden Kontrollaufgaben mit Sorgfalt nachzukommen; die Stellen sind finanziell so auszustatten, dass hierfür hervorgehoben qualifizierte Personen zu gewinnen sind. Ebenso bedarf es für die administrative Rechtskontrolle einer hinreichenden Zahl an Stellen für qualifizierte Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter. Die Sachmittel müssen einen Umfang haben, der es etwa auch erlaubt, die Filterprozesse zur Aussonderung der Kommunikation von Deutschen und Inländern sowie zum Schutz von Vertraulichkeitsbeziehungen wirksam zu kontrollieren und dafür gegebenenfalls auch eigene Dateien und Kontrollprogramme zu entwickeln. Der Umfang der insoweit zu schaffenden Stellen und Mittel dürfte dabei jedenfalls kaum unterhalb dessen liegen, was derzeit dem Ständigen Bevollmächtigten des Parlamentarischen Kontrollgremiums zugewiesen ist.

291bb) Zu den verfassungsrechtlichen Anforderungen in Blick auf die Kontrolle gehört eine Protokollierung der Datenverarbeitung (vgl. BVerfGE 133, 277 [370] = NJW

2013, 1499 Rn. 215; BVerfGE 141, 220 [284 f.] = NJW 2016, 1781 Rn. 141; stRspr). **Danach müssen die verschiedenen Schritte der Überwachung in einer Weise protokolliert werden, die eine wirksame Kontrolle ermöglicht.** Erforderlichenfalls sind die diesbezüglichen Grundsätze im Benehmen zwischen BND und den Kontrollinstanzen näher zu konkretisieren.

298(2) Der Informationsfluss in den parlamentarischen Raum und damit auch zum Parlamentarischen Kontrollgremium kann indes aus Geheimhaltungsgründen grundsätzlich begrenzt werden. Der Gesetzgeber darf insoweit berücksichtigen, dass die parlamentarische Kontrolle einen anderen Charakter aufweist (unten Rn. 300) als eine Kontrolle, die allein auf die Beachtung des objektiven Rechts ausgerichtet ist, und dass Geheimhaltung im parlamentarisch-politischen Umfeld faktischen Grenzen unterliegt.

300g) Die daneben bestehende Kontrolle durch das Parlamentarische Kontrollgremium und dessen Ständigen Bevollmächtigten ..., ist nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. Sie hat eine eigene, nicht speziell auf die Rechts- und Grundrechtskontrolle begrenzte Funktion und ist Ausdruck der allgemeinen parlamentarischen Verantwortung für die sachgerechte und politisch angemessene Aufgabewahrnehmung der Exekutive (vgl. Waldhoff in Dietrich/Gärditz/Graulich/Gusy/Warg, 73 [75]). Anforderungen zu ihrer Ausgestaltung lassen sich aus den in vorliegendem Verfahren geltend gemachten Grundrechten nicht ableiten; umgekehrt bleiben diesbezüglich aus der Verfassung herzuleitende Befugnisse des Parlaments gegenüber der Exekutive von den vorstehenden Maßgaben unberührt (vgl. hierzu BVerfGE 143, 101 = NVwZ 2017, 137).“

BVerfG, Urteil vom 19.5.2020 – 1 BvR 2835/17, Hervorhebungen hinzugefügt.

Die neuen Kontrollinstanzen kommen zu bestehenden Gremien hinzu, die bereits mit der Geheimdienstkontrolle befasst sind, neben dem PKGr namentlich BfDI, Vertrauensgremium (§ 10a BHO), G 10-Kommission und Art. 13 GG-Gremium. Das erinnert etwas an die fünf mit verschiedenen Kompetenzschnipseln ausgestatteten Polizeibehörden von New Orleans, die dem Vernehmen nach den Halunken der Stadt das beruhigende Gefühl gä-

ben, „*that no one is really in control*“. Eine Reform durch Zusammenführung von Institutionen - freilich unter Wahrung der Stellung des PKGr - wird daher ja auch von einigen Sachverständigen angeregt.

Nicht so offenkundig vorteilhaft ist es jedoch, die beiden vom Bundesverfassungsgericht geforderten administrativen und quasi-richterlichen Gremien unter dem Dach eines bikameralen „Unabhängigen Kontrollrats (UKR)“ zusammen zu fassen. Die gewaltenteilende Komponente, die in den Vorgaben des BVerfG durchaus betont wird, könnte dadurch verdeckt werden.

Die Tatsache alleine, dass „die administrativ-technische Kompetenz auch der Rechtskontrolle unmittelbar zur Verfügung steht und ein permanenter Austausch möglich ist“ (Gärditz), kann meiner Ansicht nach diese Integration nicht rechtfertigen.

Ich stimme Gärditz vollumfänglich zu in seiner Kritik des Fehlens eines gesetzlichen Verfahrensrechts. Durch Geschäftsordnungsrecht kann derartig (Grundrechts-) Wesentliches in der Tat nicht geregelt werden. Es müssten für die verschiedenen Funktionen des UKR ausdrückliche gesetzliche Verweisungen auf bestimmte Abschnitte der Prozessordnungen vorgenommen werden. Ansonsten ist die Tätigkeit des PKR von Anfang an mit großen Unsicherheiten behaftet, was auch der Effektivität der Kontrolle erheblich schaden wird.

Der Regierungsentwurf gibt dem Präsidenten des BGH bzw. dem Generalbundesanwalt nach § 43 Abs. 3 BNDG-E das Vorschlagsrecht für richterliche Mitglieder des PKR, die dann durch Wahl des Parlamentarischen Kontrollgremiums bestellt werden können.

Demgegenüber will der Antrag der Fraktion der Grünen die Benennung potenzieller Kandidaten den Fraktionen zu überlassen. Das Modell der Grünen ist abzulehnen. Es stellte eine Öffnung hin zum Vorschlag politischer Kandidaten für den PKR dar, was gerade vermieden werden muss. Das BVerfG hat strikt die fachliche und richterliche Kompetenz in den Vordergrund gestellt. Die Wahl politischer Kandidaten muss auch deswegen unterbunden werden, weil sie nach der ausdrücklichen Feststellung des BVerfG zum PKGr tendenziell die Gefahr des Geheimnisverrats im Dienste politischer Instrumentalisierung bergen.

Demgegenüber ist das Modell des Regierungsentwurfs zwar vorzugswürdig, da im Vorschlagsrecht eines Gerichtspräsidenten die Ausübung einer Personalauswahlentscheidung liegt, die an das Leistungsprinzip des Art. 33 Abs. 2 GG, § 9 BBG gebunden ist, so dass statt politischer Erwägungen die Kriterien der fachlichen Bestenauslese zum Tragen kommen.

Allerdings ist es nicht sachlich gerechtfertigt, nur dem Präsidenten des BGH und dem Generalbundesanwalt dieses Vorschlagsrecht einzuräumen. Mindestens ebenso nahe läge der Präsident des Bundesverwaltungsgerichts.

Entsprechendes gilt für die nicht nachvollziehbare Eingrenzung auf Richter des BGH und Bundesanwälte. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit mit ihren Fachsenaten nach § 189 VwGO auszuschließen, wäre, wie auch Gärditz zu Recht ausführt, willkürlich, gleichheitswidrig und eine Verletzung des Leistungsgrundsatzes nach Art. 33 Abs. 2 GG in seiner grundrechtlichen und seiner staatsorganisatorischen Komponente. Meine Kritik gilt aber nicht nur dem Ausschluss von Richtern des BVerwG, sondern auch von Richtern gerade der Oberverwaltungsgerichte. Es ist nicht ersichtlich, wieso nur Bundesrichter für die Aufgabe geeignet sein sollten.

Die eigentliche Bestellung durch Wahl durch das PKGr birgt nach einem an Art. 33 Abs. 2 GG gebundenen Vorschlagsrecht zwar eine etwas geringere Gefahr der Politisierung als das ansonsten meist der Fall ist; grundsätzlich erkenne ich in der Entscheidung des BVerfG zur Ausland-Ausland-Aufklärung aber die Tendenz zu einer nicht nur formal-organisatorischen Gewaltenteilung, sondern zu einer echten, materiellen Unabhängigkeit vom sonstigen Politikbetrieb. Das aber kann die Wahl durch ein - der Idee nach spiegelbildliches - Parlamentsgremium grundsätzlich nicht leisten. Insofern soll hier der Gedanke an einen durch Volkswahl unmittelbar demokratisch legitimierten Justizwahlausschuss oder eine Legitimierung der Justizspitze durch unmittelbare Volkswahl wieder aufgegriffen werden.

Erschwerend kommt hinzu, dass die demokratische Legitimation über das PKGr oft dadurch stark geschwächt sein kann, dass man einzelnen Fraktionen den Zugang zu diesem Gremium wegen angeblicher Zweifel an der Zuverlässigkeit der von diesen Fraktion benannten Kandidaten verwehrt.

21. Februar 2021

Prof. Dr. Michael Elicker