



## Wortprotokoll der 120. Sitzung

### Ausschuss für Inneres und Heimat

Berlin, den 22. Februar 2021, 10:00 Uhr  
10117 Berlin, Adele-Schreiber-Krieger-Straße 1  
Marie-Elisabeth-Lüders-Haus  
3.101 (Anhörungsraum)

Vorsitz: Andrea Lindholz, MdB

## Tagesordnung - Öffentliche Anhörung

### Tagesordnungspunkt

Seite 6

#### a) Gesetzentwurf der Bundesregierung

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

**BT-Drucksache 19/26103**

#### **Federführend:**

Ausschuss für Inneres und Heimat

#### **Mitberatend:**

Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz  
Verteidigungsausschuss  
Ausschuss Digitale Agenda  
Haushaltsausschuss (mb und § 96 GO)

#### **Gutachtlich:**

Parlamentarischer Beirat für nachhaltige Entwicklung

#### **Berichterstatter/in:**

Abg. Roderich Kiesewetter [CDU/CSU]  
Abg. Uli Grötsch [SPD]  
Abg. Dr. Christian Wirth [AfD]  
Abg. Benjamin Strasser [FDP]  
Abg. Dr. André Hahn [DIE LINKE.]  
Abg. Dr. Konstantin von Notz [BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN]



- b) Gesetzentwurf der Abgeordneten Benjamin Strasser, Stephan Thomae, Grigorios Aggelidis, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der FDP

**Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der parlamentarischen Kontrolle der Nachrichtendienste**

**BT-Drucksache 19/19502**

**Federführend:**

Ausschuss für Inneres und Heimat

**Berichterstatter/in:**

Abg. Roderich Kiesewetter [CDU/CSU]  
Abg. Uli Grötsch [SPD]  
Abg. Dr. Christian Wirth [AfD]  
Abg. Benjamin Strasser [FDP]  
Abg. Dr. André Hahn [DIE LINKE,]  
Abg. Dr. Konstantin von Notz [BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN]

- c) Antrag der Abgeordneten Stephan Thomae, Benjamin Strasser, Grigorios Aggelidis, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der FDP

**Reform der Nachrichtendienste - Lehren aus dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum BND-Gesetz**

**BT-Drucksache 19/19509**

**Federführend:**

Ausschuss für Inneres und Heimat

**Mitberatend:**

Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz

**Berichterstatter/in:**

Abg. Roderich Kiesewetter [CDU/CSU]  
Abg. Uli Grötsch [SPD]  
Abg. Dr. Christian Wirth [AfD]  
Abg. Stephan Thomae [FDP]  
Abg. Dr. André Hahn [DIE LINKE,]  
Abg. Dr. Konstantin von Notz [BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN]

- d) Antrag der Abgeordneten Dr. Konstantin von Notz, Dr. Irene Mihalic, Katja Keul, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN

**Legitimität und Leistungsfähigkeit der Nachrichtendienste stärken – Kontrolle auf allen Ebenen verbessern und ausbauen**

**BT-Drucksache 19/26221**

**Federführend:**

Ausschuss für Inneres und Heimat

**Mitberatend:**

Verteidigungsausschuss

**Berichterstatter/in:**

Abg. Roderich Kiesewetter [CDU/CSU]  
Abg. Uli Grötsch [SPD]  
Abg. Dr. Christian Wirth [AfD]  
Abg. Benjamin Strasser [FDP]  
Abg. Dr. André Hahn [DIE LINKE,]  
Abg. Dr. Konstantin von Notz [BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN]



## Inhaltsverzeichnis

	<u>Seite</u>
I. Teilnehmerliste	4
II. Sachverständigenliste	5
III. Wortprotokoll der Öffentlichen Anhörung	6
IV. Anlagen	
<b>Anlage A</b>	
<u>Stellungnahmen der Sachverständigen</u>	
Prof. Dr. Klaus F. Gärditz, Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn	19(4)731 A 33
Prof. Dr. Florian Meinel, Georg-August-Universität Göttingen	19(4)731 B 49
Prof. Dr. Markus Löffelmann, Hochschule des Bundes für öffentliche Verwaltung, Berlin	19(4)731 C 57
Prof. Dr. Nora Markard, Westfälische Wilhelms-Universität Münster	19(4)731 D 87
Klaus Landefeld, Eco Verband der Internetwirtschaft e. V., Berlin	19(4)731 E 99
Dr. Thorsten Wetzling, Stiftung Neue Verantwortung e.V., Berlin	19(4)731 F 105
Prof. Dr. Jan-Hendrik Dietrich, Hochschule des Bundes für öffentliche Verwaltung, Berlin	19(4)731 G 122
Prof. Dr. jur. Michael Elicker, Universität des Saarlandes, Saarbrücken	19(4)731 H 149
Dr. Nikolaos Gazeas LL.M., GAZEAS NEPOMUCK Rechtsanwälte mbB, Köln	19(4)731 I 165
<b>Anlage B</b>	
<u>Unaufgeforderte Stellungnahmen</u>	
Der Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit, Bonn	19(4)682 205
Parlament. Beirat für nachhaltige Entwicklung, Deutscher Bundestag	19(4)711 216
Amnesty International, Berlin	19(4)735 217

**Mitglieder des Ausschusses**

	<b>Ordentliche Mitglieder</b>	<b>Stellvertretende Mitglieder</b>
CDU/CSU	Amthor, Philipp Lindholz, Andrea Seif, Detlef Throm, Alexander	Kiesewetter, Roderich
SPD	Grötsch, Uli Hitschler, Thomas	
AfD	Wirth, Dr. Christian	
FDP	Strasser, Benjamin	Thomae, Stephan
DIE LINKE.	Hahn, Dr. André Jelpke, Ulla	
BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN	Notz, Dr. Konstantin von	
fraktionslos		



---

## Liste der Sachverständigen

Öffentliche Anhörung am Montag, 22. Februar 2021, 10.00 Uhr  
„BND-Gesetz“

---

**Prof. Dr. Jan-Hendrik Dietrich**

Hochschule des Bundes für öffentliche Verwaltung, Berlin

**Prof. Dr. jur. Michael Elicker**

Universität des Saarlandes, Saarbrücken

**Prof. Dr. Klaus F. Gärditz**

Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn

**Dr. Nikolaos Gazeas LL.M.**

GAZEAS NEPOMUCK Rechtsanwälte mbB, Köln

**Klaus Landefeld**

Eco Verband der Internetwirtschaft e. V., Berlin

**Prof. Dr. Markus Löffelmann**

Hochschule des Bundes für öffentliche Verwaltung, Berlin

**Prof. Dr. Nora Markard**

Westfälische Wilhelms-Universität Münster

**Prof. Dr. Florian Meinel**

Georg-August-Universität Göttingen

**Dr. Thorsten Wetzling**

Stiftung Neue Verantwortung e.V., Berlin



### Tagesordnungspunkt

a) Gesetzentwurf der Bundesregierung

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

##### **BT-Drucksache 19/26103**

b) Gesetzentwurf der Abgeordneten Benjamin Strasser, Stephan Thomae, Grigorios Aggelidis, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der FDP

#### **Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der parlamentarischen Kontrolle der Nachrichtendienste**

##### **BT-Drucksache 19/19502**

c) Antrag der Abgeordneten Stephan Thomae, Benjamin Strasser, Grigorios Aggelidis, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der FDP

#### **Reform der Nachrichtendienste - Lehren aus dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum BND-Gesetz**

##### **BT-Drucksache 19/19509**

d) Antrag der Abgeordneten Dr. Konstantin von Notz, Dr. Irene Mihalic, Katja Keul, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN

#### **Legitimität und Leistungsfähigkeit der Nachrichtendienste stärken – Kontrolle auf allen Ebenen verbessern und ausbauen**

##### **BT-Drucksache 19/26221**

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Ich darf Sie alle ganz herzlich heute Morgen begrüßen. Wir haben heute unsere 120. Sitzung des Ausschusses für Inneres und Heimat. Es ist die öffentliche Anhörung zum BND-Gesetz. Einmal zum Gesetzentwurf der Bundesregierung auf der Bundestagsdrucksache 19/26103, der Gesetzentwurf der FDP auf der Bundestagsdrucksache 19/19502 und 19/19509 sowie den Antrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN auf der Bundestagsdrucksache 19/26221. Ich bedanke mich zunächst einmal bei allen Damen und Herren Sachverständigen für Ihre Teilnahme und auch für die uns vorab übermittelten Stellungnahmen. Ich darf Sie alle heute Morgen

ganz herzlich begrüßen, inklusive auch Herrn Staatssekretär Geismann. Für die Anhörung sind zwei Stunden vorgesehen. Die Sitzung wird live im Parlamentsfernsehen des Deutschen Bundestages auf Kanal 1 und auf der Homepage übertragen und später auch über die Mediathek der Öffentlichkeit zum Abruf bereitgestellt. Von der Anhörung heute wird ein Wortprotokoll erstellt. Dieses erhalten Sie anschließend zusammen mit den Stellungnahmen und der Gesamtdrucksache und Sie erhalten auch die Möglichkeit, noch Korrekturen zu übermitteln – Details werden Ihnen bei der Übermittlung mitgeteilt. Vom Prozedere machen wir das so, dass wir zunächst jedem Sachverständigen die Möglichkeit geben – und da bitte ich jetzt wirklich auch um Einhaltung der fünf Minuten – für ein Eingangsstatement, weil wir sind sehr viele Personen und sehr viele Sachverständige vor allen Dingen und wir würden doch gern, wenn es möglich ist, zwei Fragerunden machen. Also fünf Minuten, bitte. Die Uhr hier ist nicht angezeigt, das heißt ich werde die kleine Uhr nehmen und dann einmal einen Hinweis nach vier Minuten machen. Insbesondere auch Herrn Professor Elicker darf ich bitten, sozusagen selbstständig mitzugucken, weil bei Telefonzuschaltungen ist das immer noch ein bisschen schwieriger, das zu kontrollieren.

**SV Prof. Dr. Michael Elicker** (Universität des Saarlandes, Saarbrücken): Alles klar.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Nach den Eingangsstatements werde ich dann die Fraktionsrunden drannehmen. Es werden zunächst alle Fraktionen ihre Fragen stellen. Für die Frageregel gilt bei uns in der ersten Runde folgendes: Jeder Fragesteller hat entweder zwei Fragen, die er an einen Sachverständigen richten kann, eine gleiche Frage, die er an zwei Sachverständige richten kann oder an zwei Sachverständige jeweils eine unterschiedliche Frage. Ob wir das für eine zweite Runde noch so hinbekommen, hängt dann von der Uhrzeit ab. Die Mikrofone bitte ich auszuschalten für diejenigen, die zugeschaltet sind und dann könnten wir in alphabetischer Reihenfolge mit dem Eingangsstatement beginnen und wir beginnen hier mit Herrn Professor Dietrich, der im Raum sitzt. Bitte schön.

**SV Prof. Dr. Jan-Hendrik Dietrich** (HS Bund, Berlin): Sehr geehrte Frau Vorsitzende, sehr geehrte Abgeordnete, meine Damen und Herren, ich bedanke mich zunächst einmal für die Möglichkeit,



heute hier sprechen zu dürfen. Den Ihnen vorliegenden Gesetzentwurf habe ich in einer ausführlichen Stellungnahme gewürdigt, die Ihnen hoffentlich vorliegt. Zusammenfassend gefasst kann man sagen, dass dieser Gesetzentwurf eine Art „Erste-Hilfe-Kit“ darstellt, um die Arbeit des Bundesnachrichtendienstes möglichst schnell auf eine tragfähige Rechtsgrundlage zu stellen. Aufgrund der hohen Bedeutung der nachrichtendienstlichen Auslandsaufklärung für die Bundesrepublik Deutschland ist der Entwurf wohl in sehr kurzer Zeit entstanden, noch dazu unter erschwerten Bedingungen einer Pandemie. Wer die nach meiner Auffassung unbestreitbar notwendige Grundsatzreform des Rechtes der Nachrichtendienste erwartet hat, übersieht, dass eine solche vor den Bundestagswahlen im kommenden September unter keinen Umständen mit der gebotenen Sorgfalt hätte vorbereitet und von intensiven, politischen, fachlichen Diskussionen hätte begleitet werden können. Das, was wir nun vorfinden, wird – jedenfalls im Wesentlichen – den Vorgaben der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 19.05.2020 gerecht. Der Entwurf schafft für die strategische Auslands-Fernmeldeaufklärung des Bundesnachrichtendienstes eine Rechtsgrundlage, die unter den Gesichtspunkten der Rechtsstaatlichkeit im internationalen Vergleich durchaus eine Vorbildfunktion wahrnehmen kann. Überwachungsmaßnahmen werden über verfahrensrechtliche Sicherungen des Grundrechtsschutzes eingehegt, sie werden strukturiert und sie werden kontrollierbar gemacht. Ausländische Journalistinnen und Journalisten sowie Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte, deren Kommunikationsbeziehung mit Quellen und Mandanten besondere Vertraulichkeit verlangen, müssen eine Überwachung durch den Bundesnachrichtendienst 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 kann jedoch nicht den Blick darauf verstellen, dass im Einzelnen noch kurzfristiger Anpassungs- und Präzisionsbedarf besteht. Lassen Sie mich einige Punkte herausgreifen:

Zu überarbeiten ist unter anderem der Schutz von Vertraulichkeitsbeziehungen im Sinne von § 21 des Entwurfs. Der Kreis der Schutzbedürftigen und die Kontrollmechanismen sind zu modifizieren. Auch

die Übermittlungsvorschriften nach den §§ 29 und 30 sind noch einmal auf den Prüfstand zu stellen – jedenfalls besteht weiterer Erläuterungsbedarf in der Gesetzesbegründung. Größere Änderungen bedürfen darüber hinaus die Regelungen über die unabhängige Kontrolle in den §§ 40 fortfolgende. Nicht überzeugend geregelt ist nach meiner Auffassung die Besetzung, die Auswahl und das Verfahren des gerichtsähnlichen Kontrollgremiums. Es erschließt sich zum Beispiel nicht, warum der Kreis möglicher Mitglieder derart eng gezogen wird. Es werden einem jedenfalls keine guten Gründe einfallen, warum nicht wenigstens Angehörigen der Verwaltungsgerichtsbarkeit der Zugang zu diesem Gremium eröffnet werden sollte. Denn zu den typischen Aufgaben der Verwaltungsgerichte gehört ja nun einmal die Kontrolle von Verwaltungshandeln. Dabei, wie auch im Übrigen, bleibt unklar, wie sich der Kontrollrat externer Fachexpertise bedienen kann. Das 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 des Deutschen Bundestages selbst über den allgemeinen Austausch im Sinne von § 58 hinaus besser justiert werden.

Gelingt es, diesen kurzfristigen Änderungsbedarf umzusetzen, können in der nächsten Legislaturperiode grundsätzlichere Reformen angegangen werden. In diesem Zusammenhang hat die schon von mir erwähnte Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts eindrücklich vor Augen geführt, dass dem Recht der Nachrichtendienste bislang noch eine Ordnungsidee fehlt. Näheres kann meiner schriftlichen Stellungnahme ausführlich entnommen werden. Vielen Dank.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Vielen herzlichen Dank. Dann würden wir jetzt Herrn Professor Elicker an die Reihe nehmen, der uns per Telefon zugeschaltet ist.

SV **Prof. Dr. Michael Elicker** (Universität des Saarlandes, Saarbrücken): Ich danke Ihnen, Frau Vorsitzende. Ich bin diesmal nur per Telefon zugeschaltet, weil ich hier nur einen Apple zur Verfügung habe. Ich habe zwar gehört, ein Kollege hat sich mit Apple erfolgreich eingewählt, aber ich wollte es nicht riskieren diesmal. Ich habe schon gemerkt, wir werden wahrscheinlich in dieser



Anhörung als Staatsrechtler relativ kongruente Meinungen vertreten zu diesem Gesetzentwurf. Deswegen kann ich einiges sein lassen, jetzt in meinem Eingangsstatement, was ich anderenfalls vielleicht gesagt hätte – schon wegen des Kollegen vor mir. Ich würde zunächst einmal darauf zurückkommen wollen, was dieses Urteil, an dessen Umsetzung jetzt gearbeitet wird, für einen Hintergrund hat. Es ist ja ein vielfach kritisiertes Urteil. Und man sollte sich ja auch jetzt hier irgendwo sicher sein, dass es trotzdem ein gutes und akzeptables Urteil des Bundesverfassungsgerichts ist, das wir dann hier – oder Sie – jetzt als die Legislative ins Gesetz umsetzen werden. Und ich muss sagen, ich musste mich auch zuerst einmal mit diesem Urteil anfreunden. Das war ja durchaus etwas überraschend, wie detailliert hier die Schlussfolgerungen aus einem Grundrecht gezogen werden. Ich habe vor Kurzem eine Stellungnahme beim Bundesverfassungsgericht abgegeben wegen der Rundfunkstreitigkeiten, die dort jetzt anhängig sind; eigentlich kennen wir das fast nur aus der Rundfunkordnung, dass aus einem Grundrecht – und da ist es sogar noch dieses dienende Grundrecht, das eine Staatstätigkeit letztendlich schützt – eine solche detaillierte Ausgestaltung auch vom organisatorischen Dingen abgeleitet wird. Aber auf der anderen Seite sage ich dann auch wiederum: Warum eigentlich nicht? Warum soll hier nicht bei einem dem Bürger zustehenden Grundrecht dasselbe möglich sein, wie bei der Rundfunkordnung? Also die Übergriffigkeit, die ja auch von den Kollegen hier oft zitiert wird, würde ich etwas relativieren. Natürlich: Es ist nicht gerade „judicial self-restraint“, was hier angewandt worden ist. Aber es ist nun einmal auch so, dass wir ja seit Jahren und Jahrzehnten hier keine geschlossene gesetzgeberische Systematik haben, die haltbar gewesen wäre für die entsprechende Problematik, die jetzt gelöst werden soll.

Und es ist jetzt insbesondere so, dass ja gerade vor der gesetzlichen Neuregelung 2016 die, ich sage einmal, die vielen Hinweise darauf, dass man hier den Artikel 10 als ein geltendes Grundrecht auch für die Ausland-Ausland-Aufklärung beachten muss, vom Gesetzgeber vom Tisch gewischt worden ist. Und zunächst einmal vom Gesetzesinitiator – man hat sich eigentlich sehenden Auges geweigert, das anzuerkennen und auch nur das Zitiergebot insofern zu erfüllen. Das ist auch etwas,

was sich in der Kommentarliteratur niedergeschlagen hat – also es wird hier manchmal von einer absoluten Sturheit des Gesetzesinitiators und dann auch des Gesetzgebers leider in der Folge gesprochen. Man könnte auch sagen: Es war eine jedenfalls bedingt vorsätzliche Verfassungsverletzung und dass das Bundesverfassungsgericht dann vielleicht mit einer etwas größeren Schneidigkeit darauf reagiert, das kann man irgendwo verstehen. Auch der Zeitraum der Umsetzung ist meiner Ansicht nach nicht übertrieben, denn wenn man sich überlegt – also eine Reparaturfrist in diesem Sinne sollte natürlich kurz gesetzt sein und wir müssen ja mit einer ganz besonderen verfassungsrechtlichen Problematik leben, wenn bestimmte Vorschriften als verfassungswidrig erkannt sind einerseits aber natürlich daraus noch vollstreckt werden kann. Es geht um Kostenlasten bei Revisionsprozessen etwa, es geht im Extremfall sogar um Strafbarkeiten, die verhängt werden sollen aufgrund von verfassungswidrigen aber faktisch geltenden Gesetzen – von daher ist das natürlich eine Problematik, die man klein halten muss, auch durch eine Kurzbemessung dieser Übergangsfrist. Also im Interesse des Bürgers würde ich das durchaus begrüßen. Wir haben es jetzt, was die inhaltliche Seite angeht -

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Herr Professor Elicker, wir wären jetzt bei fünf Minuten.

SV **Prof. Dr. Michael Elicker** (Universität des Saarlandes, Saarbrücken): Ach, sind wir schon? Sorry.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Ja, das ist das, was ich eingangs meinte. Jeder müsste die Uhr bitte im Blick haben. Wenn Sie sich dann jetzt zum Schluss hin bitte ganz kurz fassen.

SV **Prof. Dr. Michael Elicker** (Universität des Saarlandes, Saarbrücken): Ja, wir haben ja noch die Möglichkeit nachher in den Fragerunden. Also es geht jetzt, um das ganz kurz zu sagen, in erster Linie, meiner Ansicht nach, um diese Kontrollarchitektur. Die eher technischen Sachverhalte der Umsetzung sind ja eigentlich nicht mehr arg umstritten; es geht um Details. Insofern, der Kollege hatte es schon angesprochen und es wird wahrscheinlich weiter noch angesprochen werden, glaube ich, werden wir uns nachher in den Diskussionen, insbesondere auf die Kontrollarchitektur wahrscheinlich, kaprizieren. Okay, damit will ich





es zunächst einmal bewenden lassen.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Vielen herzlichen Dank. Als nächstes haben wir Herrn Professor Gärditz, der mir ebenfalls zugeschaltet ist.

SV **Prof. Dr. Klaus F. Gärditz** (Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn): Vielen Dank, Frau Vorsitzende. Ganz herzlichen Dank, dass Sie mich heute hier als Sachverständigen zugelassen haben. Kurz zusammenfassend zu dieser Reform: Es wurde bereits gesagt, der Gesetzentwurf ist im Kern eine Reaktion auf eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, mit der zentrale Teile der letzten BND-Reform für verfassungswidrig erklärt wurden. Diese Reform dient nicht dazu, das Nachrichtendienstrecht jetzt auf eine neue systematische Grundlage zu stellen, eine solche Grundsatzreform wäre notwendig, kann aber in der Tat, wie es Herr Dietrich gesagt hat, am Ende dieser Wahlperiode jetzt nicht mehr erreicht werden. Dafür ist nicht die Zeit da, dafür ist auch nicht die politische Handlungsfähigkeit mehr da. Deswegen beschränkt sich die Reform vernünftigerweise auf das, was notwendig ist und sich aus der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ergibt. Dem wird die Reform grundsätzlich auch gerecht.

Ich möchte zwei Punkte kurz vorab erwähnen. Zum einen die inhaltliche Ausgestaltung, zum anderen die Kontrollstrukturen. Inhaltlich war es notwendig, sowohl die Erhebung von Daten im Rahmen der Ausland-Fernmeldeaufklärung neu zu regeln, als auch die Datenübermittlung. Was die materiellen Anforderungen angeht, die vom Bundesverfassungsgericht sehr detailliert ausgefeilt worden sind, genügt diese Reform den entsprechenden Vorgaben grundsätzlich durchweg. Die Reform wurde hier ziemlich nah entlang der Doktrin des Bundesverfassungsgerichts geführt und bleibt damit ein Stück weit überraschungsfrei. Aber genau um das ging es ja hier: eine Umsetzung zunächst einmal dieses Urteils vom 20.05.2020. Differenziert wird die Verhältnismäßigkeit der Eingriffs- und Übermittlungsgrundlagen ausgestaltet. Es wird angemessener Schutz für Vertrauensverhältnisse gewährleistet, der natürlich auch nicht absolut ausgestaltet werden kann. Deswegen wird man sich dort möglicherweise über die Feinheiten, die ich hier nicht alle referieren kann, noch genauer unterhalten müssen. Ein Punkt, an dem die Reform

gescheitert war, war schlicht seinerzeit das Zitiergebot. Dem ist natürlich jetzt Rechnung getragen worden: Artikel 10 Grundgesetz wird zitiert. Lediglich als Hinweis, weil das in den Stellungnahmen auftaucht, natürlich muss die Pressefreiheit nicht zitiert werden. Da gibt es eine Rechtsprechung seit 1970, mit der das Bundesverfassungsgericht gesagt, dass auf allgemeine Gesetze, die die Pressefreiheit einschränken, das Zitiergebot keine Anwendung findet. Insoweit sind wir also im „grünen Bereich“. Ein Defizit sehe ich lediglich in dem unzureichenden Schutz von Inländern ohne deutsche Staatsangehörigkeit. Die wurden nämlich vom Bundesverfassungsgericht in der Entscheidung mit deutschen Staatsangehörigen, meine ich, auf eine gleiche Ebene des Schutzbedarfes gestellt. Der Reformentwurf differenziert hier aber hart zwischen deutschen Staatsangehörigen und sich in Deutschland aufhaltenden Personen und Dritten. Aber jemand, der seinen dauerhaften Wohnsitz in der Bundesrepublik hat, ist im Ausland genauso schutzbedürftig, gegenüber dem haben wir dieselbe Schutzverantwortung, der müsste also auch im Schutz hier gleichgestellt werden.

Was die Kontrollstrukturen angeht, hat das Bundesverfassungsgericht aus der Verhältnismäßigkeit herausgezaubert, was man nur zaubern kann und extrem detaillierte Vorgaben gemacht, die hier mit dem Entwurf vertretbar umgesetzt worden sind. Ich will lediglich auf zwei Defizite eingehen: Das eine hat bereits Herr Dietrich gesagt: Die Besetzung des Unabhängigen Kontrollrats in seiner justiziellen Komponente – das ist an der Grenze zur Satire, wenn jetzt hier nur Richterinnen und Richter des Bundesgerichtshofs hinein gewählt werden dürfen. Also wenn zum Beispiel die langjährige Expertin für Wohnraum, Mietrecht, Handelsvertreterrecht nun den BND kontrollieren darf, aber die Kollegin vom Bundesverwaltungsgericht, die im einschlägigen Fachsenat nach § 189 VwGO sitzt, oder BND-Kontrolle etwa im 7. Senat ohnehin schon macht, nicht in dieses Gremium darf, ist das schlicht eine willkürliche Einschränkung des personellen Rekrutierungspotentials. Das zweite Defizit besteht darin, dass der Unabhängige Kontrollrat kein Verfahrensrecht hat. Sprich, er hat keine Möglichkeiten, die Mitwirkungspflichten, die das Gesetz regelt, auch durchzusetzen. Das ist insbesondere dann kritisch, wenn er zum Beispiel auf externe Zeugen oder Sachverständige zugreifen möchte, die er nicht zu einer Zeugenaussage oder einer Abgabe



eines Gutachtens verpflichten kann, die im Übrigen auch gegenüber dem Unabhängigen Kontrollrat nicht die Wahrheit sagen müssen, weil es nämlich eine Regelung wie zum Beispiel für Parlamentarische Untersuchungsausschüsse hier nicht gibt, wonach eine uneidliche Falschaussage auch gegenüber dem UKR strafbar ist. Damit fällt die Kontrollintensität in dem Punkt dann deutlich hinter die eines echten Gerichts zurück. Das würde ich als Defizit bewerten. Der Rest der Reform bewegt sich in dem, was das Bundesverfassungsgericht gefordert hat. Vielen Dank.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Dann kommen wir als nächstes in der Reihe zu Herrn Dr. Gazeas. Er ist uns auch zugeschaltet.

**SV Dr. Nikolaos Gazeas, LL.M.** (GAZEAS NEPOMUCK Rechtsanwälte, Köln): Guten Morgen auch von meiner Seite aus. Sehr geehrte Vorsitzende, meine Damen und Herren Abgeordnete, auch ich danke Ihnen für die Einladung zu dieser Anhörung. Ich will mich in meinem kurzen Eingangsstatement auf einige wenige Punkte beschränken, die mir wichtig erscheinen. Im Übrigen verweise ich auf die Stellungnahme, die der Deutsche Anwaltverein zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung in Kürze noch einreichen wird. An dieser habe auch ich mitgewirkt. Der Regierungsentwurf zum BND-Gesetz ist in meinen Augen nicht durchgängig verfassungskonform. Er ist im Großen und Ganzen gelungen, würde er allerdings in dieser Form Gesetz werden, so würde er, so meine Einschätzung, einer Überprüfung in Karlsruhe nicht in vollem Umfange standhalten. Ich gehe auf einige Punkte noch ein, die mir hier ganz besonders wichtig erscheinen. Dies ist nicht abschließend.

Die journalistischen Vertrauensbeziehungen werden unzureichend geschützt, es fehlt eine gesetzliche Definition für Journalisten. Eine so wesentliche Frage muss im Gesetz selbst bestimmt werden und darf nicht dem BND und der Regelung in einer Dienstvorschrift überlassen werden. Generell ist es so, dass der Anwendungsbereich der geschützten Vertraulichkeitsbeziehung zu eng ausgestaltet ist. Zwei Beispiele dafür: Die Kommunikation eines Journalisten mit seiner Redaktion über Informationen eines Informanten ist nicht geschützt. Ebenso wenig die Kommunikation eines Rechtsanwalts mit seinem Sekretariat über Inhalte

eines Mandantengesprächs. Eine solche Regelung geht damit an der Realität vorbei. Erforderlich ist, so meine ich, selbstverständlich, dass sämtliche Kommunikationsbeziehungen der in § 53 StPO genannten Berufsgruppen als solche für besonders schutzwürdig erachtet werden. Ein weiterer Kritikpunkt sind die Dokumentationspflichten. Diese sind unzureichend. Eine wirksame Kontrolle ist auf eine detaillierte, ausreichende Dokumentation angewiesen. Wo eine solche nicht vorhanden ist, kann nicht wirksam kontrolliert werden. Der Gesetzentwurf schwächt eine effektive Kontrolle an vielen Stellen bereits systemisch durch fehlende oder jedenfalls mangelhafte Dokumentations- und Kennzeichnungspflichten. Hier nur ein Beispiel – das betrifft vor allem etwa die Selektoren, deren Kontrollierbarkeit ja nun ein zentraler Punkt in dem Urteil aus Karlsruhe war: In dem Gesetzentwurf vermissem ich etwa eine Vorschrift, nach der dem Unabhängigen Kontrollrat auch die Suchbegriffe nebst entsprechender Begründung vorgelegt werden müssen.

Das Parlament ist und bleibt das wichtigste Kontrollorgan. Ein Ausbau der parlamentarischen Kontrolle ist daher sinnvoll und nötig. Das ist vielleicht etwas, was man nicht zwingend jetzt in diesem Gesetzentwurf mitbeachten kann, aus zeitlichen Gründen, aber ich möchte gleichwohl daran erinnern. Die parlamentarische Kontrolle ist und bleibt die Herzkammer nachrichtendienstlicher Kontrolle und sie geht viel weiter als eine gerichtsähnliche Kontrolle, die per Definition ja nur eine reine Rechtskontrolle der Rechtmäßigkeit sein kann. Ich halte daher einen Ausbau der parlamentarischen Kontrolle für sinnvoll und nötig. Hierbei müssen vor allem die faktischen Informationspflichten auch hier eine ganz zentrale Rolle spielen. Die beiden Anträge der FDP-Fraktion und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN haben dazu eine Vielzahl guter und, wie ich meine, auch kluger Vorschläge unterbreitet. Ich empfehle dem Ausschuss hier eine nähere Befassung damit.

Ein weiterer Punkt ist die Besetzung des gerichtsähnlichen Kontrollorgans. Hier hat mein Vorredner oder beide Vorredner jetzt schon einen wichtigen Punkt angesprochen – den des Kreises der Mitglieder. Dem schließe ich mich zum einen vollumfänglich an, zum anderen, dass auch darüber hinaus neben den richterlichen und staatsanwaltlichen Mitgliedern hier eine Berufsgruppe



fehlt, nämlich die derjenigen, die die Rechte des Betroffenen wahrnehmen. Dass das Gremium richterliche Mitglieder enthalten soll, versteht sich von selbst. Staatsanwaltschaftliche hingegen nicht ohne Weiteres. Wenn ich allerdings schon staatsanwaltschaftliche Mitglieder aufnehme, so ist es ein großes Manko, dass in der vorgesehenen Besetzung eben eine Vertreterin, ein Vertreter für die Rechte des Betroffenen nicht vorgesehen ist. Ein solches halte ich für geradezu selbstverständlich und empfehle hier, auf eine Berufsgruppe zurückzugreifen, die per definitionem die Rechte der von Überwachung Betroffenen wahrnimmt. Nur so kann eine Gerichtsähnlichkeit erreicht werden. Auch hierzu gibt es Vorschläge der FDP-Fraktion und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, Ombudsmann oder Bürgeranwalt wird das dort genannt. Ich empfehle, diese aufzugreifen. Die Regelung zur Auswahl der Mitglieder des UKR halte ich für verunglückt. Die anderen Kritikpunkte hat mein Vorredner, Professor Gärditz, ganz zutreffend schon vorgetragen.

Ein weiteres: Die vorgesehene Befugnis zur Online-durchsuchung ist nicht nur bedenklich, sie missachtet die hohen verfassungsrechtlichen Anforderungen an einen derartigen Grundrechtseingriff und dürfte, so meine ich, in der Form verfassungswidrig sein. Auch die Befugnis zum staatlichen Hacking ist stark zu kritisieren – die Beschränkung auf die 30 Prozent der bestehenden Kapazitäten der Telekommunikationsnetze ist keine ausreichende Begrenzung. Hier sollte man an die tatsächlichen Kommunikationsvolumen anschließen. Es wird insgesamt -

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Auch hier müsste ich an die Zeit erinnern.

SV **Dr. Nikolaos Gazeas, LL.M.** (GAZEAS NEPOMUCK Rechtsanwälte, Köln): Danke, ich komme zum Schluss. Es fehlt insgesamt eine Lösung für das Problem der verfassungswidrigen Übermittlungsvorschriften. Das Verfassungsgericht hat insgesamt die Übermittlungsvorschriften für verfassungswidrig erklärt. Hierfür liegt noch keine Lösung vor. Und schließlich, ganz kurz noch in einem Satz: Sicherlich ist das nicht Sinn des Gesetzgebungsverfahrens, aber auch ich halte das Nachrichtendienstrecht, und möchte daran erinnern, für grundlegend und dringend reformbedürftig – schließlich sollte in dem Zusammen-

hang auch an die Notwendigkeit einer Überwachungsgesamtrechnung nachgedacht werden. Danke.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Alphabetisch als Nächstes wäre dann Herr Landefeld an der Reihe.

SV **Klaus Landefeld** (Eco Verband der Internetwirtschaft, Berlin): Sehr geehrte Frau Vorsitzende Lindholz, sehr geehrte Abgeordneten, sehr geehrte Damen und Herren, das Bundesverfassungsgericht hat dem Gesetzgeber im Mai 2020 als Ergebnis des Verfahrens 1 BvR 2835/17, zu welchem ich ebenfalls als Sachverständiger berufen war, aufgegeben, die Ausland-Ausland-Aufklärung des Bundesnachrichtendienstes verfassungsgemäß zu gestalten. Der vorliegende Gesetzentwurf entspricht aus meiner Sicht nicht den Vorgaben des Gerichts und schafft neue, in Teilen noch problematischere Rechtslagen, die aller Voraussicht nach ebenfalls nicht verfassungskonform sind und den bereits vor dem Verfassungsgericht im Januar letzten Jahres erörterten weiteren Bedenken des Gerichts begegnen können. Im Folgenden möchte ich einige dieser zentralen Kritikpunkte herausstellen, eine ausführliche Stellungnahme hatte ich auch schriftlich übermittelt.

Ich gliedere das nach dem Fluss der Daten durch das System: Von der Erfassung über Verarbeitung, Weitergabe hin zur Rechtskontrolle. Zum Komplex „Erfassung von Daten“: In diesem Entwurf gibt es keine effektive Begrenzung der Erfassung von Daten. Eine Erfassungsgrenze auf 30 Prozent aller weltweiten Telekommunikationsnetze ist keine taugliche Begrenzung der Erfassung. Daten können so in beliebiger Menge im In- und Ausland erhoben und der Verarbeitung zugeleitet werden. Zur Veranschaulichung: Im G 10-Gesetz haben wir eine Grenze von 20 Prozent der Verkehre der Übertragungswege einer Anordnung als im Ansatz prüfbar Beschränkung und selbst die wird in der Praxis durch administrative Auslegung umgangen. Dem gegenüber stellen 30 Prozent der Verkehre aller weltweiten Telekommunikationsnetze keine tatsächliche Beschränkung dar. Insbesondere vor dem Hintergrund, dass dann über 20.000 beanstandungsfrei erfassbare Telekommunikationsnetze keine prüfbar Grenze sind. Das lässt so praktisch die Erfassung von mehr als 99,9 Prozent aller weltweiten Datenverkehre zu, was wohl kaum eine effektive Begrenzung darstellt.



Dann gibt es neue Möglichkeiten zur dauerhaften unkontrollierbaren Eignungsprüfung. Die Eignungsprüfung aus § 24 muss wirksamen Schranken unterliegen, etwa auch der Genehmigung durch den Kontrollrat. Gegenwärtig werden weder Filtersysteme noch eine Angabe von Suchbegriffen vorgegeben, noch Volumengrenzen oder sonstige Schranken. Der Dienst kann so aus beliebigen Netzen im In- und Ausland ungefiltert jegliche Daten erheben und zumindest initial weiterverarbeiten. Im Vergleich zur bisherigen Rechtslage sind im Gesetzentwurf sogar Absenkungen der bisherigen gesetzlichen Beschränkungen vom BND vorgesehen. Die zeitliche und administrative Öffnungsklausel, faktisch die permanente Eignungsprüfung als dauerhaftes Instrument aus § 24 Absatz 2, oder die nahezu beliebige Datenspeicherung verschlüsselter Daten, bis man sie irgendwann entschlüsseln kann. Es besteht keine Pflicht zur Benennung eines konkreten Telekommunikationsnetzes zur Erhebung von Daten und dann ist es auch so, dass diese Regelung vermutlich vor dem Hintergrund der aktuellen EuGH-Rechtsprechung aus der Entscheidung „Privacy International“ rechtswidrig sein dürfte. Dort wurde schon festgestellt, dass man die Betreiber elektronischer Kommunikationsnetze nicht verpflichten kann, in allgemeiner und unterschiedsloser Weise Verkehrs- und Standortdaten an Dienste zum Zwecke des Schutzes der nationalen Sicherheit zu übermitteln. Genau das ist das, was die Eignungsprüfung macht.

Die geplante Legitimierung des staatlichen Hackings im Ausland - das wird hier verharmlosend gern „Onlinedurchsuchung“ genannt - ist äußerst problematisch und birgt nicht nur das Potential zu umfassend diplomatischen Verwicklungen, sondern auch zu massiven Abgrenzungsschwierigkeiten. Auch Betreiber, die in den Geltungsbereich des European Electronic Communication Codes fallen, sind im Sinne des Gesetzes Anbieter im Ausland – wir reden aber hier über den Single Market. Der Zugriff auf Bestands-, Verkehrs- und Inhaltsdaten ohne Wissen des jeweiligen Betreibers ist in der vorliegenden Form auch auf Betreiber wie zum Beispiel Google, Facebook, Microsoft, Amazon oder Apple anwendbar. Das sind die populärsten Dienste, auch in Deutschland. Und die werden von der Mehrzahl der Bundesbürger genutzt. Allesamt sind das Betreiber im Ausland. Grundsätzlich wären auch alle Dienste Anbieter von Telekommunikations-, Cloud- und

sonstigen Telemediendiensten im Ausland, also auch innerhalb der EU, potentielle Ziele eines staatlichen Eindringens. Und entgegen dem Schutzziel aus § 19 Absatz 7 werden die Staatsangehörigkeit der Benutzer oder deren Aufenthaltsort in der Regel nicht durch den Betreiber erfasst und wären auch dann in den Systemen der Anbieter keine mögliche Grundlage zur Separierung von Daten bei der Onlinedurchsuchung. Das Grundproblem bleibt. In § 34 wird dann auch noch das Eindringen in die IT-Systeme einzelner Personen oder Unternehmen normiert – das ist problematisch. Der massive Anreiz für staatliche Akteure, Dienste und berechnete Stellen, sich Informationen über Softwarelücken zu beschaffen und diese geheim zu halten, schwächt allgemein die Vertrauenswürdigkeit in Kommunikation und das Vertrauen in digitale Dienste und darüber hinaus auch die IT-Sicherheit und die Integrität von IT-Infrastrukturen. Die Regelungen stehen ganz klar im diametralen Gegensatz zu den Bemühungen im IT-Sicherheitsgesetz 2.0 auf nationaler Ebene oder – im Zuge der NIS-Richtlinie – auf EU-Ebene. Wie passt das zusammen? Auch die Regelungen zu Filtersystemen entsprechen nicht den Auflagen des Verfassungsgerichts. Die Regelung aus § 19 Absatz 7, welche die Anforderungen an die eingesetzten Filtersysteme abbilden soll, entspricht nicht diesen Vorgaben. Das Verfassungsgericht hat nach intensiven Rückfragen im Verfahren bewusst die Vorgabe gemacht, dass die einzusetzenden Filtersysteme als elementares Schutzinstrument dem Stand der Wissenschaft und Technik entsprechen sollen.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Auch hier muss ich an die Zeit erinnern.

SV **Klaus Landefeld** (Eco Verband der Internetwirtschaft, Berlin): Ja, danke. Diese Vorgaben werden im Gesetzentwurf nicht berücksichtigt. Also bloßes Abstellen auf den Stand der Technik reicht nicht, es muss klar der Stand der Wissenschaft und Technik sein, damit eben auch AI-basierte und ähnliche Filtersysteme verwendet werden können. Zum Komplex „Verarbeitung“: Kritisch ist das Aufheben des Personenbezugs von Daten. Generell ist die geplante Aufhebung dieses Personenbezugs schwierig. Das Wort „Information“ darf einfach nicht gestrichen werden. Die hier gegenständlichen Daten sind in der Regel personenbezogen, auch wenn sie nicht zwischen



zwei Personen fließen. Die Aufhebung des Personenbezugs würde konkret bedeuten, dass kaum Beschränkungen des BND bei der Erfassung einer immensen Vielzahl von Lebenssachverhalten bestehen.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Herr Landefeld, wir sind jetzt bei sechs Minuten.

SV **Klaus Landefeld** (Eco Verband der Internetwirtschaft, Berlin): Oh, ich dachte, Sie hatten nach vier gesagt. Okay, Entschuldigung, dann muss ich gucken. Also das gilt insbesondere für Verkehrsdaten und Inhaltsdaten, die Regelungen sind grundsätzlich dysfunktional zur Anonymisierung und der Personenbezug muss natürlich irgendwie enthalten bleiben und kann nicht entfernt werden. Ich würde mich dann auch auf die Fragen fokussieren.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Ja, da kann man dann nochmal ergänzen, was man vielleicht nicht mit untergebracht hat. Herr Professor Löffelmann, bitte.

SV **Prof. Dr. Markus Löffelmann** (HS Bund, Berlin): Sehr geehrte Frau Vorsitzende, sehr geehrte Damen und Herren Abgeordnete, zunächst einmal herzlichen Dank für die Einladung zu dieser Anhörung. Ich weiß nicht, wie es Ihnen mit dieser sperrigen Materie geht. Ich habe mich sehr schwer getan, mich durch diesen Gesetzentwurf durchzubeißen. Man muss viel Zeit investieren, man muss tief in die Details einsteigen und am Ende bleiben doch Zweifel, ob man alle Problempunkte gesehen hat. Aber diese sorgfältige Detailarbeit ist neben all den grundsätzlichen Fragen, die heute auch diskutiert werden sollen, unverzichtbar. Denn die Rechtsanwendungsfehler lauern auch im Detail, und wie wir wissen, können kleine Sorglosigkeiten im Sicherheitsbereich zu weitreichenden Konsequenzen führen. In meiner schriftlichen Stellungnahme bin ich insgesamt zu dem Schluss gekommen, dass der Gesetzentwurf die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts überwiegend sachgerecht umsetzt. Dennoch gibt es in dem umfangreichen Werk einige kleinere und größere Problempunkte, von denen ich Ihnen nun die wichtigsten nennen möchte.

Erstens. Die bloße Übernahme der bisherigen Abfrage- und Übermittlungsbefugnisse des BND für personenbezogene Daten im Verhältnis zu anderen

Stellen entspricht nicht mehr den neueren verfassungsgerichtlichen Anforderungen. Eine kohärente Überarbeitung der Datentransferregimes wird allerdings voraussichtlich erst Gegenstand künftiger Reformbemühungen sein. Zweitens. Der Gesetzentwurf differenziert zwischen personenbezogenen und sachbezogenen Telekommunikationsdaten. Artikel 10 Grundgesetz sieht eine solche Unterscheidung aber nicht vor. Die Konsequenz ist eine Ermächtigungsgrundlage für die strategische Ausland-Fernmeldeaufklärung nur hinsichtlich personenbezogener Telekommunikationsdaten. Welche Regeln für sachbezogene Telekommunikationsdaten gelten, ist unklar. Drittens. Der Punkt ist schon angesprochen worden. Das Bundesverfassungsgericht fordert eine quantitative Begrenzung der Überwachung. Die vom Entwurf vorgesehene mengenmäßige Begrenzung auf 30 Prozent der weltweiten Übertragungskapazitäten stellt keine substantielle Einschränkung dar, da diese Kapazitäten ohnehin nicht ausgeschöpft werden. Viertens. Die vom Entwurf vorgesehene Möglichkeit der Erstreckung der Speicherung von Verkehrsdaten über sechs Monate hinaus dürfte zu unscharf sein, um den verfassungsrechtlichen Anforderungen in diesem Bereich zu genügen. Fünftens. Soweit der Entwurf Datenübermittlungen aus der strategischen Ausland-Fernmeldeaufklärung an inländische Stellen zulässt, erscheint diese Beschreibung des Empfängerkreises - „inländische Stellen“ oder „inländische öffentliche Stellen“ - meines Erachtens als zu unspezifisch. Sechstens. Das Bundesverfassungsgericht fordert neben dem Schutz von Berufsgeheimnisträgern oder Vertraulichkeitsbeziehungen auch Mechanismen zum Schutz besonders gefährdeter Personen im Ausland. Das können zum Beispiel Regimegegner, Dissidenten oder Whistleblower sein. Im Rahmen der Weitergabe selektierter und unselektierter Daten nach den §§ 32 und 33 des Entwurfs an ausländische Partner fehlen allerdings solche *besonderen* Schutzmechanismen. Und schließlich: Die in Umsetzung der Veras-Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts beabsichtigte Neuregelung der zweckändernden Verwendung von Verkehrsdaten, die durch G 10-Maßnahmen erhoben wurden, dürfte nicht dem Grundsatz der hypothetischen Datenerhebung genügen.

Meine Damen und Herren Abgeordneten, diese und andere problematische Punkte sind in dem dicken Paket hochausdifferenzierter Regelungen nicht



leicht zu entdecken. Und das sollte eigentlich zu denken geben. Denn auch die Anwendung dieser Regelungen durch die Mitarbeiter der Dienste ist demselben Problem ausgesetzt. Sie erfordert ein ausgesprochen hohes Maß an juristischer Vorbildung und Schulung, große Sorgfalt und enorme personelle Ressourcen, die man erst schaffen muss. Der Bundesnachrichtendienst, Sie wissen das, ist ein extrem breit aufgestellter und zugleich hochspezialisierte Informationsdienstleister und Thinktank. Das macht die außerordentliche Qualität seiner Fähigkeiten aus. Aber anders als bei den Staatsanwaltschaften arbeiten dort nur zu einem kleinen Teil Juristen. Zugleich weisen die mit dem Entwurf auf den Weg gebrachten Befugnisse und Kontrollmechanismen aber eine deutlich höhere Regelungsdichte auf als in den Bereichen der Strafverfolgung oder der präventivpolizeilichen Arbeit. Wenn man also über weitere notwendige Reformen im Recht der Nachrichtendienste nachdenkt, sollte man dabei noch mehr die Praktikabilität solcher Regelungen für die tägliche Arbeit der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Dienste im Blick behalten.

Gestatten Sie mir zum Schluss noch eine Randbemerkung zu einem Vorschlag, der in einigen Stellungnahmen aufgetaucht ist und auch heute angesprochen wurde. Er betrifft die Verpflichtung der Mitarbeiter des Dienstes, wahrheitsgemäße Angaben gegenüber dem Unabhängigen Kontrollrat zu machen. Ich halte eine Kriminalisierung der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Dienstes für keine gute Idee. Nach dieser Logik müsste man auch entsprechende Straftatbestände für Staatsanwälte oder Polizisten schaffen, die einen Antrag beim Ermittlungsrichter stellen. Nach dieser Logik wären die Aussagedelikte der §§ 153 fortfolgende StGB verfassungsrechtlich zwingendes Recht. Und diese Logik untergräbt auch in gewisser Weise das Geheimschutzbedürfnis, denn die Schwelle der tatsächlichen Anhaltspunkte, das wissen wir, die ist ziemlich niedrig. Ich bedanke mich für Ihre Aufmerksamkeit.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Vielen Dank, Herr Professor Löffelmann. Dann kommen wir zu Frau Professor Markard, bitte.

SV **Prof. Dr. Nora Markard** (Westfälische Wilhelms-Universität Münster): Vielen Dank, sehr geehrte Ausschussmitglieder, ich danke Ihnen für

die Gelegenheit zur Stellungnahme. Der Gesetzesentwurf der Bundesregierung macht vieles besser, aber besser ist leider noch nicht gut. Ich möchte aus meiner schriftlichen Stellungnahme drei Punkte herausgreifen.

Erstens. Das Bundesverfassungsgericht hat klargestellt, dass die strategische Fernmeldeaufklärung im Ausland in einem Verfassungsstaat engen grundrechtlichen Bindungen unterliegt. Diese Vorgaben erfordern drei Elemente, die ineinander greifen müssen. Die Ermächtigungsnormen müssen eng begrenzt sein. Eine ausgebaute Rechtskontrolle muss den fehlenden Rechtsschutz der Betroffenen wirksam kompensieren. Und das setzt drittens eine genaue Dokumentation voraus. Leider fehlt im Gesetzesentwurf oft noch mindestens eines dieser Elemente. Ein Beispiel ist der Schutz der Vertraulichkeitsbeziehungen von JournalistInnen, die im Zentrum des Urteils standen. Hier wird zwar eine relativ hohe Eingriffsschwelle formuliert, auch wenn man da noch Detailkritik äußern kann, allerdings wird die Definition des Journalisten dem BND überlassen – in einer geheimen Dienstvorschrift. Das widerspricht den Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts an die Normenklarheit und Bestimmtheit der Rechtsgrundlagen für die geheime Tätigkeit des BND. Die Dienstvorschrift dürfte auch nicht der gerichtsähnlichen Kontrolle unterfallen, weil es sich nicht direkt um Vorschriften zur Datenauswertung handelt. Und die Kontrolle der Verwendung der Daten geht ins Leere, weil die Einordnung bestimmter Personen, Journalist oder nicht, nicht dokumentiert werden muss. Auch die Suchbegriffe können – entgegen der Gesetzesbegründung – nicht kontrolliert werden, weil sie in der zu kontrollierenden Anordnung nicht drinstehen. So läuft nicht nur die enge Eingrenzung der Eingriffsvoraussetzungen ins Leere sondern auch die Effektivität der Kontrolle. Und zu allem Überfluss wird in Bezug auf die Pressefreiheit noch nicht einmal das Zitiergebot erfüllt – der Entwurf nennt nämlich nur Artikel 10, nicht aber Artikel 5. Das ist, wie der Kollege Wolf bereits 2016 damals formuliert hat, verfassungsprozessualer Suizid.

Zweitens. Auch die Nutzung von Selektoren ausländischer Nachrichtendienste stand im Fokus des Bundesverfassungsgerichts, denn die Weitergabe so erhobener Daten an ausländischer Nachrichtendienste kann für Betroffene höchst gefährlich sein.



Bis hin zu targeted killings durch Drohnen, wie der NSA-Untersuchungsausschuss gezeigt hat. Das Gericht hat daher einen effektiven Filter, gegebenenfalls eine händische Kontrolle und für Einzelfallentscheidungen eine gerichtsähnliche Vorabkontrolle gefordert. Nichts davon findet sich in dem Entwurf – hier muss dringend nachgebessert werden.

Drittens. Es ist rechtspolitisch enttäuschend, dass es bei der Kontrollarchitektur keine große Lösung geben soll, die BfDI und G 10-Kommission einbezieht. Das bedeutet unnötige Doppelungen bei der notwendigen technischen Expertise und Ineffizienzen bei der Kontrolle – und zwar auch für den BND. Die Abtrennung der G 10-Kontrolle macht ja auch inhaltlich keinen Sinn mehr, seit wir eben die Artikel 10-Geltung auch für die Ausland-Fernmeldeaufklärung haben. Es fehlt mir auch die Perspektive der Betroffenen. Ich befürworte daher die Forderung nach einer Ombudsperson. Inakzeptabel sind die mangelnden Sanktionsmöglichkeiten des UKR und die Beschränkungen seiner Kontrolle auf das, was der BND für erforderlich hält. Hier schließe ich mich der Einschätzung meines Kollegen Gärditz an, er hat es schön formuliert, dass der UKR schlechter gegen Fehlinformationen und Falschaussagen geschützt sein wird als ein normales Gericht oder ein Parlamentarischer Untersuchungsausschuss und dass hiermit die Mindestanforderungen des Bundesverfassungsgerichts unterlaufen werden.

Mitwachsen muss aber nicht nur die Rechtskontrolle, sondern auch die parlamentarische Kontrolle – in den Befugnissen, ebenso wie in der Ausstattung. Das vernachlässigt der Gesetzentwurf nahezu vollständig. Die parlamentarische Kontrolle sichert nicht nur die Verantwortlichkeit der Exekutive gegenüber dem direkt-demokratisch legitimierten Parlament, sie ermöglicht dem Parlament auch, gesetzgeberisch nachzusteuern, wo Veränderungen in der Rechtswirklichkeit eine Anpassung der Rechtsgrundlagen erfordern. Eine enge Kopplung zwischen Behörde und Parlament kann insofern auch der Aufgabenerfüllung der Behörde selbst förderlich sein. Welche praktischen Hindernisse für eine effektive Kontrolle und Kooperation hier derzeit bestehen, das macht der Antrag der Grünen aus meiner Sicht sehr plastisch, und der Kollege Meinel hat in seiner Stellungnahme richtig angemerkt, dass die vorgeschlagenen

Verbesserungen gerade im Verhältnis zur Rechtskontrolle möglich sein müssten. Im Sinne einer effektiven parlamentarischen Kontrolle sind sie, aus meiner Sicht, auch deutlich zu befürworten.

Mein Fazit: Der Gesetzentwurf lässt nicht nur viel zu wünschen übrig, darüber hinaus weist er leider auch so viele eindeutige Schwächen auf, dass ein in dieser Form verabschiedetes Gesetz in Karlsruhe wohl erneut keinen Bestand hätte.

Es ist vielfach darauf verwiesen worden, dass der Zeitplan so eng sei, dass eine große Lösung zu herausfordernd gewesen wäre. Es sollten dann aber bitte auch keine verfassungsrechtlich wie völkerrechtlich höchst sensiblen, neuen Befugnisse eingeführt werden, zum Beispiel Hackbacks und Online-durchsuchungen im Ausland, ohne zunächst eine Überwachungsgesamtrechnung zu erstellen. Vielen Dank.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Vielen herzlichen Dank, auch für die Zeitersparnis, die Sie abgeliefert haben. Dann haben wir als vorletzten Redner Herrn Professor Meinel, der uns zugeschaltet ist.

SV **Prof. Dr. Florian Meinel** (Georg-Augustus-Universität Göttingen): Vielen Dank, Frau Vorsitzende. Meine Damen und Herren Abgeordnete, ich glaube, nach dem bisherigen Stand anhand der Stellungnahmen einen Vorzug darin annehmen zu können, dass man zwischen der Umsetzung einer sehr detaillierten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts und einer politischen Fantasie erfordernden grundsätzlichen Neuordnung des Rechts der Nachrichtendienste – inhaltlich, zu den inhaltlichen Ermächtigungen und Regelungen kann ich mich an vieles anschließen, was von vielen Kollegen bereits gesagt worden ist.

Ich möchte aber die eine Bemerkung machen: Ich glaube, dass der Entwurf zeigt, was Grundrechtsbindung, was eine neue Grundrechtsbindung in einem demokratischen Grundrechtsverständnis eigentlich bedeutet: Sie bedeutet nämlich insbesondere nicht, dass notwendigerweise dann ganz viel verboten wird, was vorher erlaubt war, sondern sie ändert vor allem den Modus der Verrechtlichung. Sie ändert die Art der Rechtsbindungen, die bestehen und vor allem auch die Institutionen, die an der Effektivierung dieser Rechtsbindung beteiligt sind. Neue Institutionen treten hinzu, das Parlament wirkt in die Rolle des Gesetzgebers hier



insoweit ein. Ich möchte mich jetzt hier, weil ich auch in der Stellungnahme darauf den Schwerpunkt gelegt habe, auf das Verhältnis zwischen dem parlamentarischen Kontrollgremium und dem UK-Rat konzentrieren, dass jetzt auch sozusagen im Hinblick auf eine künftige Reform, Frau Kollegin Markard hatte ja schon angesprochen diese Vervielfältigung der Kontrollinstitution, weil mir das im Hinblick auf eine künftige Reform ganz zentral zu sein scheint.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Herr Professor Meinel, es wackelt immer. Also entweder müssen Sie quasi ganz still sitzen und sich nicht bewegen oder, ich weiß nicht, woran es liegt, den Bildschirm ausmachen. Es wackelt nur, dann hört man hier wirklich nur Bruchstücke.

SV **Prof. Dr. Florian Meinel** (Georg-Augustus-Universität Göttingen): Okay. Also, dass die Trennung zwischen der operativen Kontrollebene durch den UK-Rat und der parlamentarischen Kontrolle, die ist in der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts wenn nicht vorgegeben, so doch zumindest angelegt. Und zwar, dass dem Parlamentarischen Kontrollgremium durch die Trennung der Zugriff auf die operative Kontrollebene zu einem großen Teil nicht möglich sein wird – die können kooperieren und es wurde gestern auch schon geredet davon, dass das PKGr, dass der UK-Rat, die G 10-Kommission, BfDI, die in dieser allgemeinen Weise kooperieren, aber diese Kooperation wird sich eben auf das Grundsätzliche beschränken. Und darin liegt natürlich eine ziemlich deutliche und auch ziemlich harte Infragestellung des Vorgangs der parlamentarischen Kontrolle. Ich würde aber meinen, dass das eine Entscheidung weniger des Gesetzentwurfs der Bundesregierung ist als eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, die sich einfach daraus ergibt: Einerseits die Third Party Rule als einen legitimen Belang der Begrenzung von Publizität anzuerkennen, andererseits aber zu sagen, dass das Kontrollgremium durch die Third Party Rule in seiner Kontrolltätigkeit keinesfalls begrenzt werden darf. Daraus ergibt sich meines Erachtens diese Trennung ziemlich eindeutig. Das heißt wohl gemerkt nicht, dass nicht punktuell Verbesserungsbedarf besteht, ich würde insbesondere meinen, dass man eine große Verbesserung schon dadurch schaffen könnte, dass man die Geschäftsordnung des UK-Rats vom Parlament machen lässt. Das

hätte insbesondere den Vorteil, dass man die von Herrn Kollegen Dietrich angesprochenen Fragen der Zusammenarbeit und auch die von Herrn Kollegen Gärditz angesprochenen Verfahrensfragen nämlich in dieser Geschäftsordnung stärker parlamentarisieren und damit auch mit höherer Legitimation ausstatten könnte. Das wäre, glaube ich, eine solche Chance, der parlamentarischen Kontrolle ein neues Handlungsinstrument zu geben.

Schließlich noch eine Anmerkung zu den Befugnissen zum Datenaustausch: Das scheint mir etwas inkonsequent zu sein, dass bei den besonderen Formen der technischen Aufklärung, also dieser Cyber Network Exploitation bisher eine Rechtsgrundlage für den Austausch, wie sie in § 31 für die anderen Formen gegeben ist, fehlt. Das scheint mir jetzt nicht grundrechtlich oder sonst irgendwie begründet zu sein, sondern da ist einfach die Frage, ob es dafür eigentlich einen inhaltlichen Grund gibt. Vielen Dank.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Vielen Dank, Herr Professor Meinel. Und jetzt kommen wir abschließend noch zu Herrn Dr. Wetzling.

SV **Dr. Thorsten Wetzling** (Stiftung Neue Verantwortung, Berlin): Sehr geehrte Vorsitzende, ich bedanke mich auch bei Ihnen allen für die Möglichkeit zur Stellungnahme. Wie es bei vielen Vorrednern schon durchgeklungen ist, stehen wir am Anfang der Novellierung des Nachrichtendienstrechts. Und ich glaube, viele Baustellen und Defizite werden allein mit der Reform des Bundesnachrichtengesetzes nicht zu beheben sein. Es bedarf eines einheitlichen Rechtsrahmens für alle nachrichtendienstlichen Tätigkeiten des Bundes und der Sicherstellung einer ausreichenden Kontrolldichte und die Reduktion von Kontrollinstitutionen. Ein Vorbild dahingehend liefert zum Beispiel das kanadische Aufsichtsgremium NSIRA oder auch die Kontrollbehörde IPCO in Großbritannien und wenn Deutschland sich entscheiden sollte, die Konvention 108 des Europarates zu ratifizieren, zeigt sich auch, dass der Trend in diese Richtung gehen sollte. Meine Stellungnahme bezieht sich aber konkret auf die Ausgestaltung der Rechtskontrolle im vorliegenden Gesetzentwurf, denn auch hier stehen wir in Deutschland ja ganz am Anfang. Und natürlich werden jetzt wichtige, neue Weichen gestellt. Dabei sollte der Gesetzgeber aber sowohl bei dem administrativen Kontrollorgan





als auch bei der gerichtsähnlichen Kontrolle des UKR das Prüfmandat präzisieren und erweitern. Dazu habe ich in der Stellungnahme einige Vorschläge gemacht, auf die ich hier nur kurz eingehen möchte: Eine wichtige Voraussetzung für die Kontrolleffektivität und damit auch die de facto Rechtmäßigkeit und Legitimation und das Vertrauen in das Handeln der Exekutive ist zum einen, dass die Protokoll Daten dem Kontrollorgan zugänglich gemacht werden. Protokoll Daten sind auch mit Blick auf die Bedürfnisse der Rechtskontrolle zu führen und es muss auch eine Erweiterung der Kennzeichnungspflichten geben. Denn die ermöglicht den Einsatz wirkmächtiger Kontroll-Tools und ich habe in meiner Stellungnahme drei Beispiele gemacht, die entwickelt werden könnten. Das ist natürlich wiederum nicht im Rahmen eines Gesetzes anzugreifen aber trotzdem sollte das angemerkt werden.

Und konkret stelle ich mir folgende Vorschläge vor für das administrative Kontrollorgan: Ich denke, es sollte eine Ergänzung in dem bisher recht unspezifischen Kompetenzkatalog geben – explizit zum Beispiel sollte man die Rechtskontrolle auf die Datenverarbeitung der Eignungsprüfung nach § 24 des Entwurfes geben. Man sollte die Protokoll Datenführung und Kennzeichnung auch in den Prüfauftrag machen und man könnte das Beanstandungsverfahren straffen und präzisieren. Aber auch das gerichtsähnliche Kontrollorgan kann meines Erachtens weiter gestärkt werden, indem es noch die Befugnis bekommt, weitere Datenauswertungen genehmigungspflichtig zu machen. Ich habe in meiner Stellungnahme zum Beispiel auf das Beispiel in Großbritannien verwiesen, die sogenannten Data Examination Warrants, wo halt auch die Auswertung dann genehmigungspflichtig wird, teilweise zumindest. Und ich denke auch, dass die Eignungsprüfung auch in den Kompetenzkatalog nach § 41 des Entwurfes aufgenommen werden sollte. Wie einige Vorredner schon angemerkt haben, sehe auch ich bei dem Unabhängigen Kontrollrat: Die Unabhängigkeit könnte gestärkt werden, indem man ein kontradiktorisches Verfahren einführt. Dazu würde ich einfach nur einmal ganz kurz zu Protokoll geben, was in der Stellungnahme auch weiter aufgeführt wurde: Eine Stellungnahme eines Richters am FISA-Gericht in den USA, die so eine ähnliche Sache haben und da steht: „Um zu vermeiden, dass der Prozess zu einem Schau- und Stempelgericht wird, braucht es

einen Gegner, der bei allem, was im FISA-Gericht vorgelegt wird, die Position der anderen Seite einnimmt. Richterinnen und Richter sind im Recht geschult, aber jeder, der einmal Richterin oder Richter war, wird Ihnen sagen, dass man beide Seiten eines Falles hören muss, ehe man entscheidet.“ Ich denke aber auch, dass die wichtige Evaluierung, die jetzt in dem § 61 aufgenommen würde, verkürzt werden könnte und auch auf weitere Prüfaufgaben erweitert werden sollte. Und letztlich möchte ich darauf verweisen, dass die gemeinsamen Kontrolltätigkeiten vom Gesetzgeber jetzt zu präzisieren sind. Denn ich kann mir vorstellen, dass das Bundeskanzleramt und die anderen Beteiligten der Ressortabstimmung das nicht unbedingt machen wollten, dass man dem Bundestag Vorschriften macht, wie die Kontrollgremien sich zu verhalten haben. Aber jetzt ist der Gesetzgeber gefragt und ich habe in meiner Stellungnahme einige Möglichkeiten aufgezählt, wie man die Kontrollkooperation der fragmentierten Kontrollgremien in Deutschland vorantreiben könnte und dabei möchte ich es jetzt erst einmal belassen. Vielen Dank.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Jawohl, vielen Dank. Dann kommen wir jetzt zur Fragerunde. Wir beginnen mit der Union, aber ich hätte vorher auch noch zwei Fragen, die würde ich ganz kurz gern stellen, und zwar einmal an Herrn Professor Gärditz zum Thema „Ausbau der parlamentarischen Kontrolle“: Da hätte mich, Herr Professor Gärditz, auch Ihre Einschätzung dazu interessiert, inwieweit Sie das noch für notwendig und erforderlich halten, auch, wenn wir das in dem Gesetz jetzt nicht mit regeln. Und zweite Frage hätte ich noch an Herrn Professor Dietrich, ich fasse es ganz kurz: Die Einwendungen von Frau Professor Markard und Herrn Dr. Gazeas, insbesondere zum Thema „Ausreichende Dokumentation/Nicht ausreichende Dokumentation um Kontrolle effektiv zu gewährleisten“. Da würde mich auch Ihre Einschätzung interessieren. Jetzt geht es los mit der Union und Herrn Kiesewetter, bitte.

BE Abg. **Roderich Kiesewetter** (CDU/CSU): Herzlichen Dank, guten Morgen an Sie alle und vor allem danke ich auch den Expertinnen und Experten für die klaren Stellungnahmen und freue mich über alle Hinweise, die auf eine Stärkung der parlamentarischen Kontrolle hinweisen. Darauf



würde ich aber gern in der zweiten Fragerunde eingehen. Zwei Fragen, eine an Professor Gärditz und eine an Professor Dietrich. Zur Frage an Herrn Professor Gärditz: Wie beurteilen Sie die Gesetzesnovelle im Hinblick auf die Umsetzung der Forderung des Verfassungsgerichts mit Blick auf die Leistungsfähigkeit des Bundesnachrichtendienstes durch die neuen detaillierten Regelungen – schränkt der Gesetzentwurf diese notwendige Leistungsfähigkeit ein? Und an Herrn Professor Dietrich: Der BND leistet einen wichtigen Beitrag für die außen- und sicherheitspolitische Souveränität der Bundesrepublik – wie beurteilen Sie die Auswirkungen der neuen Regelungen auf die internationale Zusammenarbeit und Kooperationsfähigkeit des BND. Herzlichen Dank.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Vielen Dank. Dann haben wir die AfD-Fraktion.

BE Abg. **Dr. Christian Wirth** (AfD): Vielen Dank, Frau Vorsitzende, vielen Dank an die Sachverständigen. Ich denke, wir sind uns einig, dass die Sicherheitsarchitektur auf neue Beine gestellt werden muss längerfristig – meine Frage zur parlamentarischen Kontrolle, insbesondere zu den Vorschlägen der FDP und der Grünen: Ist das sachgerecht – an Professor Elicker bitte –, insbesondere die parteipolitische Färbung, wenn wir sehen einen Bundestagsbeauftragten, was das Geschacher in der SPD bei den Wehrbeauftragten ausgelöst hat, das ist wohl der parlamentarischen Demokratie nicht würdig. Dann ist die Frage, ob aus den Fraktionen heraus ein solches Vorschlagsrecht angebracht wäre. Die zweite Frage wurde auch schon angedeutet: Ob eine Besetzung nur durch den BGH-Präsidenten und die Anwaltschaft in dieser Form angemessen und ausreichend ist. Vielen Dank.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Herr Dr. Wirth, vielen Dank. Für die SPD meldet sich Herr Grötsch.

BE Abg. **Uli Grötsch** (SPD): Frau Vorsitzende, vielen Dank. Ich würde zuerst zum Thema des besseren Schutzes von Vertraulichkeitsbeziehungen mit Ihnen sprechen wollen, Herr Professor Dr. Löffelmann. Würden Sie mir zustimmen, dass wir zum besseren Schutz der Kommunikation von Journalisten und Journalistinnen zunächst den Begriff „Journalist“ noch einmal definieren müssen? Aktuell legt das der BND fest. Und sehen Sie den Schutz von Vertraulichkeitsbeziehungen im § 21 ausreichend gewährleistet oder sind Sie so

wie ich der Meinung, dass nicht nur die Erhebung von personenbezogenen Daten, sondern auch von sämtlichen mit der Vertrauensbeziehung verbundenen Informationen, also etwa reine Sachdaten, unzulässig sein müsste. Das ist das Stichwort „Schutz des Instituts der freien Presse“. Dann noch einmal an Sie, Herr Professor Dr. Löffelmann zum Thema der Besetzung des Unabhängigen Kontrollrates. Würden Sie sagen, dass es den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts entspricht, wenn zum Beispiel zwei Mitglieder des UKR aus einer anderen Behörde, etwa aus den Reihen des BfDI, stammen – natürlich immer nur dann, wenn sie die Voraussetzungen der Befähigung zum Richteramt erfüllen. Im Urteil heißt es dazu ja: „Für die Zusammensetzung des Spruchkörpers ist zu gewährleisten, dass der richterlichen Perspektive ein maßgebliches Gewicht zukommt.“ Und ich frage mich auch, wo fängt denn „maßgebliches Gewicht“ an, ab welcher Zahl ist das Ihrer Einschätzung nach wohl erfüllt? Die für eine maßgebliche Anzahl, dass eben auch der Mitglieder durch eine langjährige richterliche Erfahrung belegt sein muss. Und das hatte eben Herr Gärditz auch angesprochen: Kommt es Ihrer Ansicht nach auch in Betracht, dass der Unabhängige Kontrollrat, anders als im Gesetzentwurf mit Richterinnen und Richtern des Bundesverwaltungsgerichts besetzt werden kann. Und noch eine Frage an Sie, Herr Wetzling zum Thema Whistleblower-Schutz.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Jetzt muss ich noch einmal ganz kurz – Herr Grötsch, ich will ja nicht kleinkariert sein, aber waren das jetzt zwei Fragen?

BE Abg. **Uli Grötsch** (SPD): Eigentlich nur eine und meine zweite will ich an den Herrn Dr. Wetzling stellen. Zum Thema Whistleblower-Schutz, meine zweite Frage, Herr Wetzling: Meine Fraktion und auch ich, wir sehen Lücken beim Whistleblower-Schutz gemäß des § 8 des PKGr-Gesetzes. Diese wollen wir durch das Verbot der Namensnennung, die zwingende Untersuchung einer Eingabe durch den Ständigen Bevollmächtigten, anstatt einer Stellungnahme durch die Bundesregierung und der Pflicht zur öffentlichen Unterrichtung, natürlich unter Wahrung des Geheimschutzes, schließen. Sehen Sie hier auch Lücken was den Whistleblower-Schutz angeht und stimmen Sie mir zu, dass unsere Vorschläge zu einem besseren Schutz von Whistleblowern führen würden? Danke.



Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Herr Grötsch, vielen Dank. Für die FDP hat sich Herr Thomae gemeldet.

BE Abg. **Stephan Thomae** (FDP): Vielen Dank, Frau Vorsitzende, für die Worterteilung. Ich habe zwei Fragen, die ich gern beide an Herrn Dr. Gazeas richten würde. Die erste Frage betrifft den neuen § 19 Absatz 6 auf Seite 10 im finalen Regierungsentwurf, wenn jemand nachblättern will. Da geht es um die strategischen Aufklärungen, die der Bundesnachrichtendienst auch in ausländischen Telekommunikationsnetzen durchführen darf. Da wäre meine Frage, ob das das nicht so in dieser auch völlig uneingeschränkten Art und Weise dazu führen könnte, dass auch in den Telekommunikationsnetzen befreundeter Staaten der BND aufklären darf, diese also sozusagen infiltrieren kann – das Stichwort „Ausspähen unter Freunden“. Ist das nicht ein Punkt, von dem jedenfalls die Gefahr ausgeht, dass hier verfassungsrechtliche Grenzen gesprengt werden und wir nicht als Gesetzgeber die Grenzen enger ziehen müssten, um deutlich zu machen, wo eine solche Infiltration ausländischer Telekommunikationsnetze denkbar ist, also in weit entfernten Ländern, in denen vielleicht Krieg und Bürgerkrieg herrschen, Soldaten von uns geschützt werden müssten oder ob es sich um befreundetes Ausland, etwa von Nachbarländern der Europäischen Union, handelt. Das wäre meine erste Frage zu § 19 Absatz 6. Meine zweite Frage betrifft – ebenfalls an den Herrn Dr. Gazeas gerichtet – den § 55 Absatz 2 Nummer 1, das wäre Seite 42 des finalen Regierungsentwurfes, falls jemand das nachlesen möchte. Da geht es darum, dass gesagt wird, dass der BND nur solche Informationen zur Kontrolle zu übergeben hat, die in seiner Verfügungsgewalt liegen. Ist das nicht erneut ein Freibrief für den Bundesnachrichtendienst, sich stets erneut auf die Third Party Rule zu berufen. Müssten wir nicht auch hier überlegen, inwieweit dieser Einwand umgangen oder entkräftet werden kann, weil natürlich immer der Einwand des BND kommt, dass ansonsten die Zusammenarbeit mit ausländischen Nachrichtendiensten in Gefahr ist und Informationen nicht übergeben werden. Da wäre die Frage, diese Situation haben ja andere Länder auch, wie wird das in anderen Ländern gelöst? Und wie könnten wir es vielleicht besser lösen – wäre das nicht ebenfalls ein Problem, das erneut vor dem Verfassungsgericht dieses Gesetzesvorhaben zum Scheitern bringen könnte? Das sind

meine beiden Fragen.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Herr Thomae, vielen Dank. Herr Dr. Hahn, bitte.

BE Abg. **Dr. André Hahn** (DIE LINKE.): Vielen Dank, ich möchte mich auch ganz herzlich für die Vorträge der Sachverständigen bedanken. Ich habe zunächst eine Frage an Herrn Landefeld und dann eine Frage an Herrn Wetzling. Was Herrn Landefeld angeht, möchte ich gern etwas fragen zur Unterscheidung von personenbezogenen und nicht personenbezogenen oder scheinbar nicht personenbezogenen Daten. Laut dem Gesetzentwurf darf der BND nicht nur personenbezogene Inhaltsdaten, sondern auch personenbezogene Verkehrsdaten von Ausländern im Ausland erheben. Sofern es sich jedoch um nicht menschliche Kommunikation handelt, so heißt es dann weiter, dürfen auch die Verkehrsdaten von deutschen Staatsangehörigen sowie inländischen juristischen Personen oder sich im Bundesgebiet aufhaltenden Personen erhoben werden. Und in der Begründung dazu ist die Rede von „bloßer Maschine-zu-Maschine-Kommunikation“, die nicht personenbezogen sei und nicht dem Fernmeldegeheimnis unterliege. Und Sie sagen jetzt auch in der Stellungnahme, es handelt sich hierbei um eine eigentümliche Auslegung zur Aufhebung des Personenbezugs durch den BND, weil eine solche Unterscheidung eigentlich nicht aufrecht zu erhalten sei. Und da möchte ich Sie gern bitten oder fragen, ob Sie erläutern können, bei welchen Anwendungen und in welchem Umfang solche Daten denn aus Maschine-zu-Maschine-Kommunikation anfallen, also warum dort sehr wohl ein Personenbezug gegeben ist, und in welcher Form hier private und umfassende Erkenntnisbezüge zu Personen eben sehr wohl möglich sind bei dieser Maschine-zu-Maschine-Kommunikation.

Und die Frage an Herrn Wetzling bezieht sich darauf, dass es ja im Rahmen der sogenannten Eignungsprüfungen auch personenbezogene Daten gibt, die erhoben werden und die dürfen vom BND auch an die Bundeswehr weitergegeben werden und die militärische Aufklärung des BND für die Bundeswehr selbst wird im Gesetzentwurf zwar erwähnt, bleibt aber weitgehend oder gar vollständig unkontrolliert. Deshalb möchte ich Sie gern fragen, welche Defizite bestehen denn aus Ihrer Sicht bei den Regelungen zur Zusammenarbeit von



BND und Bundeswehr – weil Sie in Ihrer Stellungnahme sogar von der Möglichkeit eines inländischen Ringtausches zwischen BND und Bundeswehr sprechen, der durch Kontrollbefugnisse eingeeht werden müsse und könnten Sie das noch einmal erläutern, was Sie damit meinen?

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Herr Dr. Hahn, vielen Dank. Und jetzt noch Herr Dr. von Notz, bitte.

BE Abg. **Dr. Konstantin von Notz** (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Vielen Dank, Frau Vorsitzende. Vielen Dank, meine Damen und Herren Sachverständige, für die interessanten und differenzierten Stellungnahmen. We come a long way. Die Diskussion geht ja hier im Parlament schon länger. Ich darf an der Stelle sagen, dass es mich freut, dass hier jetzt von allen Seiten gesagt wird, dass es ganz offenkundig hohen Reformbedarf gibt. Wenn ich überlege, wie wir das diskutiert haben hier im Deutschen Bundestag nach dem Untersuchungsausschuss NSA und mir die schrillen Töne angehört habe, wie unmöglich es sei und was man hier alles fordern würde und den groß-koalitionären Gesetzentwurf nicht anerkennen würde, dann finde ich das sehr positiv, dass das jetzt so einhellig gesehen wird. Der Bundesverfassungsgerichtsentscheidung sei Dank.

Ich habe zwei Fragen an Frau Professorin Markard. Und zwar zuerst noch einmal auf die zwei Punkte, die Sie schon angeschnitten haben, aber es interessiert mich noch einmal etwas differenzierter, mit mehr Zeit sozusagen, erst einmal die Frage: Sie haben ja darauf hingewiesen, dass der Zeitdruck hoch ist und das ist ja auch unbestritten so. Dass hier aber hochproblematische Befugnis-Erweiterungen reingestrickt werden, die meiner Ansicht nach diesen notwendigen Gesetzesprozess vergiften. Vielleicht können Sie das noch einmal genau ausbuchstabieren, um was es da geht und warum das offenkundig verfassungsrechtlich hochproblematisch ist.

Und die zweite Frage ist – die, glaube ich, viele Mitglieder des Parlamentarischen Kontrollgremiums, die hier in der Runde sind, auch eint – die Frage, ob ausreichend, meiner Ansicht nach der verfassungsrechtlichen Vorgabe gedient wird, dass die entscheidende Kontrolle der Nachrichtendienste durch das Parlament zu erfolgen hat und deswegen das Parlamentarische Kontrollgremium,

ich sage mal, die „Herrscherin aller Reußen“ sein sollte und ob das in diesem Gesetzentwurf gewährleistet ist und wenn nicht, was man tun kann, damit das der Fall ist. Denn meiner Ansicht nach ist verfassungsrechtlich ganz klar geregelt, dass das so sein muss und dass hier keine Unklarheiten durch ein zusätzliches Gremium, das wir grundsätzlich begrüßen, geschaffen wird. Vielen Dank.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Dann kommen wir jetzt zur Antwortrunde und beginnen mit Herrn Professor Dietrich.

SV **Prof. Dr. Jan-Hendrik Dietrich** (HS Bund, Berlin): Vielen Dank. Zunächst zu Ihrer Frage, Frau Vorsitzende, also zur Frage nach ausreichender Kontrolle und Dokumentation. Nun, wenn wir uns einmal den Katalog in § 42 anschauen, wofür dieser Unabhängige Kontrollrat so alles zuständig sein soll, dann ist das doch schon einmal eine ganze Menge, auch erst Recht im internationalen Vergleich, den ja Herr Wetzling schon einmal aufgemacht hat. Ja, tatsächlich gibt es zumindest einen Präzisierungsbedarf, was den Schutz von Vertraulichkeitsbeziehungen angeht. Da hat das Verfassungsgericht in seiner Entscheidung relativ klar gesagt, dass hier eine Ex ante-Kontrolle vorzunehmen ist. Das konnte ich dem Gesetzentwurf nicht richtig entnehmen, zumindest auch der Begründung nicht – hier besteht meines Erachtens noch einmal Präzisierungsbedarf. Im Übrigen sind die Dokumentationspflichten wirklich reichhaltig, man kann vielleicht sogar sagen ausufernd. Wenn man sich allein schon einmal den § 23 anschaut, was alles dort in eine Anordnung aufzunehmen ist, wenn wir das einmal mit der Rechtslage nach G 10 vergleichen, dann ist hier also schon einmal ein bedeutender Schritt getan.

Zur Frage von Herrn Abgeordneten Kiesewetter, ob die Leistungsfähigkeit des Bundesnachrichtendienstes beeinträchtigt werden kann durch den Gesetzentwurf. Nach meiner Auffassung tangiert der Gesetzentwurf die Leistungsfähigkeit des Bundesnachrichtendienstes nicht. Das Verfassungsgericht hat in seiner Entscheidung ja sehr klargestellt, dass hier aufgrund der hohen Bedeutung der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung eine sehr niederschwellige Überwachung möglich ist. Das Verfassungsgericht hat deutlich gesagt, die Überwachung kann anlasslos passieren. Kompensatorisch hat der Gesetzentwurf verfahrensrechtliche Sicherungen da drin. Die sind aber für den BND



eigentlich auch nicht großartig etwas Neues – das kennen die Juristinnen und Juristen aus dem Bundesnachrichtendienst schon aus dem Kontrollverfahren bei G 10, auch da gibt es eine Anordnung, die umgesetzt werden muss. Es wird in der Praxis entscheidend darauf ankommen, wie schnell sich Routinen zwischen dem Kontrollrat und dem Bundesnachrichtendienst entwickeln. Klar ist, aufgrund der hohen Bedeutung der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung für die Sicherheit der Bundesrepublik muss es hier sehr schnell zu einer guten Zusammenarbeit kommen. Vielen Dank.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Vielen herzlichen Dank. Dann Herr Professor Elicker, bitte.

SV **Prof. Dr. Michael Elicker** (Universität des Saarlandes, Saarbrücken): Danke schön. Also es war zunächst die Frage nach dem Vorschlag der FDP zur Errichtung eines parlamentarischen Nachrichtendienstbeauftragten – analog zum Wehrbeauftragten oder sonstigen unmittelbaren Parlamentsbeauftragten. Dazu sehe ich keine entsprechende Intention oder Beauftragung durch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts. Das Bundesverfassungsgericht hat gerade die parlamentarische Kontrolle von einer sogenannten unabhängigen Kontrolle ganz stark abgegrenzt. Es hat gesagt, dass die parlamentarische Kontrolle insbesondere durch das Parlamentarische Kontrollgremium bestimmten parlamentarischen parteipolitischen Bedingungen unterworfen ist, die es schwierig machen, hier wirklich „dichtzuhalten“, sage ich einmal so salopp. Man kennt die Situation, dass öfter mal zur Nutzbarmachung von parteipolitischen Vorteilen von einzelnen Mitgliedern offenkundig etwas durchgestochen wird an die Presse. Das kann ich jetzt nicht für das Parlamentarische Kontrollgremium des Bundestages nachweisen, aber in vielen PKKs der Länder ist es ganz gewiss in der Vergangenheit so gewesen. Von daher hat das Bundesverfassungsgericht ja auch die entsprechende Konsequenz gezogen und hat gesagt: Wenn man wirklich Diskretion will und Geheimschutz will, darf man nicht alles an dieses Parlamentarische Kontrollgremium geben. Das ist in gewisser Weise paradox aber das ist die Feststellung des Bundesverfassungsgerichts.

Dann haben wir die Vorschlagsrechte aus der Fraktion der Grünen. Naja, das ist halt so: Wie bestellt man ein solches Gremium, wenn es recht

unabhängig sein soll? Und ich lese aus der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts halt schon mehr heraus als eine rein formal-organisatorische Gewaltenteilung. Wir kennen ja bisher schon die Kreationen von Richtern durch das Parlament; das ist eigentlich ein eingeführter Vorgang. Gleichwohl sehe ich, dass das Gericht hier eine möglichst strenge Abgrenzung vom sonstigen Politikbetrieb offenbar im Auge hat, das Bundesverfassungsgericht, und deswegen wäre dieses Vorschlagsrecht aus den Fraktionen heraus vielleicht eher nicht das, was es sich vorgestellt hat. Insbesondere – und damit gehe ich auch zur nächsten Frage über – das Vorschlagsrecht durch einen Gerichtspräsidenten: Das beinhaltet natürlich auch eine personalrechtliche und überprüfbare Auswahlentscheidung und damit sind wir ganz klar im Bereich des Artikels 33 Absatz 2 – auch wenn wir es hier mit einem Wahlamt letztendlich zu tun haben. Das ist ja etwas, was bei der Richterwahl schon bisher ganz gewöhnlich Hand in Hand geht und also nicht bestritten wird. Aber in der konkreten Ausgestaltung finde ich es halt, wie auch schon einige Kollegen gesagt haben, viel zu eng, dass man sagt: Der Präsident des BGH oder der Generalbundesanwalt oder die Generalbundesanwältin haben das Vorschlagsrecht und nur aus diesen Institutionen dürfen dann auch Richter in Betracht gezogen werden. Das ist etwas, was verfassungsrechtlich ganz gewiss nicht haltbar ist, insbesondere weil wir in der Verwaltungsgerichtsbarkeit – nicht nur auf der Bundesebene, sondern auch in den Oberverwaltungsgerichten etwa – mit Sicherheit sehr, sehr kompetente Leute finden. Es ist daher auch nicht begründbar, weshalb nur ein Bundesrichter die entsprechende Kompetenz haben sollte. Das wäre es vielleicht für diesmal.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Dann kommen wir als nächstes zu Herrn Professor Gärditz.

SV **Prof. Dr. Klaus F. Gärditz** (Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn): Danke schön, Frau Vorsitzende. Ich beginne einmal gleich mit Ihrer Frage: Bedarf es neben dem neuen Aufbau des Unabhängigen Kontrollrats auch eines begleitenden Ausbaus der parlamentarischen Kontrolle? Ich denke, dass das nach den Leitlinien, die das Bundesverfassungsgericht uns mitgegeben hat, nicht der Fall ist. Das Bundesverfassungsgericht wählt hier einen Begründungsansatz, der auch mich, ehrlich gesagt, überrascht hat, als ich die



Entscheidung das erste Mal las, nämlich es kontrastiert sehr stark aus der Brille der Verhältnismäßigkeit zwischen den Möglichkeiten der parlamentarischen Kontrolle und einer abgeschirmten inneren Rechtskontrolle. Das können Sie aus Randnummer – ich habe es noch einmal gerade rausgesucht – 298 des Urteils lesen, da stellt das Gericht klar: „Der Informationsfluss in den parlamentarischen Raum und damit auch zum Parlamentarischen Kontrollgremium kann indes aus Geheimhaltungsgründen grundsätzlich begrenzt werden.“ Und dann erläutert das Gericht näher, warum es aber einer im Prinzip unbegrenzten internen Kontrolle durch dieses neue Gremium bedarf. Das heißt, wenn man dem Gericht folgt, möchte es eigentlich Eines erreichen, nämlich eine Optimierung der Kontrollintensität durch eine spezifische interne Rechtskontrolle, die gerade entpolitisiert sein soll – letzten Endes, das kann man so sagen – auf Kosten der parlamentarischen Kontrolle. Ob das Ganze klug angelegt ist oder nicht, darüber kann man streiten.

Ich würde Herrn von Notz unmittelbar Recht geben: Wir haben mit Artikel 45d Grundgesetz eine verfassungsunmittelbare Verankerung des Parlamentarischen Kontrollgremiums. Dass das Bundesverfassungsgericht hier ein Organ – ich sage mal –, das es aus der Verhältnismäßigkeit mit reichlich freimütiger Deduktion selbst erfunden hat, über ein verfassungsrechtlich unmittelbar verankertes Gremium stellt, ist, was die Qualität der Dogmatik angeht, zweifelhaft. Nur, wir müssen mit diesem Urteil jetzt leben und in diesem Urteil angelegt ist im Grunde genommen eine Zurückhaltung bei der parlamentarischen Kontrolle und eine Optimierung der internen Kontrolle. Mit diesem Kontrollkonzept, was ganz strikt auch auf einer Abschirmung dieses internen Unabhängigen Kontrollrats ausgerichtet ist, wäre es jetzt auch nicht vereinbar, zum Beispiel den Unabhängigen Kontrollrat als solchen der Kontrolle durch das Parlamentarische Kontrollgremium zu unterwerfen. Das ist eine Frage, die der Entwurf bisher nicht geregelt hat, die er aber vielleicht klarstellend regeln sollte. Das Verhältnis PKGr und UKR ist nämlich weitgehend offen geblieben. Wenn man sich Artikel 45d Grundgesetz ansieht, könnte man durchaus auf die Idee kommen zu sagen, das, was der Unabhängige Kontrollrat macht, könnte man im Einzelnen als eine nachrichtendienstliche Tätigkeit ansehen, weil dieser Kontrollrat ja auch in die

Anordnungen mit einbezogen ist und sich nicht nur auf eine nachträgliche Kontrolle beschränkt. Wenn man das so verstehen würde, würde das ganze Konzept des Bundesverfassungsgerichts leerlaufen, weil dann haben wir ein neues Kontrollorgan, das wird aber nicht abgeschirmt, sondern wird letzten Endes wieder denselben Kontrollmechanismen unterworfen, die wir schon bisher hatten. Das Gericht hat dieses Konzept aber, ob zu Recht oder zu Unrecht, explizit zurückgewiesen. Also würde ich auf einen Ausbau der parlamentarischen Kontrolle hier bewusst verzichten und das aber auch noch deutlicher klarstellen, dass nicht das PKGr am Ende beim UKR die Akten anfordert und sagt: „Wir wollen mal gucken, ob Ihr Eure Kontrollaufgabe ordnungsgemäß im Einzelfall erledigt.“

Herr Kiesewetter, kurz zu Ihrer Frage auch noch: Wird die Umsetzung die Leistungsfähigkeit des BND beeinträchtigen? Ich denke, bei einer mittelfristigen Reformperspektive: Nein. Das allermeiste – Herr Dietrich hat es gerade schon gesagt – was jetzt hier ansteht für die Ausland-Fernmeldeüberwachung ist ja längst bekannt für den ganzen Bereich des G 10. Dort haben sich auch Routinen der Kontrolle etabliert, es bestehen interne Prozessualisierungen, wie man etwa mit Selektoren umgeht, wie die juristische Prüfung erfolgt, das alles funktioniert ja eigentlich gut und etwas wahn-sinnig Neues wird an den BND nicht herangetragen. Die mit den Neuregelungen einhergehende Bürokratisierung, ja gut, ist eben die Last, die mit rechtsstaatlicher Kontrolle und Transparenz ein Stück weit immer verbunden ist. Ich glaube aber, dass mit den Strukturen, die dieses Gesetz jetzt so vorsieht, auch der BND gut sein Auskommen finden wird. Wenn er am Ende dann – ich sage mal – juristisch auf soliderem Boden steht und darauf verweisen kann auf die rechtsstaatliche Einhegung und effektive Kontrollstrukturen, die sich hoffentlich bald eingespielt haben, ist auch der Bundesnachrichtendienst auf der rechtsstaatlich sicheren Seite und auch das ist eine Erleichterung der Arbeit. Ich hätte also keine Bedenken, dass der Dienst mit dem Neuregelungswerk zurecht kommen wird. Vielen Dank.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Vielen herzlichen Dank. Dann Herr Dr. Gazeas, bitte.



**SV Dr. Nikolaos Gazeas, LL.M. (GAZEAS NEPOMUCK** Rechtsanwälte, Köln): Vielen Dank, Frau Vorsitzende. Zu den beiden Fragen des Abgeordneten Thomae, zunächst zu der ersten Frage: Zu § 19 Absatz 4, die Befugnis zum staatlichen Hacking. Also diese Befugnis, meine ich, muss man sehr kritisch bewerten. Sie soll ja einen Zugriff auf Bestands-, Verkehrs- und Inhaltsdaten ermöglichen und das Problem sehe ich in zweierlei Hinsicht. Zum einen, Herr Thomae, ist es tatsächlich so, wenn man sich den Anwendungsbereich dieser Vorschrift anschaut, also der § 19 Absatz 6 verweist ja auf § 19 Absatz 1 und dort sehen wir, dass der Anwendungsbereich in Nummer 1 – die politische Unterrichtung der Bundesregierung –, ist also ein sehr, sehr weit gefasster Bereich, erst in Nummer zwei wird eingeschränkt. In diesem Umfang ist staatliches Hacking zulässig oder soll es zulässig sein. Das geht sehr, sehr weit und würde, weil es eben keine Einschränkungen vorsieht, auch, wie Sie es eben gesagt haben, ein „Ausspähen unter Freunden“ de jure ermöglichen. Ein Problem sehe ich vor allem aber auch in einer anderen Hinsicht, nämlich, dass diese Befugnis eben alle Diensteanbieter erfasst, also auch etwa solche, nehmen wir einmal Amazon, Apple, Google, Dienste, die Sie alle kennen und vielleicht sogar auch selbst nutzen. Und damit führt ein staatliches Hacking in diesem Bereich im Ausland letztlich dazu, dass auch Bundesbürger betroffen sein können. Da sehe ich ein ganz besonderes Problem darin und meine, dass man hier in jedem Falle beschränken sollte. Der reine Verweis auf § 19 Absatz 1 erscheint mir zu weit, wenn man an der Vorschrift dem Grunde nach festhalten möchte.

Zur Zweiten Frage: § 55 Absatz 2 Nummer 1 und dort der Umstand, was der Verfügungsgewalt des BND obliegt. Hier muss man, meine ich, sehr, sehr vorsichtig sein und aufpassen, dass nicht durch die Hintertüre doch die Third Party Rule eingeführt wird. Diejenigen, die bei der mündlichen Verhandlung in Karlsruhe im Januar 2020 dabei waren an den zwei Tagen, erinnern sich ja vielleicht an den mündlichen Bericht von Frau Dr. Cirener, dem damaligen Mitglied des Unabhängigen Gremiums. Und sie berichtete wie ich finde sehr eindrücklich darüber – das ist nicht in vollem Umfang in den Urteilsgründen eingeflossen –, aber sie berichtete sehr eindrücklich von den Schwierigkeiten, die das Unabhängige Gremium hatte in der Auslegung der Fragen, was es darf und was es nicht darf – weniger

mit dem BND, als vielmehr mit dem Bundeskanzleramt. Wenn man solche Regelungen schafft, wie die im § 55 Absatz 2 Nummer 1, so ist das, wenn Sie so wollen, geradezu ein Einfallstor dazu, dass es nicht nur Streitigkeiten gibt, sondern am Ende des Tages ein Standpunkt eingenommen wird, von dem BND unterstützt, welche Daten nun seiner reinen Verfügungsgewalt unterliegen und welche nicht. Ein weiteres Beispiel, Sie haben, Herr Thomae, § 55 Absatz 2 genannt. Wenn man etwa eine Vorschrift weitergeht, § 56 Absatz 3, die Regelung, die den Zutritt und den Zugang des UKR selbst regelt, ist auch paradigmatisch dafür, dass es systemisch, wie ich finde, falsch ist, es dem BND selbst zu überlassen, welche Kontrolle erforderlich ist. Das sollte das UKR selbst bestimmen. Also auch an diesen Stellen rate ich dringend ein Nachjustieren an. Ein weiteres Beispiel für Probleme, die quasi schon jetzt geschaffen werden, sehe ich etwa darin, dass die Anbindung des UKR an das Bundeskanzleramt in meinen Augen zu eng ist – besorgniserregend eng –, etwa auch im Hinblick darauf, dass das UKR Personalverwaltung und Personalwirtschaft an das Bundeskanzleramt übertragen darf. Hier hat meine Sachverständigen-Kollegin, Frau Professorin Markard, ganz richtig darauf hingewiesen. Allein schon, jedenfalls in der Anfangsphase, ist ja ganz fest damit zu rechnen, dass man auf diese Organisationsstrukturen zurückgreift. Und auch hier – glaube ich – würde das zu Ineffizienzen führen, was die wirksame Kontrolle anbelangt. Soviel vielleicht für den Moment.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Vielen Dank. Dann Herr Landefeld, bitte.

**SV Klaus Landefeld** (Eco Verband der Internetwirtschaft, Berlin): Vielen Dank für die Frage von Herrn Hahn über die Aufhebung des Personenbezugs von Verkehrsdaten durch Gesetz. Die gesetzliche Fiktion der Aufhebung des Personenbezugs in § 26 für Verkehrsdaten sehe ich als äußerst problematisch. Das gilt allerdings auch für Inhaltsdaten durch die Streichung des Wortes „Informationen“ in §§ 10 bis 18. Derzeit würden diese Normen in der Praxis millionenfach Lebenssachverhalte erfassen, denn der automatisierte Informationsaustausch oder Informationsaustausch einer Person mit einem Informationssystem ist eigentlich die Regel heute. Wir haben Informationsbeschaffung im Internet, Onlinebanking, Zahlungen, Hotelbuchungen, Navigationssystem oder GPS- und Bewegungsdaten



von Mobilgeräten, die alle einen direkten Personenbezug aufweisen, aber nach dieser Regelung das nicht mehr hätten. Die im Gesetz vorgesehene Regelung und die Anwendung dieser gesetzlichen Ermächtigung ermöglicht dann zukünftig eine Überwachung des Kommunikationsverhaltens nebst Bewegungsprofilen, Finanztransaktionen und Bewegungsdaten von Personen im In- und Ausland. Und das ist auch das erklärte Ziel des Kanzleramts, hier kommt ja der Entwurf her, mit dieser Regelung. Der BND hat diese bereits gelebte Praxis schon vor dem Verfassungsgericht dargelegt und wurde vom BfDI im Rahmen von Prüfungen dafür gerügt – das ist in den Protokollen vom Verfassungsgericht einzusehen. Wie dort dargelegt, gilt nach dessen Definition der Schutzbereich des Artikels 10 GG nur für Kommunikationen zwischen Personen, nicht für Kommunikationen zwischen Personen und Geräten oder von automatisierten Kommunikationen von Geräten untereinander. Im Ergebnis wären dem BND hinsichtlich personenbezogenen Verkehrsdaten keine praktisch wirksamen Grenzen oder Beschränkungen bezüglich Erhebung, Speicherung und Weiterverarbeitung von Verkehrsdaten im In- und Ausland gesetzt. Die Regelungen von § 26 Absatz 2 Satz 2 Nummer 1 und 4 sind daher aus meiner Sicht zu streichen, damit nicht per gesetzlich fingierter, neuer Definition der Personenbezug entfällt. Der geplante Schutz, der ja in § 26 Absatz 3 Satz 2 Nummer 2 drin ist, der ist dysfunktional und unwirksam, denn eine Anonymisierung, wie darin vorgesehen, ist in technischer Hinsicht unmöglich solange auch nur ein Kommunikationsteilnehmer und ein weiteres eindeutiges Merkmal der Kommunikation bekannt sind. Eine derartige Anonymisierung ist durch eine einfache Datenkorrelation mit Daten, die ich irgendwo anders finden kann, jederzeit wieder aufhebbar. Praktisch würde das auch eine Umgehung der Erfordernisse einer G 10-Anordnung zur Verarbeitung personenbezogener Verkehrsdaten von Deutschen und inländischen juristischen Personen oder sich im Bundesgebiet aufhaltenden Personen darstellen. Denn ohne effektive Anonymisierung kann man so einen Schutz nicht gewährleisten. Das Problem besteht also nicht nur für Maschine-zu-Maschine-Kommunikation, sondern eben grundsätzlich für alle Formen von Verkehrsdaten, wenn man die Anonymisierung, die hier angedacht ist, wieder aufheben kann. Dass das nicht funktioniert haben wir ja auch schon im

Veras Urteil gesehen, dass eben die Methoden, die angewandt werden um eben – man möchte ja gerade, dass die Kommunikation weiter korreliert werden kann mit anderen – um eben diesen Bezug im Zweifelsfall wieder aufheben zu können. Aber dann funktioniert das halt nicht. Danke.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Herr Professor Löffelmann, bitte.

SV **Prof. Dr. Markus Löffelmann** (HS Bund, Berlin): Vielen Dank für Ihre Frage, Herr Grötsch. Ich komme mal zur ersten Teilfrage, ausreichender Schutz von Vertraulichkeitsbeziehungen. Sie legen hier den Finger in die Wunde. Der § 53 StPO ist eine auf ganz spezifische Erfordernisse des Strafverfahrens zugeschnittene Norm – die ja im Übrigen auch sehr stark umkämpft ist. Wenn man da einmal reinschaut, da findet sich eine Vielzahl von Berufen, von den Hebammen über Berater in Betäubungsmittelstellen angefangen bis hin zu den Rechtsanwälten. Diese Norm soll nun eine Problematik lösen, die im Ausland stattfindet. Das kann im Grunde genommen nicht funktionieren. Das Bundesverfassungsgericht hat einmal vor geraumer Zeit, in den Siebzigerjahren, gesagt, was ist eigentlich die Voraussetzung dafür, eine Person in den Genuss dieses Privilegs eines Zeugnisverweigerungsrechts kommen zu lassen? Das ist ein klar umrissenes Berufsbild. Aber gerade daran fehlt es halt hier. Und ich glaube, es ist nicht von ungefähr, dass das Bundesverfassungsgericht deshalb, ich habe es gerade noch einmal nachgelesen, in Randnummer 196 der Entscheidung auf die grundrechtliche Dimension des Schutzes von Vertrauensbeziehungen abstellt und formuliert: Der Schutz könne „beschränkt werden auf solche Personen, die tatsächlich schutzwürdig sind, deren Tätigkeit also durch Freiheit und Unabhängigkeit gekennzeichnet ist, die den besonderen grundrechtlichen Schutz dieser Institutionen rechtfertigen. Maßgeblich sind insoweit die sich aus den Grundrechten des Grundgesetzes ergebenden Wertentscheidungen.“ Das ist also ein viel weiterer Rahmen. Und die Problematik betrifft auch nicht nur Journalisten, sondern auch für Rechtsanwälte oder Geistliche ergeben sich sicher im Ausland andere Kriterien, die deren Schutz rechtfertigen. Also ich denke, man würde insgesamt der Problematik besser gerecht werden, wenn man sich hier enger an die Formulierung des Bundesverfassungsgerichts anlehnt. Ich habe jetzt einmal aus der Lamäng versucht, zu formulieren:





„solche Personen, die dem besonderen berufsbezogenen Schutz des Grundgesetzes unterfallen“, beispielsweise könnte man so formulieren. Das könnte man dann in einer Dienstvorschrift des Dienstes näher ausbuchstabieren. Soweit ich das beurteilen kann, ist der Umgang der Mitarbeiter des Dienstes gerade mit solchen heiklen Konstellationen, auch aktuell schon, sehr verantwortungsbewusst. Die Leute wünschen sich möglichst klare Regeln. Aber diese Klarheit, die kann meines Erachtens nicht in der notwendigen Ausdifferenziertheit in dem Gesetz geschaffen werden.

Zu Ihrer zweiten Teilfrage: Ja, das Bundesverfassungsgericht fordert zwei Komponenten für die Besetzung des Unabhängigen Kontrollrats, nämlich einerseits fachliche Qualifikation, andererseits Unabhängigkeit. Die fachliche Qualifikation – das erklärt sich von selbst. Was die Unabhängigkeit angeht, denke ich, kann man hier schon eine gewisse Schwäche der Entscheidung sehen. Denn – ich spreche hier auch gern als ehemaliger Richter – Unabhängigkeit resultiert aus dem Amt und nicht aus einer langjährigen, vielleicht wie der Gesetzentwurf formuliert, bis zu zwanzigjährigen Berufserfahrung. Um das einmal ganz zugespitzt zu formulieren: Niemand würde einem Richter des Bundesverfassungsgerichts fachliche Kompetenz oder Unabhängigkeit absprechen, nur weil er über einen akademischen Hintergrund verfügt. Das wäre lächerlich. Und deshalb denke ich gibt es hier einen weiteren Spielraum, als der Gesetzentwurf es vorsieht. Natürlich könnten das auch Richter des Bundesverwaltungsgerichts sein. Ich kann mir auch vorstellen, dass Mitarbeiter des Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit eine solche Rolle einnehmen, die eben über die Befähigung für das Richteramt verfügen, sofern sie natürlich nicht gleichzeitig weiter beim BfDI tätig sind. Ich glaube, Sie würden sogar sehr gut fündig werden bei den höheren Instanzgerichten, bei den Oberlandesgerichten beispielsweise, wo viel Fachkompetenz vorhanden ist und wo Sie nicht so leicht in die Problematik kommen, dass sich der Pool der Kandidaten so stark verengt, weil es zu wenige Interessenten gibt, dass Sie letztlich im Parlamentarischen Kontrollgremium gar keine echte Wahl treffen können. Und da steckt ja durchaus ein verfassungsrechtliches Problem drin, denn eine Wahl setzt nach meinem Verständnis Alternativen voraus. Gut, ich denke, damit kann ich es bewenden lassen.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Vielen herzlichen Dank, Herr Professor Löffelmann. Jetzt kommen wir zu Frau Professor Markard.

SV **Prof. Dr. Nora Markard** (Westfälische Wilhelms-Universität Münster): Vielen Dank, Herr von Notz, Sie hatten ja nach zwei Dingen gefragt. Einmal zu der Befugnis-Erweiterung und dann zur parlamentarischen Kontrolle. Bei der Befugnis-Erweiterung auf die Möglichkeit der Hackbacks und der Onlinedurchsuchungen im Ausland sehe ich in der Tat massive verfassungsrechtliche wie völkerrechtliche Bedenken. Zunächst fand ich es sehr interessant, dass wir vor der Bundesverfassungsgerichtsentscheidung vom BND immer wieder gehört hatten, so eine Rechtsgrundlage für Maßnahmen im Ausland, das ginge gar nicht, das wäre nämlich ein Übergriff in ausländische Souveränität. Jetzt wissen wir vom Bundesverfassungsgericht: Das stimmt nicht. Das haben viele auch schon vorher gesagt. Jetzt soll es aber sogar noch eine Befugnis geben für die wirklich problematischen Eingriffe in informationstechnische Systeme im Ausland. Also da – finde ich – wird es langsam mindestens diplomatisch, vielleicht aber sogar auch schon völkerrechtlich wirklich problematisch, wenn da [System-]Eingriffe passieren und eben nicht nur gespäht oder abgehört wird. Das fällt natürlich, wie auch in Deutschland, in den Anwendungsbereich des sogenannten Computergrundrechts, Artikel 2 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 1 Absatz 1, das ist das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme. Das Bundesverfassungsgericht hat ja in seinem Urteil ganz eindeutig gesagt: Die Grundrechte gelten erst einmal alle grundsätzlich auch im Ausland für ausländische Personen. Und nur die Reichweite und die Schutzintensität, das kann dann variieren. Es hat auch gesagt, die Schutzdimensionen [können variieren], hat aber eben auch sehr deutlich betont: insbesondere gilt die Abwehrdimension, da ist es vielleicht am einfachsten – das wäre ja jetzt hier auch die Grundrechtsdimension, die betroffen wäre. Das ist übrigens natürlich auch ein Grundrecht, das der Gesetzgeber nicht zitiert hat in der Vorschrift. Also, wir finden nur Artikel 10, weil das ist nun wirklich ganz eindeutig gerügt worden, Artikel 5 fehlt, es fehlen aber eben auch Artikel 2 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 1 Absatz 1. Die Probleme, die da dranhängen an diesen Maßnahmen, haben



glaube ich meine Kollegen Sachverständigen auch schon ganz gut benannt.

Übergriffe drohen auch in die Daten von Personen, die an sogenannten G 10-Verkehren beteiligt sind, also deutsche Staatsangehörige, Personen in Deutschland und hier auch dauerhaft aufenthaltliche Personen. Es droht außerdem bei den sogenannten Zero-Day-Exploits, also bei der Nutzung von Sicherheitslücken, um sich einzuhacken in bestimmte Systeme, dass die nicht rechtzeitig offengelegt und dann eben auch adressiert werden können. Das ist dann nicht nur eine Gefahr für die Person, die abgehört wird, sondern auch für alle anderen Personen, die diese Systeme nutzen und dann von zum Beispiel privaten Hacks oder auch den Hacks ausländischer Nachrichtendienste betroffen sein können. Da sehe ich wirklich massive verfassungsrechtliche Bedenken, und ich halte es für extrem gefährlich, das jetzt mal eben schnell mit zu verabschieden; wenn man sagt, wir machen jetzt nur das Nötigste – das ist wirklich nicht das Nötigste.

Kontrolle vonseiten des Parlaments: Das ist ja leider im Bundesverfassungsurteil nur sehr wenig herausgehoben worden. Also, es ist genannt worden, natürlich. Es ist dann leider im Gesetzentwurf völlig vernachlässigt worden. Da sieht man wieder, wenn das Bundesverfassungsgericht es nicht reinschreibt, dann wird es auch nicht gemacht. Alle, die meckern, das Bundesverfassungsgericht sei Ersatzgesetzgeber: Hier sieht man, warum sie so ausführlich in diesem Urteil Vorgaben gemacht haben. Die Vorgabe enthält aber inzwischen Gott sei Dank seit 2009 ja Artikel 45d Grundgesetz, und der erfordert natürlich auch, dass die parlamentarische Kontrolle entsprechend effektiv sein muss. Insofern, das, was das Bundesverfassungsgericht aus den Grundrechten für die Rechtskontrolle ableitet und sagt, das muss entsprechend effektiv sein, personell, sächlich, von den Befugnissen her und so weiter, das gilt natürlich auch für die parlamentarische Kontrolle. Das PKGrG wird ja leider überhaupt nicht angegangen, in den verschiedenen Gesetzen, die hier reformiert werden. Was das BND-Gesetz selbst vorsehen soll, sind sechsmonatige Berichtspflichten – die haben wir auch jetzt schon, also das ist wirklich keine Verbesserung der Rechtslage. Und was wirklich bedenklich ist, das habe ich ja eben schon ange-

sprochen eingangs, dass hier Sanktionsmöglichkeiten für Fehlinformationen, Falschaussagen einfach vollständig fehlen. Wie man das nun genau ausgestaltet, von mir aus gibt es vielleicht ein bisschen Spielraum, ob man jetzt alles ins Strafrecht reinverlegen muss; aber es kann nicht sein, dass das völlig unsanktioniert bleibt, wenn die parlamentarische Kontrolle in diesem wirklich der Geheimhaltung verpflichteten Gremium offen belogen wird – das geht nicht. Und in der Praxis, das ist ja im Antrag der Grünen auch sehr deutlich geworden, hat der Ständige Bevollmächtigte die Situation sicherlich verbessert durch den personellen Unterbau, der jetzt die parlamentarische Arbeit unterstützt. Aber es gibt natürlich trotzdem noch Probleme, wenn zum Beispiel die Mitarbeitenden nicht mit in die Sitzungen kommen können, wenn mal die Abgeordnete selbst verhindert ist, dass man immer noch die Rücksprache im eigenen Stab hat, das sind einfach zeitliche Einbußen, die problematisch sind und die die effiziente Kontrolle für die ganzen Gremien, die dieses PKGr ja kontrolliert, einfach unterminiert. Elektronische Akten wären da noch zu nennen, Rücksprachemöglichkeiten mit der Fraktion. Ich halte das, gerade angesichts dessen, dass die Rechtskontrolle ja viel von dem abdeckt, was der besonderen Geheimhaltung bedarf, jetzt auch für ein Zeichen, dass die parlamentarische Kontrolle eben auch vielleicht in der Geheimhaltung etwas abgestuft sein kann gegenüber der Rechtskontrolle, und das ermöglicht dann vielleicht auch ein bisschen den Ausbau. Unerwähnt gelassen habe ich im Eingangsstatement noch die parlamentarische Kontrolle durch Untersuchungsausschüsse – da erweist sich die Einstufungspraxis von Verschlussachen als großes Problem in der Praxis. Das wäre sicherlich auch etwas, wenn man noch einmal – das ist ja gerade jetzt quasi versprochen worden, dass das in der nächsten Legislaturperiode noch einmal eine richtig schöne, große Reform geben soll, dann sollte man vielleicht auch da noch einmal eine Kontrollmöglichkeit einführen. Danke.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Herr Dr. Wetzling, bitte.

SV **Dr. Thorsten Wetzling** (Stiftung Neue Verantwortung, Berlin): Vielen Dank für die beiden Fragen, die an mich gerichtet wurden. Ich fange einmal an mit Herrn Grötsch und dem Whistleblower-Schutz. Da denke ich auch, dass eine



zentrale Möglichkeit gegeben werden sollte, auf Missstände hinzuweisen. Und wenn man als Mitarbeiter des Bundesnachrichtendienstes weiß, dass man sich auch an das PKGr namentlich wenden kann, dann ist das vielleicht auch eine Motivationsquelle für derartige Mitarbeiter, dass die wissen, dass deren Meinung auch geschätzt wird und dann trotzdem im Rahmen des Geheimschutzes auch zu Veränderungen führen kann. Und das kann man natürlich dann auch in Einklang bringen mit europäischen Direktiven, die diesbezüglich auch die Stärkung des Whistleblower-Schutzes gefordert haben.

Auf die Frage von Herrn Dr. Hahn bezüglich der privilegierten Zusammenarbeit des Bundesnachrichtendienstes mit den Dienststellen im Bereich des Bundesverteidigungsministeriums habe ich mich, wie Herr Löffelmann schon anfangs gesagt hatte, auch mit diesem schwierigen Katalog dieser Gesetzgebung befasst und mir auch noch einmal die Antworten der Bundesregierung zu den Kleinen Anfragen, die von der Bundestagsfraktion der Grünen eingereicht wurden, angeschaut und da würde ich ganz gern jetzt wie folgt drauf eingehen und zwar: Im Rahmen der privilegierten Zusammenarbeit zwischen dem BND und der Bundeswehr wird im vorliegenden Gesetzentwurf die ohnehin schon unzureichend gefasste Ausnahme vom Grundsatz, dass der BND die Erhebung von personenbezogenen Inhaltsdaten nur anhand von Suchbegriffen durchführen kann, die Eignungsprüfung nach § 24 ja darstellt, um eine weitere Ausnahme vom Grundsatz gemäß § 24 Absatz 5, dass die erhobenen Daten nur zum Zweck der Eignungsprüfung verwendet werden. Das ist nämlich der Fall, weil gemäß § 24 Absatz 7 Nummer 2 soll die Übermittlung der im Rahmen der Eignungsprüfung erhobenen personenbezogenen Daten an die Bundeswehr auch automatisiert und ohne eine umfassende Kennzeichnungspflicht beim BND möglich sein. Ich denke, auf jeden Fall ist es klar, dass auch der Bundesnachrichtendienst eine wichtige Aufgabe hat für die Sicherstellung des Mandats der Bundeswehr und dass da Kooperation auch möglich sein soll, nur ist es halt so, dass die Kombination aus automatisierter und kennzeichnungsfreier Weiterleitung von Daten aus der Eignungsprüfung der weitgefassten Erlaubnis des Führens gemeinsamer Dateien sowie dem fehlenden Ausschluss von Kettenverlängerungen

dieser Dateien der deutlich geringeren Kontrollichte der Datenverarbeitung beim militärischen Nachrichtenwesen zu einer Lage führen, dass man zumindest darüber nachdenken kann, ob man nicht von unterschiedlichen Kontrollichten profitiert, wenn man jetzt weiß, wie die Rechtskontrolle im Rahmen des Bundesnachrichtendienstes relativ stark gefasst ist, aber auch beim Verteidigungsbereich das militärische Nachrichtendienstwesen – das ging ja auch aus der Antwort der Bundesregierung hervor – da gibt es natürlich Möglichkeiten, auch den Verteidigungsausschuss als Untersuchungsausschuss zu benennen. Aber ich möchte noch einmal daran erinnern, was in Kanada jetzt gemacht wurde und da ist es so, dass ein Organ geschaffen wurde – das nennt sich NSIRA. Genau aus dem Grund, die fragmentierte Landschaft der Kontrollorgane wurde dahingehend aufgebrochen und ersetzt mit einem horizontalen, vertieften und interbehördlichen Prüfauftrag. Und ich würde das einfach einmal zur Disposition stellen, dass das – wie gesagt, in meiner Stellungnahme gehe ich da tiefer drauf ein – auch in der Konvention 108 plus des Europarates, viel gefordert wird, dass die ganzheitliche Prüfung aller nachrichtendienstlichen Tätigkeiten, und nicht nur die der drei Nachrichtendienste des Bundes, einer einheitlichen und ähnlichen Kontrollichte unterliegen sollen. Und wenn dem nicht der Fall ist, muss man ja nicht allen etwas Böses unterstellen, aber dann ist zumindest eine Möglichkeit gegeben, dass man von unterschiedlichen Kontrollichten profitieren kann und das könnte der Gesetzgeber meines Erachtens adressieren. Vielen Dank.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Vielen Dank. Mit Blick auf die Zeit können wir noch eine Frage pro Fraktion machen. Dann hätte ich auch vorab auch noch eine Frage in aller Kürze an Herrn Professor Gärditz: Können Sie uns vielleicht einmal einordnen, wie sehen Sie unser BND-Gesetz jetzt im internationalen Vergleich, wenn man jetzt Kontrollmodelle im Ausland betrachtet. Haben wir da eine Vorbildfunktion, sind wir da hinten nach oder wie bewerten Sie das? Dann Herr Kiesewetter, bitte.



BE Abg. **Roderich Kiesewetter** (CDU/CSU): Herzlichen Dank. Ich bin da ganz bei den Kollegen von Notz und Grötsch, was die Verstärkung der parlamentarischen Kontrolle angeht und daher meine abschließende Frage an Herrn Professor Meinel: Wie beurteilen Sie die Kontrolltiefe und Entwicklungsmöglichkeiten des Unabhängigen Kontrollrats für die künftige Ausgestaltung der Kontrolle der Nachrichtendienste und insbesondere welche exponiertere Stellung muss hierbei dem PKGr bei der Kontrolle des UKR zukommen? Nicht nur Stichwort Artikel 45g, sondern, wie es hier in Teilen auch von den Sachverständigen angedeutet wurde, mit Blick auf die gesamte Frage der gezielten Nachfrage beziehungsweise der Geschäftsordnung, der Verfahrensordnung, der Auswahlfragen. Gegebenenfalls gibt es da ja auch best practice von Partnern. Vielen Dank.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Jetzt schaue ich zu Herrn Dr. Wirth. Haben Sie noch eine Frage?

BE Abg. **Dr. Christian Wirth** (AfD): Vielen Dank. Vielen Dank auch für die Antworten. Ich hätte noch eine Frage an Professor Elicker hinsichtlich des Verfahrensrechts: Derzeit ist wohl noch zu bemängeln, dass bei einem gerichtsähnliches Kontrollgremium ein verfahrensrechtliches Defizit besteht. Wie sehen Sie das, bitte?

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Dann Herr Grötsch, bitte.

BE Abg. **Uli Grötsch** (SPD): Vielen Dank, Frau Vorsitzende, ich habe noch eine Frage an Herrn Gärditz und Herrn Löffelmann und zwar stellen wir in unserer Arbeit im PKGr ja regelmäßig fest, dass uns für eine effektive Kontrolle der Nachrichtendienste der inhaltliche Austausch, etwa mit der G 10-Kommission oder auch anderen Kontrollorganen fehlt – wir geraten als Gremium da doch auch immer in Situationen, auf die wir gut verzichten könnten, wenn ich das sagen darf. Sprechen denn aus Ihrer Sicht, Herr Gärditz und Herr Löffelmann verfassungsrechtliche, datenschutzrechtliche oder tatsächliche Gründe -

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Eine Frage an einen Sachverständigen, bitte, Herr Grötsch.

BE Abg. **Uli Grötsch** (SPD): Dann entscheide ich mich für Herrn Löffelmann, Frau Vorsitzende. Herr Löffelmann, sprechen aus Ihrer Sicht verfassungsrechtliche, datenschutzrechtliche oder tatsächliche

Gründe gegen einen regelmäßigen inhaltlichen Austausch des PKGr mit den anderen Kontrollorganen, wie etwa der G 10-Kommission, jetzt dann neu dem UKR oder dem BfDI? Mit Austausch meine ich ausdrücklich nicht Berichtspflichten gegenüber dem PKGr, sondern den Austausch über konkrete Fälle.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Herr Strasser, bitte.

BE Abg. **Benjamin Strasser** (FDP): Vielen Dank, Frau Vorsitzende, ich hätte eine abschließende Frage an Herrn Dr. Gazeas: Sie haben in Ihrem Statement ja relativ deutlich gemacht, dass dieser Gesetzentwurf in der Form das wirkliche minimale Ziel der Umsetzung des Verfassungsgerichtsurteils ist mit wirklich verfassungsbedenklichen Elementen. Das heißt ja aber nicht, dass bei der parlamentarischen Kontrolle alles soweit okay sei. Da würde mich noch einmal Ihre Einschätzung interessieren. Wir hatten vor wenigen Wochen in einem anderen Verfahren vom Bundesverfassungsgericht relativ deutlich ein Sondervotum des Verfassungsrichters Müller gehabt, der klar gemacht hat, dass, wenn die Gesetzeslage so bleibt, wie sie jetzt ist, ganze Bereiche der parlamentarischen Kontrolle von Nachrichtendiensten entzogen werden, da ging es um den Einsatz von V-Leuten. Wir haben jetzt ja einen Gesetzentwurf vorgelegt als FDP-Fraktion zur Einführung eines parlamentarischen Nachrichtendienstbeauftragten, der als Hilfsorgan des PKGr und des Parlaments insgesamt agieren soll im Bereich der präventiven Kontrolle. Wie ist Ihre Einschätzung zu diesem Gesetzentwurf und insbesondere was wären jetzt erste Schritte, die man einleiten könnte, um die parlamentarische Kontrolle von Nachrichtendiensten deutlich zu verbessern? Vielen Dank.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Herr Dr. Hahn, bitte.

BE Abg. **Dr. André Hahn** (DIE LINKE.): Ich hätte noch eine Frage an Frau Professor Markard. Wir haben ja die Situation des Abweichens von der sonstigen Detailliertheit in den Bestimmungen, wo sich der Gesetzentwurf, der jetzt vorliegt, zu Maßnahmen der Ausland-Fernmeldeaufklärung, die nicht vom Territorium der Bundesrepublik ausgeführt werden, ja geradezu ausschweigt, dort eine riesige Lücke ist. Es entsteht der Eindruck, dass dort etwas nicht geregelt wird, das auszufüllen



dann dem BND komplett allein überlassen bleiben soll, jedenfalls obliegen Operationen, die der BND allein oder in Kooperation mit ausländischen Nachrichtendiensten im Ausland durchführt, keinerlei Kontrollbestimmungen. Die vorgesehenen Kontrollpraktiken beziehen sich allein auf Überwachungsmaßnahmen, die der BND auf deutschem Hoheitsgebiet ausführt. Könnten Sie bitte sagen, wie Sie diese Auslassung oder diese Gesetzeslücke bewerten, insbesondere auch vor dem Hintergrund des Urteils des Bundesverfassungsgerichtes und was das denn bedeutet zum Beispiel auch für die Arbeit des Parlamentarischen Kontrollgremiums.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Und die Abschlussfrage hat Herr von Notz, bitte.

BE Abg. **Dr. Konstantin von Notz** (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Vielen Dank, Frau Vorsitzende. Der Halbsatz zu der Frage des Kollegen Strasser sei erlaubt, dass das natürlich eine der großen Tragiken dieses Gesetzgebungsverfahrens ist, dass das, was hier an Legitimation zurückgewonnen werden soll im Bereich SIGINT die Große Koalition mit diesem vollkommen unnötigen Verfahren im Bereich HUMINT zerstört. Nämlich ganze Bereiche der parlamentarischen Kontrolle zu entziehen, ist ein Akt des Wahnsinns, aber das sei einmal dahingestellt. Ich habe noch eine Frage an Frau Professorin Markard und zwar im Hinblick auf die Übermittlungsvorschrift für die Weitergabe an andere ausländische Behörden, also zu § 30 des Gesetzentwurfs, inwieweit ist diese Norm konkret genug oder wie müsste sie weiter ausgestaltet werden, damit sie den notwendigen Anforderungen genügt. Vielen Dank.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Vielen Dank. Dann Herr Professor Elicker, bitte.

SV **Prof. Dr. Michael Elicker** (Universität des Saarlandes, Saarbrücken): Die Frage ging hin zum defizitären Verfahrensrecht beziehungsweise nicht vorhandenen gesetzlich geregelten Verfahrensrechts für den UKR, insbesondere dem gerichtsähnlichen Zweig des UKR. Und das lässt sich relativ kurz und schmerzlos beantworten. Ich sehe, dass auch die Kollegen das so sehen, sofern sie sich dem Thema gewidmet haben. Man kann eine solche Verfahrensordnung nicht durch Geschäftsordnungsrecht schaffen, denn da steht der Vorbehalt des Gesetzes entgegen. Das sind ja wesentliche Dinge und die Verfahrensgrundrechte können

natürlich nicht einfach zur Disposition einer Behörde gestellt werden, die sich selbst eine Geschäftsordnung gibt. Von daher müssen diese grundrechtswesentlichen Dinge gesetzlich geregelt werden. Das kann natürlich auch durch eine Verweisung geschehen auf andere Verfahrensordnungen, aber diese Verweisungen haben wir noch nicht in diesem Entwurf und ich erinnere daran, dass wir zum Beispiel heute noch im Bereich des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes größte Schwierigkeiten haben in manchen Bereichen, weil auch das keine vollständige Prozessordnung ist und dort eben halt auch nur teilweise Verweisungen stattfinden, insbesondere auf das Gerichtsverfassungsgesetz. Deswegen haben wir zum Beispiel bis heute keine Klärung darüber, welche Beweislastregeln etwa im Eilverfahren vor dem Bundesverfassungsgericht gelten und das sollte man sich hier nicht unbedingt antun, wenn man will, dass diese Institution des UKR von Anfang an effektiv und ohne unnötige Beanstandungen handeln kann. Das dazu vielleicht.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Vielen herzlichen Dank. Dann Herr Professor Gärditz, bitte.

SV **Prof. Dr. Klaus F. Gärditz** (Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn): Frau Vorsitzende, zu Ihrer Frage: Ich denke, dass wir im internationalen Vergleich mit dem Entwurf hier sehr gut dastehen. Es gibt ja sehr unterschiedliche Kontrollansätze, man kann die auch nicht immer unmittelbar miteinander vergleichen, hier war oft von Kanada die Rede. Es gibt natürlich sehr unterschiedliche Justiz- und Verwaltungskulturen. Jeder Entwurf muss dem Setting insgesamt angepasst sein. Ich denke aber, dass wir hier, was sowohl die Chancen für eine effektive Kontrolle durch einen doch extrem hochkarätig besetztes Gremium dann, als auch dem Gesamtsetting, der aus – ich sage mal – präventiven Anordnungen wie nachträglichen Kontrollen, sehr gut dastehen werden und dass sich das sicherlich also zumindest im internationalen Vergleich gut sehen lässt und vielleicht für das ein oder andere Land auch Vorbildfunktion haben kann. Vielen Dank.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Vielen herzlichen Dank. Dann Herr Dr. Gazeas, bitte.

SV **Dr. Nikolaos Gazeas, LL.M.** (GAZEAS NEPOMUCK Rechtsanwälte, Köln): Vielen Dank,



Frau Vorsitzende. Zu den Fragen von Herrn Strasser zum Thema parlamentarische Kontrolle: Vielleicht zunächst zu der von Ihnen angesprochenen Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, Herr Strasser. Sie meinen, davon gehe ich aus, den Beschluss vom 16. Dezember 2020 im Zusammenhang mit den V-Personen. Also, ich halte die Entscheidung für nicht richtig, allerdings zeigt sie ja, in welche Richtung, auch gerichtlich, über die Frage der Wechselwirkungen zwischen parlamentarischem Informationsrecht und staatlichen Geheimhaltungsinteressen der Exekutive entschieden werden kann. Das abweichende Votum von Richter Müller spricht in meinen Augen die neuralgischen Punkte ganz, ganz zutreffend an. Nicht ohne Grund wurde es – glaube ich – sehr ausführlich in der Pressemeldung, die vor kurzem erschienen ist, auch ausgeführt. Wenn man sich einmal anschaut, wie hoch die Notwendigkeit der parlamentarischen Kontrolle einerseits gehalten wurde in unserem BND-Gesetz-Urteil vom 19. Mai und wenn ich diese Entscheidung daneben lege, so passt das nicht recht zusammen. Das zeigt allerdings einmal mehr, so meine ich, dass insoweit jedenfalls Handlungsbedarf besteht für eine Optimierung der parlamentarischen Kontrolle, als dass man faktisch auf die Ebene gehoben sein muss, um effektiv kontrollieren zu können. Während der Ausbau der Befugnisse und auch vielleicht der personelle Ausbau, der finanzielle Ausbau bei den Nachrichtendiensten – ganz zu Recht – stattfindet, was etwa Personalien anbelangt, sehe ich, wenn Sie so wollen, ein Missverhältnis bei der parlamentarischen Kontrolle. Zwar ist die Einführung eines Ständigen Bevollmächtigten ein Schritt in die richtige Richtung, aber das sollte dann auch noch nicht der Schlusspunkt sein, sondern vielmehr, wenn Sie so wollen, dort weiter anzusetzen. Den Vorschlag, den Ihre Fraktion dort eingeführt hat mit einem Nachrichtendienstbeauftragten, das wäre eine denkbare Möglichkeit, die Kontrolle zu verbessern. Andere gibt es auch. Ganz wichtig ist es in meinen Augen, hier im Blick zu behalten, dass eine Kontrolle auf Augenmaß möglich ist. Die Berichtspflichten, wie sie etwa in dem aktuellen Entwurf vorgesehen werden, halte ich für zu wenig. Alle sechs Monate nur Berichte zu bekommen vom UKR dürfte zu wenig sein. Einige andere Punkte sind eben auch von anderen Sachverständigen-Kollegen angesprochen worden, da meine ich, sollte man in jedem Falle noch nachjustieren. So viel vielleicht

von mir.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Vielen herzlichen Dank. Dann kommen wir als nächstes zu Herrn Professor Löffelmann.

SV **Prof. Dr. Markus Löffelmann** (HS Bund, Berlin): Die Frage war, ob der Informationsaustausch zwischen den verschiedenen Kontrollgremien sich auf konkrete Fälle beziehen kann. Das ist gewissermaßen eine Systemfrage, würde ich sagen. Das Bundesverfassungsgericht schreibt in Randnummer 298: „Der Informationsfluss in dem parlamentarischen Raum kann aus Geheimhaltungsgründen grundsätzlich begrenzt werden“. Erforderlich ist auf jeden Fall für eine effektive Kontrolle die Unterrichtung in abstrakter Art und Weise. Und insofern kann auch ein Austausch mit anderen Organen stattfinden. Das ist das Modell, das jetzt in § 58 des Entwurfs realisiert wurde mit dem doppelten Jeweiligkeitsvorbehalt. Ich finde das grundsätzlich gelungen. Aber wenn Sie nach Alternativen fragen, dann muss man sagen, der Gesetzgeber hat bei der Austarierung dieses verfassungsrechtlichen Konflikts sicher einen sehr breiten Gestaltungsspielraum, und das macht auch andere Systeme denkbar. Wir haben auf der einen Seite die Gewährleistung effektiver parlamentarischer Kontrolle, auf der anderen Seite den Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung, Quellenschutz, im Übrigen auch Leib und Leben von Quellen, Datenschutz, Staatswohlgesichtspunkte. Auf der Ebene einfachen Rechts wird in einer Vielzahl von Normen dieses Spannungsverhältnis aufgelöst. Also, das scheint mir durchaus möglich. Natürlich gibt es dabei tatsächliche Probleme – Geheimschutzbedürfnisse, die dann irgendwie reguliert werden müssen.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Vielen herzlichen Dank, Herr Professor Löffelmann. Wir kommen jetzt noch zu Frau Professor Markard.

SV **Prof. Dr. Nora Markard** (Westfälische Wilhelms-Universität Münster): Vielen Dank für die beiden Nachfragen. Zunächst zu Ihrer Frage, Herr Dr. Hahn: Ich gehe davon aus, dass die Rechtsgrundlagen auch für Maßnahmen gelten sollen, die im Ausland durchgeführt werden. Und sicherlich eindeutig ist ja, dass das Bundesverfassungsgericht seine Vorgaben gerade nicht danach unterschieden hat, wo die AFA-Maßnahme durch die Behörde durchgeführt wird – ob sie also jetzt auf dem



Territorium der Bundesrepublik oder im Ausland stattfindet –, also da gelten ganz klar gleiche Voraussetzungen.

Was die Weitergabe an die ausländischen Nachrichtendienste nach § 30 angeht, ob man das weiter ausgestalten müsste? Ja, also da finde ich sind einige Ansatzpunkte für Kritik zu finden: Zum einen beruht die Weitergabe ja auf Kooperationsabkommen, und die sind leider einer Vorabkontrolle zum Beispiel nicht zugänglich. Das finde ich wirklich ein Problem, weil gerade da soll ja festgehalten werden, was dann genau ausgetauscht werden darf, welche Garantien auch eingegangen werden durch die ausländischen Nachrichtendienste, was die Datenverwendung angeht. Und die gerichtsähnliche Vorabkontrolle ist ein zweiter Punkt, wo man sicherlich nachsteuern müsste. Das wurde ja auch schon von den sachverständigen Kollegen gesagt, zum Teil finden sich die Regelungen zum Schutz von Betroffenen nur bezüglich der Personen, die Berufsgeheimnisträger sind, also die Vertraulichkeitsbeziehung betreffend. Aber das Bundesverfassungsgericht hat sehr klar im Auge gehabt, dass auch andere Personen gefährdet sein können von der Weitergabe von solchen Daten. Und jetzt finde ich hier im § 30 Absatz 9 einen Verweis zwar auf § 29 Absatz 8 und 13 bis 16 entsprechend – das ist aber die Übermittlung von personenbezogenen Daten aus einer Vertraulichkeitsbeziehung, während es zum Beispiel im Absatz 6, also das ist jetzt der § 30 Absatz 6 des Gesetzentwurfes, auch um sonstige möglicherweise drohenden erheblichen Menschenrechtsverletzungen oder Verletzungen von elementaren rechtsstaatlichen Grundsätzen geht. Genau für diese Personen gilt auch, was das Bundesverfassungsgericht gefordert hat: Das muss möglichst schon rausgefiltert werden, dann braucht es eine händische Kontrolle, und im Einzelfall braucht es auch eine gerichtsähnliche Vorabkontrolle bei der Weitergabe solcher Daten. Das fehlt hier vollständig – da muss unbedingt nachgebessert werden.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Vielen herzlichen Dank. Und zum Abschluss noch Herr Professor Meinel, bitte.

**SV Prof. Dr. Florian Meinel** (Georg-Augustus-Universität Göttingen): Vielen Dank. Einmal die Frage nach der Kontrolltiefe des UK-Rats. Die ist ja, glaube ich, rechtlich unbeschränkt und wird im Wesentlichen in der Praxis definiert werden, einfach durch die Kapazitätsgrenzen. Lösung: Sowohl das Bundesverfassungsgericht als auch der Gesetzgeber stellen stark ab auf die Seniorität und die Hochrangigkeit der Besetzung. Und einfach das Prestige, das diese Institution mitbringt. Ob das funktioniert, ist – glaube ich – bei einer am Reißbrett entworfenen Institution, Stand: heute, nicht wirklich zu beantworten, sondern sie ist etwas, was sich einspielen muss und das werden wir nach der Evaluierung nach einigen Jahren sehen, inwieweit das funktioniert und wie die Kontrolltiefe sich in der Praxis gestaltet.

Frage nach dem Verhältnis zu PKGr: Das ist – glaube ich –, das haben wir jetzt schon oft gesagt, das zentrale rechtspolitische Problem. Ich vertrete auch den Standpunkt, dass es mit der Karlsruher Entscheidung unvereinbar wäre, den UK-Rat der Kontrolle durch das PKGr zu unterwerfen. Ich würde aber gern daran erinnern, dass Artikel 45d – also die Verfassung – nicht das PKGr in seiner jetzigen Form verlangt. Es verlangt überhaupt kein parlamentarisches Gremium zur Kontrolle der Geheimdienste, sondern nur ein vom Parlament eingesetztes Gremium in Artikel 45d. Ich sehe daher im Wesentlichen eine sozusagen gedankliche Möglichkeit, die verfassungsrechtlichen Zweifel an dieser Konstruktion im Hinblick auf den Vorrang der parlamentarischen Kontrolle zu beseitigen, indem man nämlich den Artikel 45d so interpretiert, dass er es auch ermöglicht, dass der Bundestag sozusagen nicht nur ein Gremium, sondern mehrere einführt, in denen er die Kontrolle der Nachrichtendienste aufspaltet. Da müssten wir einmal darüber nachdenken, ob das Artikel 45d zu entnehmen ist: Auch der UK-Rat als ein vom Parlament bestelltes Gremium zur nachrichtendienstlichen Kontrolle. Das wäre sozusagen ein Mittel, um die verfassungsrechtlichen Probleme zu lösen. Ich würde meinen, dass das mit dem Wortlaut des Artikels 45d jedenfalls vereinbar wäre. Vielen Dank.



Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Vielen herzlichen Dank. Damit haben wir nur minimal überzogen. Ich bedanke mich bei allen Sachverständigen ganz herzlich, auch für das wirklich zügige und konstruktive Arbeiten in den zwei Stunden. Ich wünsche Ihnen allen noch eine gute Woche und darf hiermit die Sitzung schließen.

Schluss der Sitzung: 12:02 Uhr

Andrea Lindholz, MdB  
**Vorsitzende**



**Deutscher Bundestag**  
Ausschuss für Inneres und Heimat

Ausschussdrucksache  
**19(4)731 A**



Rheinische  
Friedrich-Wilhelms-  
Universität Bonn

Rechts- und  
Staatswissenschaftliche  
Fakultät

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

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

Bonn, den 16. Februar 2021

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

***Anhörung am 22. Februar 2021***

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

## I. Hintergrund

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## II. Materielle Neuregelung der Ausland-Fernmeldeaufklärung

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

### 1. Präzise Finalisierung der Aufklärung

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## 2. Unvollkommener Inländerschutz

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

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

<sup>18</sup> Unten VI.

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

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

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

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

### 3. Relativer Schutz von Vertrauensbeziehungen

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

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

### III. Datenübermittlung

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## 1. Bereichsspezifische Differenzierung

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## 2. Übermittlung an ausländische Stellen

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

## IV. Nachrichtendienstkooperationsrecht

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

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

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

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

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

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



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

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

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

## V. Eingriffe in informationstechnische Systeme und Gesamtsystematik

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

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

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

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

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

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

## VI. Neue Kontrollstrukturen

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

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

### 1. Unabhängiger Kontrollrat

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## 2. Konsequenzen für das Parlamentarische Kontrollgremium

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

### a) Unterschiedliche Kontrollprofile in Struktur und Intensität

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

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

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

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

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

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

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

## b) Kooperationsrecht

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

## c) Kontrolle des Unabhängigen Kontrollrats durch PKGr?

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

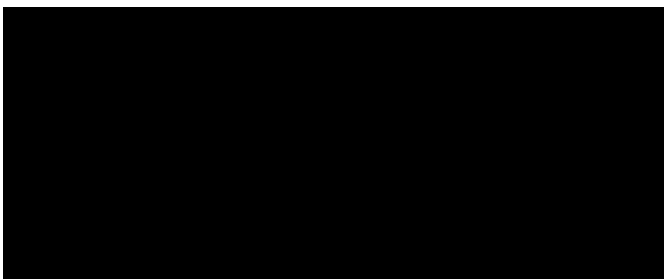
<sup>87</sup> BT-Fraktion der FDP, Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der parlamentarischen Kontrolle der Nachrichtendienste, BT-Drs. 19/19502.

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

## VII. Gesamtbilanz

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

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



(Professor Dr. Klaus Gärditz)

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

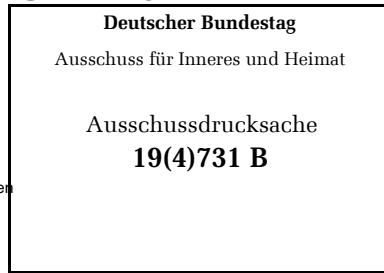
<sup>89</sup> Tendenziell wohl auch BfDI, Stellungnahme v. 18.12.2020, S. 9: Vermeidung von Doppelkontrollen.

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

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

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





Prof. Dr. Florian Meinel  
Abteilung für Staatstheorie,  
Vergleichendes Staatsrecht  
Tel. +49 (0) 551 / 39-24698  
Fax +49 (0) 551 / 39-25345  
florian.meinel@jura.uni-goettingen.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, 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 2020<sup>1</sup> 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

---

<sup>1</sup> 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.<sup>2</sup> 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“.<sup>3</sup> 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

---

<sup>2</sup> BVerfG, a.a.O., Rdnr. 282, 292 ff.

<sup>3</sup> 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.<sup>4</sup> Alle Techniken parlamentarischer „In-Camera“-Verfahren, bei denen parlamentarische Gremien unter Geheimschutz arbeiten,<sup>5</sup> 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.<sup>6</sup> 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.<sup>7</sup> 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.

---

<sup>4</sup> 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.

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

<sup>6</sup> *Hermes* a.a.O., Rdnr. 8.

<sup>7</sup> 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,<sup>8</sup> 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

---

<sup>8</sup> 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





Hochschule des Bundes  
für öffentliche Verwaltung

**Deutscher Bundestag**  
Ausschuss für Inneres und Heimat

Ausschussdrucksache  
**19(4)731 C**

POSTANSCHRIFT HS BUND, POSTFACH 40527, 10063 BERLIN

Deutscher Bundestag  
Ausschuss für Inneres und Heimat  
Platz der Republik 1  
11011 Berlin

**Prof. Dr. Markus Löffelmann**

HAUSANSCHRIFT Habersaathstr. 51, 10115 Berlin

POSTANSCHRIFT Postfach 40527, 10063 Berlin

TEL 030 – 22 00 89 – 85513

E-MAIL markus.loeffelmann@hsbund-nd.de

DATUM Berlin, 18.02.2021

BETREFF **Schriftliche Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung am 18. Februar 2021 zu BT-Drs.  
19/26103, 19/26221, 19/19502 und 19/509**

Stellungnahme zum

Gesetzentwurf der Bundesregierung

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

Bundestags-Drucksache 19/26103

sowie

zu dem Antrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN Legitimität und Leistungsfähigkeit  
der Nachrichtendienste stärken – Kontrolle auf allen Ebenen verbessern und ausbauen,  
Bundestags-Drucksache 19/26221,

zu dem Gesetzentwurf der Fraktion der FDP Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der par-  
lamentarischen Kontrolle der Nachrichtendienste, Bundestags-Drucksache 19/19502 und

zu dem Antrag der Fraktion der FDP Reform der Nachrichtendienste – Lehren aus dem Urteil  
des Bundesverfassungsgerichts zum BND-Gesetz, Bundestags-Drucksache 19/19509



## A. Vorbemerkung

Der Gesetzentwurf unter BT-Drs. 19/26103 dient in erster Linie der Umsetzung der Vorgaben des BVerfG in seinem Urteil vom 19.5.2020, 1 BvR 2835/17. Darüber hinaus werden mit dem Gesetz eine Befugnis des BND zu Eingriffen in informationstechnische Systeme („Online-Durchsuchung“, „informationstechnische Operation“, „Computer Network Exploitation“) von Ausländern im Ausland sowie Befugnisse zur zweckändernden Weiterverarbeitung von Telekommunikationsverkehrsdaten, die aus Maßnahmen der Fernmeldeaufklärung nach §§ 3, 5 und 8 G 10 gewonnen wurden, geschaffen. Der Antrag unter BT-Drs. 19/26221 versammelt über den durch das Urteil des BVerfG vom 19.5.2020 veranlassten Regelungsbedarf hinausgehend eine Vielzahl von Vorschlägen für eine grundsätzliche Änderung der Kontrollregimes betreffend die Nachrichtendienste des Bundes, namentlich für einen Ausbau der parlamentarischen Kontrolle. Der Gesetzentwurf unter BT-Drs. 19/19502 und der Antrag unter BT-Drs. 19/19509 betreffen den Vorschlag der Errichtung des Amtes eines parlamentarischen Nachrichtendienstbeauftragten.

## B. Zu BT-Drs. 19/26103

### I. Zu Artikel 1 (Änderung des BNDG)

#### 1. Zu Ziff. 2 (Geltungsbereich)

Die Regelung des § 1 Abs. 2 S. 2 BNDG knüpft an den bisherigen Charakter des BNDG als Datenschutzgesetz an (vgl. BGBl. I 1990 S. 2954; dazu näher Kutzschbach, in: Dietrich/Eiffler, Handbuch des Rechts der Nachrichtendienste, Teil VI § 6 Rn. 2 ff.), dessen Geltung auf das Hoheitsgebiet der Bundesrepublik Deutschland beschränkt ist. Dahinter steht der Gedanke, dass die Erhebung von Informationen durch den BND nur dann einen regelungsbedürftigen Grundrechtseingriff darstellt, wenn sie auf deutschem Hoheitsgebiet erfolgt. Mit der Klarstellung der Erstreckung des Grundrechtsschutzes auf Ausländer im Ausland durch das Urteil des BVerfG vom 19.5.2020 wird diese territoriale Unterscheidung hinfällig. § 1 Abs. 2 S. 2 BNDG sollte daher gestrichen werden, zumal die Auslegung der Norm schon bislang erhebliche Schwierigkeiten bereitet hat (vgl. Gusy, in: Schenke/Graulich/Ruthig, Sicherheitsrecht des Bundes, 2. Aufl. 2018, § 1 BNDG Rn. 45 ff.).

#### 2. Zu Ziff. 5 (nachrichtendienstliche Mittel)

Nach der Entwurfsbegründung (S. 51) soll mit der Verschiebung der Verweisung auf § 8 Abs. 2 BVerfSchG keine inhaltliche Änderung des rechtlichen Handlungsrahmens einhergehen. Dem Wortlaut des § 5 S. 1 BNDG-E nach ist jedoch durch das Wegfallen der Verweisung auf § 8 Abs. 2 BVerfSchG – ungeachtet der Tatsache, dass diese Norm wegen ihrer im Gegensatz zu Parallelnormen mehrerer LVerfSchG offenen Fassung und Verweisung auf interne Dienstvorschriften der Kritik ausgesetzt ist – eine erweiternde Auslegung auf andere, dort nicht genannte nachrichtendienstliche Mittel möglich. Im Gegensatz zu den §§ 9, 9a, 9b BVerfSchG stellt § 8 Abs. 2 BVerfSchG, wie erst durch das Änderungsgesetz vom 17.11.2015 (BGBl. I S. 1938) klargestellt wurde, auch keine Befugnisnorm dar (BT-Drs. 18/4654, S. 25; Roth, in: Schenke/Graulich/Ruthig, a. a. O., § 8 BVerfSchG Rn. 20), so dass



die Verlagerung in den Kontext der erstgenannten Normen systematisch nicht stimmig ist. Die bisherige Formulierung des § 5 BNDG sollte vor diesem Hintergrund beibehalten werden.

### **3. Zu Ziff. 9 (Datenweiterverarbeitung)**

Die bisherigen §§ 19 bis 21 BNDG werden vom Entwurf unverändert als §§ 6 bis 8 BNDG-E übernommen. Die bisherige Rechtslage weist allerdings durch mehrere Verweise auf das BVerfSchG Unstimmigkeiten auf. So haben die einschränkenden Voraussetzungen nach § 10 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 BVerfSchG im BNDG, welches in § 19 Abs. 1 auf diese Norm verweist, keinen Anwendungsbereich. Unstimmig – und regelungstechnisch unübersichtlich – ist auch die Einhegung der Verarbeitung personenbezogener Daten Minderjähriger durch die Bezugnahme in § 19 Abs. 2 BNDG auf § 11 BVerfSchG, der wiederum auf den Straftatenkatalog des G 10 verweist. Das gegenständliche Regelungskonzept löst sich gerade von einem auf Anlasstaten bezogenen Ordnungskonzept und differenziert zwischen politischer Unterrichtung und Gefahrenfrüherkennung. Auch die Unterscheidung zwischen Dateien und Akten bei den Berichtigungs- und Löschungspflichten nach § 20 BNDG und § 12 BVerfSchG erscheint nicht mehr zeitgemäß. Die gegenständlichen Normen sollten – wenn nicht im gegenständlichen Entwurf, so doch perspektivisch – ebenfalls neu gefasst und dabei im BNDG ein selbständiges Regelungsregime etabliert werden.

### **4. Zu Ziff. 12 (Datenabfrage)**

Die Übermittlungsvorschrift des § 23 BNDG wird vom Entwurf als § 10 BNDG-E übernommen und lediglich redaktionell an den datenschutzrechtlichen Sprachgebrauch angepasst. Soweit § 23 Abs. 3 BNDG eine Abfragebefugnis des BND für bei anderen Sicherheitsbehörden gespeicherte personenbezogene Daten enthält, entspricht diese nicht den Vorgaben des BVerfG zur präzisen und normenklaren Regelung der Abfragebefugnis unter Berücksichtigung qualifizierter Eingriffsschwellen, die der Intensität des durch die Abfrage vermittelten Grundrechtseingriffs entsprechen. Die Monita des BVerfG aus seiner Entscheidung vom 27.5.2020, 1 BvR 1873/13, 1 BvR 2618/13 (Bestandsdatenauskunft II) sind dem Gedanken nach auf den Austausch anderer Arten von personenbezogenen Daten als Bestandsdaten übertragbar. § 23 Abs. 3 BNDG (§ 10 Abs. 3 BNDG-E) unterscheidet weder zwischen verschiedenen Erhebungskontexten, noch zwischen verschiedenen Arten personenbezogener Daten und Kategorien der Schutzbedürftigkeit, noch enthält die Norm qualifizierte Anforderungen an die Abfrage. Alleiniges materielles Anforderungskriterium ist die Erforderlichkeit zur Aufgabenerfüllung. Für die nachrichtendienstliche Praxis entsteht dadurch das Problem, dass handlungsleitende Maßstäbe für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer Anforderung weitgehend fehlen. Angesichts der generellen Unübersichtlichkeit des sicherheitsbehördlichen Datenübermittlungsregimes, der großen Tragweite der mit einer Datenanforderung - oder deren Unterlassen - verbundenen Konsequenzen und hohen Verantwortlichkeit des einzelnen Sachbearbeiters, welche durch die gesetzliche Dokumentationspflicht (§ 23 Abs. 3 S. 2 BNDG i. V. m. § 18 Abs. 5 BVerfSchG) lückenlos nachvollziehbar ist, erscheint diese Regelung nicht sachgerecht. Eine adäquate Überarbeitung der Norm würde freilich vorgängig die Entwicklung eines in sich konsistenten Systems von Schutzbedürftigkeitsklassen für



personenbezogene Daten und die Zuordnung gewichteter hoheitlicher Zwecke voraussetzen. Ein solches System existiert bislang nicht und wird aus datenschutzrechtlichen Gründen, aber auch zur Herstellung von Handlungssicherheit für die Mitarbeiter der Nachrichtendienste sowie aus verfahrensökonomischen Gründen dringend benötigt (vgl. bereits ausf. zu den Übermittlungsregelungen bei der Bestandsdatenabfrage Löffelmann, Deutscher Bundestag, Ausschuss für Inneres und Heimat, Ausschussdrucksache 19(4)696 B).

### **5. Zu Ziff. 13 (Datenübermittlung)**

Die vorstehenden Ausführungen gelten sinngemäß für die in § 24 BNDG (§ 11 BNDG-E) geregelte Übermittlung von personenbezogenen Daten durch den BND an andere Behörden (in diese Richtung auch die Kritik des Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit in seiner Stellungnahme vom 18.12.2020 unter Ziff. 7). Die Schwellen nach § 24 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 und 3 BNDG i. V. m. § 19 Abs. 1 BVerfSchG dürften zwar den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Übermittlung von personenbezogenen Daten, welche durch qualifizierte Grundrechtseingriffe erhoben wurden, genügen. Das Regelungsregime ist aber überaus unübersichtlich, impraktikabel und dadurch fehleranfällig, was nicht mit der großen Tragweite von Datenübermittlungen im Sicherheitsbereich korrespondiert. Die Regelungen wurden deshalb vom BVerfG unter Bestimmtheitsgesichtspunkten beanstandet (BVerfG, a. a. O., Rn. 312 - 314)

### **6. Zu Ziff. 14 (Beteiligung der Bundeswehr an gemeinsamen Dateien)**

Die Beteiligung der Bundeswehr an gemeinsamen Dateien nach § 25 BNDG (§ 12 BNDG-E) erscheint aus den in der Begründung genannten Gesichtspunkten (S. 52) grundsätzlich sachgerecht. Das Konzept der gemeinsamen Dateien beruht allerdings darauf, dass bei jedem Einstellen eines Datums durch eine Behörde die Zugriffsberechtigung aller anderen beteiligten Behörden überprüft werden muss (§ 25 Abs. 2 S. 1 BNDG). Danach wäre also eine Befugnis der beteiligten Behörden zur Datenübermittlung an die Bundeswehr im Einzelfall erforderlich, entsprechend auch eine Befugnis der Dienststellen der Bundeswehr zur Abfrage und Nutzung solcher Daten. An solchen Übermittlungs- und Abfragebefugnissen unter Beteiligung der Dienststellen der Bundeswehr fehlt es bislang, weshalb die Änderung ins Leere läuft. § 25 Abs. 3 S. 1 BNDG i. V. m. § 19 Abs. 2 BVerfSchG bezieht sich nur auf die Dienststellen der in Deutschland stationierten NATO-Streitkräfte. § 23 Abs. 1 S. 2 BNDG enthält eine Befugnis nur für den umgekehrten Fall der Datenübermittlung von der Bundeswehr an den BND.

### **7. Zu Ziff. 21 (Technische Aufklärung)**

a) Zu § 19 BNDG-E (strategische Ausland-Fernmeldeaufklärung)

aa) Zu Absatz 1

Die Legaldefinition der strategischen Fernmeldeaufklärung in § 19 Abs. 1 BNDG-E vermengt Begrifflichkeiten mit Bezug zum Recht auf informationelle Selbstbestimmung („personenbezogen“) und zum Fernmeldegeheimnis („Inhaltsdaten“). Weder allgemeinsprachlich noch



technisch macht die Rede von „Inhaltsdaten von Ausländern“ Sinn. Gemeint sind Inhaltsdaten der Telekommunikation von Ausländern. Das Fernmeldegeheimnis unterscheidet auch nicht, wie die Entwurfsbegründung (S. 54) unterlegt, zwischen personenbezogenen Daten einer Telekommunikation und Sachdaten. Vielmehr ist der Telekommunikationsvorgang als solcher durch Art. 10 GG geschützt, einerlei, ob die Telekommunikationsinhalte sich zu Personen verhalten oder sich um „reine Sachdaten“ handelt. Für die nachrichtendienstliche Praxis mag eine solche Differenzierung zu einer prima facie wünschenswerten Absenkung der Schwelle für die Verarbeitung vermeintlich „nicht-personenbezogener“ Telekommunikationsdaten führen. Zugleich bedeutet diese Differenzierung aber auch eine Pflicht zur Unterscheidung von „personenbezogenen“ und lediglich „sachbezogenen“ Telekommunikationsdaten. Eine solche Unterscheidung ist schon theoretisch kaum möglich, da es nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG im Kontext der digitalen Datenverarbeitung und Speicherung kein persönlichkeitsrechtlich „belangloses Datum“ mehr gibt (vgl. bereits BVerfGE 65, 1, 45; 120, 378, 398 f. u. ö.), und erscheint daher auch wenig praktikabel. Jedenfalls erschließt sich nicht, welcher Datenbestand unter die „nicht-personenbezogenen“ Inhaltsdaten fällt, und welche Regelungen hierfür gelten. § 19 Abs. 1 BNDG-E kommt insoweit als Ermächtigungsgrundlage wegen der einschränkenden Formulierung „personenbezogene“ nicht in Betracht. Es sollte geprüft werden, ob auf diesen einschränkenden Begriff verzichtet werden kann. Gegebenenfalls sollte klargestellt werden, welche Regelungen für „sachbezogene“ Telekommunikationsdaten gelten, die dem Schutzbereich des Art. 10 GG unterfallen.

Die Legaldefinition folgt ferner nicht der üblichen (und auch vom BVerfG verwendeten) Unterscheidung von Datenerhebung und Datenverwendung oder Datenverarbeitung. Übersichtlicher wäre es, zunächst die strategische Fernmeldeaufklärung als Mittel der Datenerhebung zu definieren. Nur für das Speichern und die weitere Verwendung der nach der Relevanzprüfung noch vorliegenden Inhaltsdaten sollte der datenschutzrechtliche Begriff des Verarbeitens verwendet werden. Andernfalls besteht Raum für den Fehlschluss, dass auch nach Abschluss der Relevanzprüfung Teile des Rohdatenstroms weiter bevorratet und anderweitig verarbeitet werden können, denn Verarbeitung von Inhaltsdaten „auf der Grundlage zuvor angeordneter strategischer Aufklärungsmaßnahmen“ ist auch die unbegrenzte Speicherung und spätere Auswertung von Rohdaten in anderen Zusammenhängen. Die beabsichtigte Formulierung des Absatzes 1 verschleiert diese Zusammenhänge mehr als sie sie klärt.

#### bb) Zu Absatz 2

Zumindest missverständlich ist die Formulierung in Absatz 2. Nach dem allgemeinen und sicherheitsbehördlichen Sprachgebrauch handelt es sich bei einer „Maßnahme“ um ein operatives Tätigwerden mit Außenwirkung und (häufig) Grundrechtsrelevanz. Nach der Definition des Absatzes 2 handelt es sich hingegen bei einer „strategischen Aufklärungsmaßnahme“ um eine administrative, zunächst rein interne Festlegung auf ein bestimmtes Aufklärungsziel anhand des Zwecks, Themas, geografischen Fokus und der Dauer der beabsichtigten Aufklärung. Hinter dieser Konstruktion steht offenbar die Überlegung des BVerfG, Ausgangspunkt der strategischen Überwachung müsse einerseits „eine formalisierte Festlegung jeweils begrenzter Überwachungsmaßnahmen sein“ (BVerfG, a. a. O., Rn. 179), andererseits hindere dies nicht, „Netzanordnungen und darauf aufbauende Ausleitungsanordnungen gegenüber einem Telekommunikationsanbieter zur Durchführung einer größeren Zahl verschiedener Überwachungsmaßnahmen zusammenfassend zu treffen“ (BVerfG, a. a. O., Rn.



184). Unter Praktikabilitätsgesichtspunkten macht ein solcher auf die übergeordnete Festlegung der Rahmenbedingungen konkreter Maßnahmen der strategischen Ausland-Fernmeldeaufklärung ausgerichteter Anordnungs- und Kontrollmechanismus viel Sinn. Nach dem Gesetzentwurf bezieht sich die gerichtsähnliche Kontrolle in diesem Sinne auf die „strategische Aufklärungsmaßnahme“ (§ 23 Abs. 4 BNDG-E). Andererseits nimmt die die Zuständigkeit des Kontrollorgans bestimmende Norm (§ 42 Abs. 1 Nr. 1 BNDG-E) durch den Verweis auf § 23 Abs. 1 BNDG-E, welcher wiederum auf § 19 Abs. 1 BNDG-E verweist, aber inkonsequent auf die Legaldefinition der „strategischen Ausland-Fernmeldeaufklärung“ Bezug. Auch ist zu berücksichtigen, dass in anderen Zusammenhängen, insbesondere auch für Maßnahmen der strategischen Fernmeldeaufklärung nach § 5 G 10, unter der anzuordnenden und kontrollierenden Maßnahme die individuelle Überwachung und nicht deren allgemeine Rahmenbedingungen gemeint ist. In diese Richtung deutet auch die Formulierung des BVerfG, „(f)ür die Festlegung der Maßnahme selbst jedoch bedarf es, entsprechend dem Richtervorbehalt bei individualbezogener Telekommunikationsüberwachung durch Einzelfallanordnung, einer gerichtsähnlichen Kontrolle“ (BVerfG, a. a. O., Rn. 181). Der Begriffssynkretismus von „strategischer Auslands-Fernmeldeaufklärung“ und „strategischer Aufklärungsmaßnahme“ erscheint vor diesem Hintergrund ausgesprochen verwirrend und schwer zu durchdringen. Vorzugswürdig wäre die Rede von der „Anordnung einer Maßnahme der strategischen Fernmeldeaufklärung“. Diese Anordnung müsste die in Absatz 2 bestimmten Angaben enthalten und könnte formal mit anderen Anordnungen zusammengefasst werden. Die Rechtmäßigkeit dieser Anordnung wäre Gegenstand der Prüfkompetenz des Unabhängigen Kontrollrats. Was der Gesetzentwurf in Absatz 2 als „strategische Aufklärungsmaßnahme“ definiert, ist hingegen die vom BVerfG erwähnte, einer Anordnung vorgelagerte „interne verfahrensrechtliche Ausgestaltung solcher formalisierter Festlegungen“ (BVerfG, a. a. O., Rn. 180) und sollte daher auch als solche und nicht als „Maßnahme“ bezeichnet werden. Diese interne Ausgestaltung könnte im Übrigen wohl auch Gegenstand einer Dienstvorschrift sein.

cc) Zu Absätzen 3 und 4

Das unklare Verhältnis der Begriffe „strategische Aufklärungsmaßnahme“ und „strategische Ausland-Fernmeldeaufklärung“ zueinander setzt sich fort in den Absätzen 3 und 4, wo für die Zulässigkeit der „strategischen Aufklärungsmaßnahmen“ auf die Differenzierung in Absatz 1 Nummern 1 und 2 Bezug genommen wird, die aber die „strategische Ausland-Fernmeldeaufklärung“ betreffen.

Im Übrigen übernehmen die Regelungen in den Absätzen 3 und 4 im Anschluss an Absatz 1 die vom BVerfG vorgenommene Unterscheidung zwischen den Aufgaben der politischen Unterrichtung und der Früherkennung von Gefahren. Ungeachtet des Umstands, dass diese strenge Kategorisierung künstlich und wenig praktikabel erscheint (vgl. Dietrich, GSZ 2020, 173, 178: „holzschnittartiges Verständnis“; Gärditz, JZ 2020, 825, 830: „erhebliche praktische Probleme“), ist hiergegen regelungstechnisch nichts einzuwenden. Das Erfordernis tatsächlicher Anhaltspunkte für die Aufklärungsrelevanz der Maßnahme zur Gefahrenfrüherkennung hinsichtlich der in Absatz 4 enumerativ aufgelisteten Gefahrbereiche und Rechtsgutsbedrohungen stellt eine hinreichend enge und praktikable Einhegung dar. Der detaillierte Katalog der Aufklärungsanlässe ist regelungstechnisch vorbildlich, indem er einen plastischen Eindruck vom spezifisch nachrichtendienstlichen Zuschnitt und vom Gewicht der verfolgten



Zwecke vermittelt, ohne dabei hoheitliche Geheimhaltungsinteressen zu beeinträchtigen. In seiner inhaltlichen Ausgestaltung ist der Katalog nicht zu beanstanden. Lediglich Buchstabe a) fällt unter Nummer 1 etwas aus dem Rahmen, da die Landes- und Bündnisverteidigung und die Einsätze der Bundeswehr oder verbündeter Streitkräfte im Ausland per se keine Gefahr-, sondern Handlungsbereiche darstellen; eine Einordnung unter Nummer 2 würde hier besser passen. Die ungewöhnlich ausführliche Gesetzgebung (S. 55 bis 61) unterstreicht den Anspruch, hinsichtlich des Einsatzes der strategischen Ausland-Fernmeldeaufklärung zu Zwecken der Gefahrenfrüherkennung ein hohes Maß an Transparenz herzustellen und die Tätigkeit des BND gegenüber der polizeilichen Gefahrenabwehr abzugrenzen.

Die Formulierung „mit Bezug zu folgenden Gefahrbereichen“ in Zusammenschau mit dem Wortlaut des Absatzes 1 Nummer 2 („Früherkennung von aus dem Ausland drohenden Gefahren“) ist dabei grundsätzlich geeignet, den Aufklärungsauftrag der Nachrichtendienste hinreichend präzise im Gefahrenvorfeld zu beschreiben, sofern der Begriff der Gefahr hier nicht im polizeirechtlichen Sinne ausgelegt wird, sondern im Sinne des Bestehens einer „existenziellen Bedrohungslage“ (so BVerfGE 120, 274, 328; Löffelmann, in: Dietrich/Eiffler, a. a. O., Teil VI § 4 Rn. 33 zu G 10). Alternativ und etwas trennschärfer könnte man in Absatz 1 Nummer 2 formulieren „2. Der Aufklärung von aus dem Ausland stammenden Bedrohungslagen von internationaler Bedeutung“ und auch in Absatz 4 Nummer 1 statt von „Gefahrenbereichen“ von „Bedrohungslagen“ sprechen. Das entspräche besser der Wortwahl an zahlreichen Stellen der Entwurfsbegründung und auch dem international üblichen Sprachgebrauch (*threat*).

Kritisch ist in diesem Zusammenhang – auch mit Blick auf die der beabsichtigten Regelung zugrunde liegende Formulierung des BVerfG (a. a. O., Rn. 128: „Früherkennung von aus dem Ausland drohenden Gefahren“) – darauf hinzuweisen, dass der BND bislang weder auf eine Informationsgewinnung *im* Ausland noch auf eine solche zu Bedrohungslagen, die *aus* dem Ausland „drohen“ oder „stammen“ oder dort sonst ihren Ursprung haben, beschränkt ist. Maßgeblich ist vielmehr, dass der BND Informationen *über* das Ausland sammelt und diese Informationen von außen- und sicherheitspolitischer Bedeutung sein müssen (§ 1 Abs. 2 S. 1 BNDG). Der notwendige Auslandsbezug wird durch den Inhalt der zu gewinnenden Erkenntnisse, die sich auf ausländische Vorgänge oder Zustände beziehen, hergestellt (näher Gusy, in: Schenke/Graulich/Ruthig, a. a. O., § 1 BNDG Rn. 24 m. w. N.; Warg, in: Dietrich/Eiffler, a. a. O., Teil V § 1 Rn. 88). So fällt es z. B. in den Aufgabenbereich des BND, Informationen im Ausland über sich dort aufhaltende Mitglieder einer inländischen terroristischen Zelle zu sammeln, von der eine Bedrohung von außen- und sicherheitspolitischer Bedeutung für die Bundesrepublik ausgeht. Die Aufgabenbereiche des BND und des Verfassungsschutzes können sich insoweit überschneiden. Die Bindung der strategischen Ausland-Fernmeldeaufklärung auf die Früherkennung von „aus dem Ausland drohenden Gefahren“ stellt demnach eine substantielle Beschränkung dar, die der Gesetzgeber vornehmen kann, aber nicht muss. § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BNDG in der noch geltenden Fassung ist in Anlehnung an den Zuschnitt des Aufgabenbereichs bewusst weiter gefasst (vgl. BT-Drs. 18/9041, S. 22; Plenarprotokoll 18/184, S. 18274D). Auch die Gesetzgebung (S. 57) spricht im Zusammenhang mit dem gewaltbereiten Terrorismus und Extremismus allgemein und zutreffend von der Notwendigkeit „der Erkennung von Bedrohungen für die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland“. Vor diesem Hintergrund könnte darüber nachgedacht werden, in Absatz



1 Nummer 2 auf die einschränkende Formulierung „aus dem Ausland drohenden“ zu verzichten.

Am Rande ist darauf hinzuweisen, dass, soweit die Begründung (S. 55) davon spricht, Satz 2 definiere den Gefahrenbegriff im nachrichtendienstlichen Sinn, dies keine Entsprechung im Gesetztext hat.

dd) Zu Absatz 5

Absatz 5 entspricht dem § 6 Abs. 2 BNDG in der geltenden Fassung und ist nicht zu beanstanden.

ee) Zu Absatz 6

Absatz 6 eröffnet dem BND eine Befugnis zum unerlaubten Eindringen in und Nutzen von Datenverarbeitungsanlagen ausländischer Diensteanbieter, die nicht zur Ausleitung von Telekommunikation verpflichtet werden können. Eine solche Befugnis ist erforderlich, wenn man über die unmittelbare Bindungswirkung der Entscheidung des BVerfG vom 19.5.2020 hinausgehend – zurecht – davon ausgeht, dass auch andere Grundrechte als Art. 5 Abs. 1 S. 2 und Art. 10 GG in ihrer abwehrrechtlichen Dimension natürliche und auch (in den Grenzen des Art. 19 Abs. 3 GG) juristische Personen im Ausland schützen. Mit dem unbefugten Eindringen in und Nutzen der Systeme der Anbieter kann für diese ein Eingriff in das Recht auf Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme sowie in Art. 12 und 14 GG verbunden sein (vgl. - allerdings unklar - BVerfGE 120, 274, 308 f.). Da das Eindringen hier nicht nur (wie bei einer Quellen-Telekommunikationsüberwachung, die freilich nicht beim Anbieter, sondern an der „Quelle“ vorgenommen wird) mit dem Ziel erfolgen soll, laufende Telekommunikationsinhalte in Echtzeit zu erheben, sondern auch in einem „Pufferspeicher“ abgelegte Inhalte, und außerdem gespeicherte Bestandsdaten ausgelesen werden sollen, handelt es sich der Sache nach um eine Art „Online-Durchsuchung“ bei den Anbietern. Die „Online-Durchsuchung“ (der Begriff ist im nachrichtendienstlichen Kontext eher unüblich, soll hier aber der leichter nachvollziehbaren verfassungsrechtlichen Einordnung halber beibehalten werden) hat das BVerfG bislang nur zum Schutz „überragend wichtiger Rechtsgüter“ als zulässig erachtet (BVerfGE 120, 274, 328). Fraglich ist, inwieweit der Katalog der Gefahrenanlässe für eine strategische Ausland-Fernmeldeaufklärung damit vergleichbar ist. Hier besteht für den Regelungsentwurf ein gewisses verfassungsrechtliches Risiko. Andererseits erscheint es unter Praktikabilitäts Gesichtspunkten auch nicht zielführend, spezifisch für den Fall nicht kooperierender Anbieter ein eigenes Regelungsregime unter erhöhten Anforderungen festzulegen. Da das BVerfG Spielräume angedeutet hat, um besonderen tatsächlichen Rahmenbedingungen im Ausland Rechnung zu tragen (BVerfG, a. a. O., Rn. 104) und auch unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten für dort Betroffene die Möglichkeit eines niedrigeren Schutzniveaus anerkannt hat (BVerfG, a. a. O., Rn. 265 ff.), erscheint die hier beabsichtigte Regelung vertretbar. Sie verdeutlicht jedenfalls, dass der Rechtsrahmen für Implementierungsanforderungen bei Aufklärungsmaßnahmen nicht rezeptartig auf Auslandssachverhalte übertragen werden kann und das gesetzgeberische Austarieren von Grundrechtsschutz, hoheitlicher Zweckverfolgung und Praktikabilität dort an Grenzen stößt.





#### ff) Zu Absatz 7

Absatz 7 Satz 1 sieht der Sache nach ein Verbot des Erhebens von Inhaltsdaten aus Telekommunikation von deutschen Staatsangehörigen, inländischen juristischen Personen und sich auf dem Bundesgebiet aufhaltenden Personen vor und entspricht damit den Vorgaben des BVerfG (vgl. BVerfG, a. a. O., Rn. 253, 260, 264 u. ö. ). Missverständlich ist – wie in Absatz 1 – die Rede von „personenbezogenen Daten aus Telekommunikationsverkehren“. Die Sätze 2 bis 4 enthalten Anforderungen an den Einsatz technischer Filter und Löschungspflichten, die nicht zu beanstanden sind. Zu begrüßen ist, dass das Lösungsgebot nach den Sätzen 5 und 6 durchbrochen werden kann. Die materiellen Voraussetzungen hierfür müssten sich jedoch enger an den Anforderungen für die Individualüberwachung nach G 10 orientieren, um eine Umgehung von deren Voraussetzungen zu verhindern. Auch eine Benachrichtigungspflicht Betroffener nach dem Vorbild des § 12 G 10 müsste hier wohl geregelt werden. Die Entwurfsbegründung (S. 63) korrespondiert hier nicht mit dem Gesetztext.

#### gg) Zu Absatz 8

Die in Absatz 8 vorgesehene Beschränkung des Volumens von Maßnahmen der strategischen Ausland-Fernmeldeaufklärung auf 30 Prozent der Übertragungskapazität aller global bestehenden Telekommunikationsnetze erscheint als quantitative Begrenzung wenig geeignet. Die weltweit verfügbare Übertragungskapazität aller Telekommunikationsnetze ist einerseits in stetem Zunehmen begriffen und wird andererseits nie vollständig ausgeschöpft. Sie bietet damit keinen Anhalt für das tatsächliche Aufkommen an Telekommunikation. Der Gesetztext ist zudem so unscharf gefasst, dass er die Bezugsgröße der weltweiten Übertragungskapazität nicht erkennen lässt. Vorzugswürdig gegenüber einer – durch den Regelungsansatz faktisch nicht erfolgenden – Limitierung des für den BND verfügbaren Rohdatenstroms wäre eine prozentuale Beschränkung des nach der Relevanzanalyse zur weiteren Verarbeitung zur Verfügung stehenden Datenmaterials im Verhältnis zum durchschnittlichen täglichen Kommunikationsaufkommen (so bereits Löffelmann, in: Dietrich/Gärditz/Graulich/Gusy/Warg, Reform der Nachrichtendienste zwischen Vergesetzlichung und Internationalisierung, 2019, S. 33, 40).

#### hh) Zu Absatz 9

Absatz 9 entspricht der bisherigen Regelung in § 6 Abs. 5 BNDG und ist nicht zu beanstanden.

#### ii) Zu Absatz 10

Die in Absatz 10 vorgesehene Kennzeichnungspflicht ist essenziell für die Bestimmung der Schwellen einer weiteren Verwendung, insbesondere Übermittlung erhobener Daten. In der Praxis dürfte sich das Problem stellen, dass eine klare Unterscheidung zwischen den Zwecken der politischen Unterrichtung und der Gefahrenfrüherkennung zumeist nicht möglich ist. Zwecke der Gefahrenfrüherkennung sind in aller Regel von so hoher außen- und sicherheitspolitischer Bedeutung, dass auch eine politische Unterrichtung der Regierung erforderlich ist. Das wird in den meisten Fällen der Datenerhebung zu Zwecken der Gefahrenfrüherkennung zu einer Doppelkennzeichnung führen. Besonders deutlich wird die geringe Praktikabilität dieser Differenzierung im Zusammenhang mit der Erhebung von Telekommunikationsmetadaten, die nicht gezielt zu einem der beiden Zwecke erfolgt und bei der eine Zuord-



nung erst im Nachhinein erfolgen kann (vgl. § 26 Abs. 2 BNDG-E, Begründung S. 74), was die unterschiedliche Ausgestaltung von Erhebungsschwellen insoweit sinnlos macht. Soll die Kennzeichnungspflicht nicht leer laufen, muss in Fällen der Doppelkennzeichnung gewährleistet sein, dass hinsichtlich der mit einer Kennzeichnung verbundenen Rechtsfolgen kein Wahlrecht der Behörde besteht, sondern sich die Rechtsfolgen nach dem engeren Zweck der Gefahrenfrüherkennung richtet. Gegenstand und Zweck der „Angabe des Mittels der Datenerhebung“ (Nr. 2) sind unklar und ergeben sich auch nicht aus der Entwurfsbegründung. Dass die Kennzeichnung – entgegen der üblichen Handhabung – bei Übermittlungen entfällt, erscheint nach der Begründung (S. 64) sachgerecht, relativiert aber zugleich den Sinn und die praktische Bedeutung der systematischen Unterscheidung zwischen politischer Unterrichtung und Gefahrenfrüherkennung.

b) Zu § 20 BNDG-E (besondere Formen der Ausland-Fernmeldeaufklärung)

aa) Zu Absatz 1

Die Rede von „personenbezogenen Telekommunikationsinhaltsdaten“ ist auch hier schief, zumal es (auch) um den Schutz von Institutionen, nicht (nur) um den natürlicher Personen geht. Warum sich der Verweis in Satz 1 nur auf Absatz 5 des § 19 bezieht, erschließt sich nicht; das würde dann Sinn machen, wenn es auch eine andere Form der gezielten Erhebung solcher Daten ohne Verwendung von Suchbegriffen gibt, die nicht eingeschränkt sein soll. Soweit die Entwurfsbegründung ausführt, Datenerhebungen nach Absatz 1 dürften „nur in Ausnahmefällen erfolgen, wenn die engen Voraussetzungen des Satzes 1 erfüllt werden“ (S. 65), trifft das in den Fällen der Gefahrenfrüherkennung nicht zu. Die Voraussetzungen sind hier identisch mit den allgemeinen Schwellen, d. h. es besteht nur eine materielle Begrenzung durch den Katalog der in § 19 Abs. 4 BNDG-E genannten Aufklärungsanlässe und die darauf bezogene erwartete Aufklärungsrelevanz der zu erhebenden Daten. Im Hinblick auf die Fälle der politischen Unterrichtung korrespondiert der Gesetztext unter Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 nicht mit der Entwurfsbegründung, welche von weiteren Begrenzungen spricht, die im Normtext nicht auftauchen (S. 65). Eine substanzielle und sachgerechte Beschränkung besteht hier in der Begrenzung auf Daten über Vorgänge in Drittstaaten. In Satz 2 erscheint widersprüchlich, dass eine „gezielte Datenerhebung“ erst „nachträglich erkannt“ werden kann. Gezieltes Handeln ist teleologisch und damit voluntativ. Hinter der Formulierung dürfte der Umstand stehen, dass Suchbegriffe automatisiert gesteuert werden und deshalb nicht in jedem Einzelfall ein Erfassen von Daten der besonders schutzwürdigen Institutionen und Personen überprüft werden kann. Dann handelt es sich aber insoweit nicht um eine gezielte Datenerhebung, weshalb auf den Begriff „gezielt“ verzichtet werden sollte. Generell könnte die Norm deutlicher abbilden, wie die Unterscheidung – sofern ein Unterschied überhaupt besteht – zwischen dem allgemeinen und dem qualifizierten Schutzwürdigkeitsniveau (nur Vorgänge in Drittstaaten) technisch umgesetzt wird.

bb) Zu Absatz 2

Absatz 2 knüpft an die Forderung des BVerfG an, eine möglichst zielgerichtete Strukturierung des Überwachungsprozesses zu gewährleisten und bezeichnet bestimmte Personengruppen („Personen, die als mögliche Verursacher von Gefahren oder in Blick auf gegenüber ihnen zu ergreifende Folgemaßnahmen im unmittelbaren Interesse des Nachrichtendienstes



stehen“) als besonders schutzwürdig, so dass für sie ein eigener Schutzmechanismus vorzusehen sei (BVerfG, a. a. O., Rn. 187 f.). Einem solchen Mechanismus in Gestalt einer besonderen Verhältnismäßigkeitsabwägung unterstellt hiervon abweichend Nummer 1 „Verursacher von Gefahren im Sinne des § 19 Absatz 4“. Das kollidiert mit dem in § 19 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 4 BNDG-E umgesetzten Konzept der Früherkennung, denn Voraussetzung für das Eingreifen der Beschränkung nach § 20 Abs. 2 Nr. 1 BNDG-E sind tatsächliche Anhaltspunkte dafür, dass erstens bereits eine Gefahr besteht und zweitens ihr Verursacher identifiziert werden kann. Beides widerspricht dem Gedanken des Aufklärens im Gefahrenvorfeld bzw. einer Bedrohungslage. Das BVerfG spricht daher bewusst von Personen, die als *mögliche* Verursacher von Gefahren im Fokus des Dienstes stehen, woran auch die Entwurfsbegründung anschließt (S. 65). Unter Nummer 2 erscheint die Formulierung „beabsichtigt“ etwas zu eng, die voraussetzt, dass zum Zeitpunkt der Datenerhebung bereits eine Absicht der Weitergabe zu Zwecken der Gefahrenabwehr oder Strafverfolgung und damit eine Kenntnis der Voraussetzungen für das Eingreifen der zuständigen Behörden besteht. Vorzugswürdig wäre hier die weichere Formulierung „in Betracht kommt“.

cc) Zu Absatz 3

Absatz 3 dient der Abgrenzung der strategischen Fernmeldeaufklärung gegenüber einer Individualaufklärung. Auch bei einer Individualüberwachung nach G 10 werden aber selten alle Telekommunikationsmerkmale einer Person und damit der gesamte sie betreffende Telekommunikationsverkehr überwacht, schon weil oft nicht alle Merkmale der Zielperson bekannt sind oder sie Merkmale anderer Personen benutzt. Damit enthält die Regelung in Absatz 3 kein substantielles Abgrenzungskriterium. Im Umkehrschluss kann daraus sogar eine Befugnis zur gezielten Überwachung des vollständigen ein Telekommunikationsmerkmal betreffenden Telekommunikationsverkehrs einer Person, also eine Befugnis zur Individualaufklärung entnommen werden. Auf diesen Anwendungsfall weist auch die Entwurfsbegründung hin (S. 65). Die engeren Voraussetzungen des G 10 wären dann bedeutungslos. Absatz 3 müsste daher durch Einfügen der Worte „ein Telekommunikationsmerkmal betreffenden“ vor dem Wort „Telekommunikationsverkehrs“ enger gefasst werden.

c) Zu § 21 BNDG-E (Schutz von Vertraulichkeitsbeziehungen)

aa) Zu Absatz 1

Dass § 21 BNDG-E Regelungen zum Schutz von Vertraulichkeitsbeziehungen vorsieht, entspricht den Vorgaben des BVerfG und ist grundsätzlich zu begrüßen. Allerdings begnügt sich der Gesetzentwurf damit, vom BVerfG angedeutete Eckpunkte zu übernehmen und nutzt nicht den zur Verfügung stehenden gesetzgeberischen Gestaltungsspielraum. Die Anbindung des Vertraulichkeitsschutzes an § 53 StPO, der auf strafprozessuale Sachverhalte zugeschnitten ist, im Recht der Nachrichtendienste ist schon aus sich heraus schief, weil es dort keine Zeugnispflicht und keine Zeugnisverweigerungsrechte gibt. Hinzu kommt, dass die Ausgestaltung des § 53 StPO selbst dogmatisch hoch umstritten ist und ein methodisches Konzept nicht erkennen lässt (vgl. zur Kritik bereits Löffelmann, in: Dietrich et al, a. a. O., S. 33, 42 f.; ders., BayVBl. 2017, 253, 255; vgl. auch Gärditz, JZ 2020, 825, 831: „dysfunktional hölzerne Zeugnisverweigerungsrechte“). Im hiesigen Kontext stellt sich z. B. die Frage, warum Ärzte, deren Tätigkeit das BVerfG im Einzelfall dem Kernbereich privater Lebensgestal-



tung des Patienten zuordnet (vgl. BVerfGE 32, 373, 380; 109, 279, 322 f.) nicht erfasst sind. Generell ist ein auf die Besonderheiten des Nachrichtendienstrechts zugeschnittenes Schutzkonzept erforderlich (vgl. auch Löffelmann, GSZ 2019, 190, 193 ff.; zu einem konkreten Regelungsvorschlag die Änderungsanträge der Fraktion der SPD in den beiden jüngsten Gesetzgebungsverfahren zum BayVSG, Bayerischer Landtag, Drs. 17/11610, 2, 20 ff. und 17/21807). Im hier gegebenen auslandsbezogenen Kontext kommt hinzu, dass der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers nochmals weiter ist und „den verschiedenen Umständen, unter denen die Presse oder Anwaltschaft in anderen Ländern tätig ist“ Rechnung tragen kann (BVerfG, a. a. O., Rn. 196). Das BVerfG spricht insoweit als Orientierungshilfen ausdrücklich von den „sich aus den Grundrechten des Grundgesetzes ergebenden Wertentscheidungen, die ihrerseits in die internationalen Verbürgungen der Menschenrechte eingebettet sind“ (a. a. O.). Ein solcher Bezug zum Völkerrecht fehlt hier vollständig. Für die Rechtsanwendung wären ferner Auslegungshilfen erforderlich, unter welchen Umständen eine Person im Ausland als Rechtsanwalt oder Journalist zu qualifizieren ist.

Von der Möglichkeit eines Absehens des Schutzes von Vertraulichkeitsbeziehungen im Zusammenhang mit dem Zweck der politischen Unterrichtung (vgl. BVerfG, a. a. O., Rn. 198) macht der Entwurf keinen Gebrauch, verwirklicht den Schutz von Vertraulichkeitsbeziehungen insoweit also in überobligatorischer Weise.

#### bb) Zu Absatz 2

Die in Absatz 2 vorgesehene Ausnahme vom Verbot der Datenerhebung aus Vertraulichkeitsbeziehungen ist grundsätzlich zu begrüßen, die dort verwendeten Schwellen der strafrechtlichen Verstrickung oder Verhinderung einer Gefahr aber insoweit systemfremd als hier wieder nicht das Gefahrenvorfeld oder eine Bedrohungslage, sondern das bereits eröffnete repressive oder präventiv-polizeiliche Handlungsspektrum in Bezug genommen wird. Das BVerfG spricht in diesem Zusammenhang in einem weiteren Sinne davon, dass „Erkenntnisse über schwerwiegende und sich konkret abzeichnende Gefahren gewonnen werden“ können (BVerfG, a. a. O., Rn. 195).

#### cc) Zu Absatz 3

Die Regelung ist nicht zu beanstanden.

#### d) Zu § 22 BNDG-E (Kernbereichsschutz)

Die Regelung zum Kernbereichsschutz ist vorbildlich ausgestaltet. Eine gesetzliche Regelung, dass der präventive Kernbereichsschutz bereits informationstechnisch durch die Auswahl der Suchbegriffe zu gewährleisten sei (vgl. BVerfG, a. a. O., Rn. 206), ist entbehrlich, da kernbereichsrelevantes Verhalten in aller Regel keine Informationen von außen- und sicherheitspolitischer Bedeutung vermittelt, auf deren Erhebung die Auswahl der Suchbegriffe zielt.

#### e) Zu § 23 BNDG-E (Anordnung)

Die Regelung des Anordnungsverfahrens in § 23 BNDG-E ist im Grundsatz nicht zu beanstanden.



Verwerfungen können sich möglicherweise ergeben, soweit nach Absatz 5 Satz 2 eine Anordnung bei Vorliegen einer Beschränkungsanordnung nach dem G 10 entbehrlich ist. Ob das G 10 überhaupt auf das Erfassen der Telekommunikation von Ausländern im Ausland ausgelegt ist und insoweit eine Befugnis vermitteln kann, ist ungeklärt. Bislang gingen der Gesetzgeber und die Rechtsanwendung davon aus, dass damit kein Grundrechtseingriff verbunden sei. § 1 Abs. 1 Nr. 2 G 10 bezieht sich auf § 1 Abs. 2 BNDG, der in Satz 2 die Datenerhebung des BND im Bundesgebiet regelt. Die Individualüberwachung nach § 3 G 10 erlaubt nur die Überwachung der Telekommunikation bestimmter natürlicher Personen (§ 3 Abs. 2 S. 2 G 10), besitzt also keinen Anwendungsbereich hinsichtlich der Überwachung von Institutionen, die § 23 Abs. 5 Nr. 1 BNDG-E bezeichnet. Die strategische Überwachung nach § 5 G 10 wiederum darf nur den grenzüberschreitenden Telekommunikationsverkehr erfassen und unterliegt spezifischen Voraussetzungen, die sich von denen des § 19 BNDG-E unterscheiden. Vor diesem Hintergrund erscheint es vorzugswürdig, keine Substituierung einer Anordnung nach § 23 BNDG-E durch eine solche nach dem G 10 vorzusehen.

Regelungstechnisch könnte die Wiederholung des Absatzes 4 in Absatz 7 durch einen Verweis ersetzt werden. Absatz 7 Satz 3 ist mit Blick auf Satz 5 redundant.

#### f) Zu § 24 BNDG-E (Eignungsprüfung)

In Absatz 2 erschließt sich nicht, weshalb lediglich die Prüfung der Geeignetheit von Telekommunikationsnetzen nach Absatz 1 Nummer 1 dem Erfordernis tatsächlicher Anhaltspunkte und einer Befristung unterliegt. Für die Eignungsprüfung von Suchbegriffen sind keine über die Erforderlichkeit hinausgehenden Voraussetzungen vorgesehen. Die Kernbereichsregelung in Absatz 5 durch Bezugnahme auf das BStG ist sachgerecht und schließt eine bislang bestehende Regelungslücke (vgl. Löffelmann, in: Dietrich/Eiffler, a. a. O., Teil VI § 4 Rn. 186). Die Ausnahmen für die Weiterverarbeitung von erhobenen Daten außerhalb der Eignungsprüfung nach Absatz 7 beherbergen die Gefahr, dass im Gewand der Eignungsprüfung außerhalb der sonstigen formellen und materiellen Voraussetzungen für eine strategische Auslands-Fernmeldeaufklärung systematische Datenerhebungen zu anderen Zwecken durchgeführt werden können. Die Darstellung des systemischen Bedarfs an solchen Daten für Auslandseinsätze der Bundeswehr in der Entwurfsbegründung (S. 80) stützt diesen Eindruck. Eine solche systematische Datenerhebung sollte deshalb auf die Fälle des § 19 BNDG-E beschränkt sein, von denen auch Belange der Bundeswehr umfasst sind. Andererseits sind die in der Entwurfsbegründung genannten praktischen Probleme eines solchen regulären Vorgehens nicht von der Hand zu weisen, was letzten Endes die Impraktikabilität der verfassungsgerichtlichen Vorgaben für Zwecke der Auslandsüberwachung illustriert.

#### g) Zu § 25 BNDG-E (Mitwirkungspflichten)

Die Regelung entspricht im Wesentlichen § 8 BNDG in der geltenden Fassung sowie den Parallelvorschriften für Überwachungsmaßnahmen nach dem G 10 und ist nicht zu beanstanden.



#### h) Zu § 26 BNDG-E (Verarbeitung von Verkehrsdaten)

Soweit die Vorschrift zwischen Verkehrsdaten (Absatz 1) und personenbezogenen Verkehrsdaten (Absatz 3) differenziert, findet diese Unterscheidung in der Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 10 GG keine Stütze (vgl. auch die Ausführungen zu § 19 Abs. 1 BNDG-E). Verkehrsdaten sind durch das Fernmeldegeheimnis geschützt, sofern sie auf einen individuellen Kommunikationsvorgang einer natürlichen Person bezogen sind (vgl. BVerfG 9, 62, 74 ff.; BVerfG NJW 2016, 3508, 3509 f. m. w. N.). Die Darstellung in der Entwurfsbegründung (S. 73), „personenbezogene Verkehrs- und Metadaten, die nicht im Zusammenhang mit einer Individualkommunikation stehen“ unterfielen nicht dem Schutzbereich des Fernmeldegeheimnisses, ist daher zumindest missverständlich. § 26 Abs. 1 S. 2 BNDG-E erlaubt durch den Verweis auf § 19 Abs. 6 S. 1 und 2 BNDG-E auch die Online-Durchsuchung beim ausländischen Telekommunikationsanbieter und erscheint unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten nicht unbedenklich.

Im Übrigen sind die in der Entwurfsbegründung (S. 74 - 76) ausführlich dargestellten praktischen Bedarfe für eine Verarbeitung von Telekommunikationsverkehrsdaten auch deutscher Staatsangehöriger, inländischer juristischer Personen und sich im Bundesgebiet aufhaltender Personen gut nachvollziehbar. Fraglich ist aber, ob diesem Bedarf die komplizierte Regelungstechnik mit Verarbeitungsbefugnis (Absatz 1), Teilausnahme (Absatz 3 Satz 1), differenzierten Gegenausnahmen (Absatz 3 Satz 2) und an diese teilweise anschließende Verfahrensregelungen (Absatz 3 Satz 3 und 4) gerecht wird. Das BVerwG hat in seinen beiden Entscheidungen zur Speicherung und Verarbeitung von Verkehrsdaten moniert, dass hierfür keine gesetzliche Grundlage bestehe (BVerwG, U. v. 13.12.2017, 6 A 6.16 und 6 A 7.16, jew. Rn. 28 ff.). Die Notwendigkeit einer Beschränkung auf Metadaten, die nicht dem Art. 10 GG unterfallen oder eine Anonymisierung der Daten hat es nicht gefordert. Vor diesem Hintergrund wäre auch die Schaffung einer Befugnis zur Verarbeitung nicht anonymisierter Verkehrsdaten deutscher Staatsangehöriger, inländischer juristischer Personen und sich im Bundesgebiet aufhaltender Personen grundsätzlich denkbar. Dabei müsste freilich darauf geachtet werden, dass die Verarbeitungszwecke ausreichend eng gesetzlich (wie in der Entwurfsbegründung dargestellt) definiert werden, damit es sich nicht um eine unzulässige anlasslose und nicht zweckgebundene Speicherung von Verkehrsdaten „auf Vorrat“ handelt (vgl. BVerfGE 125, 260 ff.).

Die in Absatz 5 Satz 1 bezeichnete Höchstspeicherfrist erscheint aufgrund des Auslandsbezugs der Maßnahme unbedenklich. Die in Satz 2 vorgesehene Ausnahme ist jedoch zu weit, da als „erforderlich“ auch eine längere Bevorratung der Rohdaten angesehen werden kann. Das bloße Merkmal der Erforderlichkeit ist angesichts der dezidierten Vorgaben des BVerfG (BVerfG, a. a. O., Rn. 191 m. d. H. a. BVerfGE 125, 260, 322) zu unscharf, um eine weitere Speicherung des Datenvorrats zu legitimieren. Weniger riskant wäre es, wenn sich die Ausnahmeregelung auf das nach der Relevanzprüfung verbleibende Datenmaterial bezieht.

#### i) Zu § 27 BNDG-E (Auswertung und Prüfpflichten)

Die Vorschrift betrifft die zulässige Speicherdauer der aus dem Rohdatenstrom erhobenen oder ausgefilterten, aber noch keiner ergiebigen Relevanzprüfung unterzogenen Inhaltsdaten. Die Formulierung von Absatz 1 Satz 1 ist insoweit missverständlich, als sie den Schluss



zulassen könnte, dass nach einer erfolglosen Relevanzprüfung der ausgefilterte Rohdatenstrom weiter gespeichert werden darf und lediglich in siebenjährigen Abständen einer erneuten Prüfung zu unterziehen sei. Eine derartige langjährige, gegebenenfalls zeitlich unbegrenzte „Vorratsspeicherung“ von Telekommunikationsinhaltsdaten wäre mit den verfassungsrechtlichen Anforderungen an Löschungspflichten (BVerfGE 100, 313, 364 f.) nicht zu vereinbaren. Es wäre daher vorzugswürdig, die Formulierung „und sodann regelmäßig in Abständen von höchstens sieben Jahren“ in Satz 1 zu streichen. In einem eigenen Absatz 2 könnte dann geregelt werden, dass die nach der Relevanzprüfung verbleibenden Daten regelmäßig in Abständen von höchstens sieben Jahren auf ihre weitere Erforderlichkeit zu prüfen sind und ggf. die Löschungsvorschriften nach Absatz 1 entsprechend gelten.

Nicht unproblematisch erscheint weiter, dass § 27 BNDG-E wie bislang schon § 4 Abs. 1 G 10 nur zur Überprüfung und ggf. Löschung der personenbezogenen Daten verpflichtet. Danach können relevante Daten ohne Personenbezug weiterhin als Sachinformationen vorrätig gehalten werden (so Huber, in: Schenke/Graulich/Ruthig, a. a. O., § 12 G 10 Rn. 8). Ungeachtet des Umstands, dass Art. 10 GG nicht zwischen Telekommunikationsdaten mit und ohne Personenbezug unterscheidet, wurde diese Praxis und einfachrechtliche Einschränkung der Überprüfungs- und Löschungspflicht bislang als zulässig angesehen (so auch Löfelmann, in: Dietrich/Eiffler, a. a. O., Teil VI § 4 Rn. 72). In seiner VERAS-Entscheidung hat das BVerwG aber die Anonymisierung der erhobenen Telekommunikationsdaten gerade nicht als einen Umstand gewertet, der einen Grundrechtseingriff ausschließt (BVerwG, U. v. 13.12.2017, 6 A 6.16, Rn. 23, 27). Vor diesem Hintergrund sollte die Begrenzung der Überprüfungs- und Löschungspflicht auf personenbezogene Daten nochmals eingehend auf ihre Verfassungsmäßigkeit geprüft werden. Auch könnte darüber nachgedacht werden, wenigstens kompensatorisch die gerichtsähnliche Kontrolle durch den Unabhängigen Kontrollrat auf die Prüfung der weiteren Erforderlichkeit der Daten und ggf. ihre Anonymisierung zu erstrecken. Das läge dann auf einer Linie mit der quasi-gerichtlichen Kontrolle der Zurückstellung der Benachrichtigungspflichten durch die G 10-Kommission nach § 12 Abs. 1 S. 2 bis 5, Abs. 2 G 10.

j) Zu § 28 BNDG-E (Datenerhebung ausländischer öffentlicher Stellen)

Die Regelung ist nicht zu beanstanden.

k) Zu §§ 29 und 30 BNDG-E (Datenübermittlung)

§ 29 BNDG-E enthält äußerst detaillierte Vorschriften zur Übermittlung von durch eine strategische Ausland-Fernmeldeaufklärung erhobene Daten an inländische Stellen. Diese Regelungen begegnen in mehrfacher Hinsicht Einwänden:

Der in Absatz 1 Nummer 1 und weiter mehrfach verwendete unbestimmte Rechtsbegriff „besonders gewichtige Rechtsgüter“, welcher Entscheidungen des BVerfG entnommen wurde (vgl. etwa BVerfG, a. a. O., Rn. 174, 313), ist bislang weder durch eine ständige Rechtsprechung konkretisiert noch lässt sich sein Umfang dem Gesetz entnehmen. Der erläuternde Hinweis in der Entwurfsbegründung, es müsse sich bei diesen Rechtsgütern „um solche handeln, die als gewichtig anzuerkennen sind“ (S. 80), illustriert anschaulich diese Unbe-



stimmtheit. In Absatz 2 und entsprechend in Absatz 4, der darauf verweist, bestehen Bedenken, ob die Sammelbezeichnung „andere inländische öffentliche Stellen“ der vom BVerfG geforderten präzisen und normenklaren Regelung der Übermittlungsanlässe und Empfängerbehörden genügt (vgl. BVerfG, a. a. O., Rn. 316 zu ausländischen öffentlichen Stellen; BVerfG, B. v. 27.5.2020, 1 BvR 1873/13 u. a., Rn. 133 f., 145). Außerdem erschließt sich nicht, warum Absatz 1 eine die Nachrichtendienste „privilegierende Vorschrift“ darstellen soll (so S. 78), wenn die Übermittlungsbefugnis zur politischen Unterrichtung an andere Stellen in Absatz 2 identisch ausgestaltet ist. Da ohnehin nicht jeder anderen öffentlichen Stelle die Aufgabe der Unterrichtung der Bundes- oder einer Landesregierung zukommt, wäre es sinnvoll, die Aufgabe der politischen Unterrichtung bei einer Stelle – auf Landesebene etwa den Landesämtern für Verfassungsschutz – zu bündeln. Erst recht gilt dieser Einwand für den Verwendungszweck der Gefahrenabwehr in Absatz 4 und Absatz 7 sowie des Verfassungsschutzes in Absatz 6. Die letztgenannte Befugnis wie auch die Übermittlungsbefugnis zur Gefahrenabwehr in Absatz 7 Satz 2 ist nicht einmal auf öffentliche Stellen beschränkt, sondern bezeichnet pauschal „andere inländische Stellen“ – also auch private – als Übermittlungsempfänger. Die Aufgaben der Gefahrenabwehr und des Verfassungsschutzes werden aber nicht schlechthin von „anderen inländischen Stellen“, sondern von Behörden mit spezifischem Aufgabenzuschnitt wahrgenommen. Für eine Übermittlung an nicht-öffentliche Stellen im Inland ist schon kein Bedarf erkennbar (vgl. S. 81). Die Übermittlungsbefugnisse in den Absätzen 2, 4, 6 und 7 sollten daher auf konkrete Empfänger spezifiziert werden. Im Hinblick auf die Datenübermittlung an die Bundeswehr nach Absatz 5 stellt sich die Frage, ob für die empfangende Stelle eine Abfragebefugnis geschaffen werden muss. Die Zweckänderungsbefugnis in Absatz 7, desgleichen die Durchbrechung des Vertraulichkeitsschutzes in Absatz 8 und die Erweiterung der Zweckänderungsbefugnis in Absatz 12 Satz 6 sind sinnvoll und zu begrüßen. In Absatz 9 Satz 2 ist unklar, was unter einer „erheblichen Gefahr“ zu verstehen ist. Die Feststellung in Absatz 11 Satz 1, dass der BND die „Verantwortung“ für die Zulässigkeit der Übermittlung trägt, drückt - ungeachtet der Frage, was damit überhaupt gemeint ist – eine datenschutzrechtliche Selbstverständlichkeit aus. Satz 2 weicht von dieser Selbstverständlichkeit aus nicht nachvollziehbaren Gründen ab, was mitnichten „allgemeinen datenschutzrechtlichen Grundsätzen“ entspricht (so S. 82): Datenschutzrechtlich trägt immer der die Verantwortung für die Übermittlung, dem die Befugnis hierzu eingeräumt wird (vgl. zur – ungeklärten – Parallelproblematik bei der Bestandsdatenauskunft Petri, ZD 2020, 588, 589).

Insgesamt vermögen die unübersichtlichen Regelungen zur Datenübermittlung im Inland nicht zu überzeugen und unterstreichen den Befund, dass ein übergreifendes Ordnungssystem für den Datentransfer im Sicherheitsrecht dringend benötigt wird (vgl. bereits Löffelmann, Deutscher Bundestag, Ausschuss für Inneres und Heimat, Ausschussdrucksache 19(4)696 B, S. 15 f.).

§ 30 BNDG-E (Datenübermittlung an ausländische Stellen) ist demgegenüber nicht zu beanstanden. Anders als bei § 29 BNDG-E kann bei Übermittlungen ins Ausland ein Bedarf zur Weitergabe von Daten an nicht-öffentliche Stellen erkannt werden (Absatz 4, Absatz 5 Satz 2). Eine nähere Bezeichnung der empfangenden Stellen ist hier nicht möglich. Die Übermittlungsverbote nach Absatz 6 entsprechen den Vorgaben des BVerfG und sind angemessen und praktikabel ausgestaltet. Die Übermittlungsbefugnis bezüglich Daten, die zur politischen Unterrichtung gewonnen wurden, ist in Absatz 8 den Vorgaben des BVerfG folgend (BVerfG,





a. a. O., Rn. 228) auf wenige Ausnahmetatbestände beschränkt, was freilich strukturelle Probleme verursacht (vgl. bereits Dietrich, GSZ 2020, 173, 180).

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

aa) Zu Absatz 1

Soweit Absatz 1 bestimmt, dass im Rahmen von Kooperationen *auch* personenbezogene Daten nach den §§ 32 und 33 BNDG-E verarbeitet werden dürfen, wird der Anwendungsbereich des § 31 BNDG-E und sein Verhältnis zu den beiden anderen Vorschriften nicht deutlich. Dem Wortlaut nach dürfen im Rahmen von Kooperationen nicht nur Daten nach §§ 32, 33 BNDG-E verarbeitet werden, sondern auch andere Daten. Welche das sind und welche Regelungen für sie gelten, ist nicht erkennbar.

bb) Zu Absatz 2

Die Regelung in Absatz 2 setzt die Vorgaben des BVerfG (a. a. O., Rn. 249) zu den Schutzpflichten des deutschen Staates im Inland um. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass aufgrund des Personalprinzips besondere Schutzpflichten auch gegenüber deutschen Staatsangehörigen im Ausland bestehen. Es sollte geprüft werden, ob das eine Erstreckung der Norm auf Überwachungsmaßnahmen im Rahmen einer Kooperation gebietet, die im Ausland erfolgen, insbesondere um sicherzustellen, dass keine Daten deutscher Staatsangehöriger erfasst werden.

cc) Zu Absatz 3

Das BVerfG knüpft die Zulässigkeit von Kooperationen – worauf auch die Entwurfsbegründung zutreffend hinweist (S. 86 f.) – an das Bestehen von „Erkenntnisinteressen ausländischer Dienste und Staaten“, die „mit einem legitimen Aufklärungsinteresse des Bundesnachrichtendienstes vergleichbar“ sein müssen (BVerfG, a. a. O., Rn. 247). Absatz 3 soll nach der Entwurfsbegründung diese Voraussetzung regeln, enthält aber keinerlei Bezüge zu Erkenntnisinteressen ausländischer Dienste und Staaten.

dd) Zu Absatz 4

Absatz 4 trägt der verfassungsgerichtlichen Vorgabe Rechnung, dass „(f)ür jede der gemeinsam durchgeführten Überwachungsmaßnahmen (...) die Vergewisserung jeweils einmal sicherzustellen“ sei (BVerfG, a. a. O., Rn. 253; ähnlich Rn. 261). Die Möglichkeit von Rahmenvereinbarungen, auf die die Entwurfsbegründung (S. 87) hindeutet, erachtet das BVerfG als zulässig (BVerfG, a. a. O., Rn. 253). Missverständlich ist allerdings, dass Absatz 1 hiervon abweichend an den engeren Begriff der „strategischen Ausland-Fernmeldeaufklärung“ anknüpft, nicht an den der „strategischen Aufklärungsmaßnahme“ (§ 19 Abs. 1 und 2 BNDG-E). Das könnte die Notwendigkeit einer maßnahmenspezifischen Zusicherung nahelegen. Soweit Absatz 4 Nummer 3 Buchstaben c) und d) Zusicherungen bei der unbeabsichtigten Verarbeitung von Daten aus einer Vertraulichkeitsbeziehung und aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung vorsehen, enthält dies außerdem keine – vom BVerfG geforderte (BVerfG, a. a. O., Rn. 257) – Einschränkung der *gezielten* Erfassung solcher Daten und eine darauf bezogene Zusicherung.



dd) Zu Absatz 5

Nach der Entwurfsbegründung (S. 88) dient Absatz 5 der Umsetzung der Vorgaben des BVerfG (a. a. O., Rn. 253), dass Kooperationen im Rahmen der strategischen Ausland-Fernmeldeaufklärung nur zum Schutz hochrangiger Rechtsgüter zulässig seien. Die Begründung führt weiter aus, eine Kooperation sei „nur zur Früherkennung der in den Nummern 1 bis 10 genannten sowie vergleichbaren (Nummer 11) Gefahren zulässig“. Der Katalog des Absatzes 5 bezieht sich aber nicht ausschließlich auf Gefahrenbereiche als Kooperationszwecke, etwa unter den Ziffern 6, 7, 9 und 11. Andererseits enthält der Katalog die Anlassgefahren gem. § 19 Abs. 4 Nr. 1 Buchst. g) und h) BNDG-E nicht. Warum der Katalog von dem des § 19 Abs. 4 BNDG-E in Inhalt und Ordnung abweicht, ist ebenfalls nicht nachzuvollziehen und erscheint ausgesprochen impraktikabel. Vorzugswürdig wäre hier eine Bezugnahme auf und ggf. Ergänzung der vorgenannten Vorschrift.

m) Zu §§ 32 und 33 BNDG-E (Verarbeitung von selektierten und unselektierten Daten)

Der Anwendungsbereich der §§ 32 und 33 BNDG-E ist aus dem Gesetz heraus und auch unter Hinzuziehung der Entwurfsbegründung kaum zu erschließen. Das BVerfG differenziert in seiner Entscheidung zwischen sechs Arten des Datenaustausches im Rahmen einer Kooperation und fordert jeweils spezifische Regelungen: 1. die Einräumung der Befugnis an den Partnerdienst, im Inland selbst Überwachungsmaßnahmen vorzunehmen (BVerfG, a. a. O., Rn. 249, geregelt in § 31 Abs. 2 BNDG-E); 2. die Übermittlung von Suchbegriffen durch den BND an den Partnerdienst zum Zwecke der Erlangung und Nutzung der durch diesen zur Verfügung gestellten Datenströme durch den BND (BVerfG, a. a. O., Rn. 250); 3. die Entgegennahme der durch den Partnerdienst zur Verfügung gestellten Datenbestände zur eigenen Auswertung durch den BND ohne vorherige Übermittlung von Suchbegriffen (BVerfG, a. a. O., Rn. 250); 4. die Durchführung von Überwachungsmaßnahmen durch den BND im Interesse und unter Anleitung von Partnerdiensten unter Verwendung von diesen zur Verfügung gestellter Suchbegriffe und automatisierter Übermittlung der Überwachungsergebnisse an die Partnerdienste (BVerfG, a. a. O., Rn. 251, 254 ff.); 5. die Durchführung von Überwachungsmaßnahmen durch den BND im Interesse und unter Anleitung von Partnerdiensten unter Verwendung von diesen zur Verfügung gestellter Suchbegriffe und automatisierter Übermittlung nicht oder nur teilweise ausgewerteter Überwachungsergebnisse an die Partnerdienste (BVerfG, a. a. O., Rn. 259 ff.). 6. die Durchführung von Überwachungsmaßnahmen durch den BND im Interesse und unter Anleitung von Partnerdiensten ohne Verwendung von diesen zur Verfügung gestellter Suchbegriffe und unter automatisierter Übermittlung unselektierter Überwachungsergebnisse in Form von Verkehrsdaten an die Partnerdienste (BVerfG, a. a. O., Rn. 251, 262 ff.).

§ 32 BNDG-E betrifft offenbar Fallgruppe 4, spricht aber missverständlich von der „Verarbeitung selektierter personenbezogener Daten“ und nicht von deren durch den BND zu leistender Selektierung anhand zur Verfügung gestellter Suchbegriffe. Die Vorschriften in Absatz 1 Satz 3 und Absätzen 3 bis 8 zur Gewährleistung der vom BVerfG geforderten „sorgfältigen Kontrolle der für den Partnerdienst eingesetzten Suchbegriffe sowie der hieran anknüpfenden Trefferfälle“ (BVerfG, a. a. O., Rn. 255 ff.) erscheinen trotz ihrer recht detaillierten Ausgestaltung nicht ausreichend. Die Vorgaben des BVerfG, insbesondere zur möglichen Kon-



trolle anhand von Listen gefährdeter Personen (BVerfG, a. a. O., Rn. 256), zeigen, dass die Schutzvorkehrungen materiell und prozessual über das allgemein gebotene Maß hinausgehen müssen. Der Gesetzentwurf setzt zwar die Vorgaben zu einem automatisierten und anschließenden manuellen Prüfverfahren sowohl hinsichtlich der Suchbegriffe als auch der Treffer in den Absätzen 3 bis 8 sachgerecht um. Alle Prüfmechanismen beziehen sich aber lediglich auf Vertraulichkeitsbeziehungen nach § 21 Abs. 1 S. 2 BNDG-E und nicht auf besonders gefährdete Personen (etwa Dissidenten, Regimegegner o. ä.). Unzureichend dürfte ferner die externe prozessuale Kontrolle ausgestaltet sein. Das BVerfG verlangt eine „gerichtsähnliche Vorabkontrolle“, welche „möglichst wirksam ausgestaltet werden“ muss (BVerfG, a. a. O., Rn. 257 a. E., 258). Die Vorabkontrolle durch den Unabhängigen Kontrollrat bezieht sich nach § 42 BNDG-E aber gerade nicht auf Kooperationen nach § 32 BNDG-E. Ferner erschließt sich nicht, warum für diese Konstellation nicht die mengenmäßige Begrenzung nach § 19 Abs. 8 BNDG-E gilt, auf die sich § 32 Abs. 1 S. 3 BNDG-E nicht bezieht. Schließlich ist dem Gesetzentwurf nicht zu entnehmen, ob und mit welchem Ergebnis die Bundesregierung geprüft hat, wieweit Zusicherungen im Rahmen einer Kooperation „auch durch Auskunftsrechte oder Mitteilungspflichten sowie auch durch Kommunikations- und Einwirkungsregelungen – wie etwa ein Lösungsverlangen – flankiert werden können“ (BVerfG, a. a. O., Rn. 261). Diese Prüfung sollte im weiteren Gesetzgebungsverfahren vorgenommen und dokumentiert werden.

§ 33 BNDG-E betrifft demgegenüber offenbar die oben als Fallgruppe 6 bezeichnete Konstellation. Die Vorschrift setzt die Vorgaben des BVerfG zum Bestehen eines qualifizierten Aufklärungsinteresses (BVerfG, a. a. O., Rn. 263) grundsätzlich sachgerecht um; lediglich bei dem Aufklärungsanlass gem. § 33 Abs. 2 S. 2 Nr. 5 BNDG-E (Desinformationskampagnen) ist fraglich, ob ein mit den anderen Anlässen vergleichbares Gewicht vorliegt. § 33 BNDG-E enthält zwar durch den Kettenverweis in Absatz 1 auf § 31 Abs. 1 S. 2 und § 19 Abs. 7 S. 1 bis 4 BNDG-E das vom BVerfG geforderte (BVerfG, a. a. O., Rn. 263) Gebot des Ausfilterns von Daten von deutschen Staatsangehörigen und Inländern, nicht jedoch ein solches zum Ausfiltern von Daten aus Vertraulichkeitsbeziehungen, wie vom BVerfG ebenfalls verlangt (a. a. O.). Außerdem erscheinen auch hier Vorkehrungen zum Schutz besonders gefährdeter Personen sachgerecht.

Zu der oben unter Fallgruppe 5 bezeichneten Konstellation, dass Inhaltsdaten unselektiert oder nur teilselektiert weitergegeben werden, enthält der Gesetzentwurf keine Regelung. Eine derartige Kooperation ist folglich unzulässig, was klargestellt werden sollte.

#### n) Zu §§ 34 bis 39 BNDG-E (Eingriffe in informationstechnische Systeme)

Die §§ 34 bis 39 BNDG-E betreffen über den Entscheidungsgegenstand des Urteils des BVerfG vom 19.5.2020 hinaus die Einführung eines neuen nachrichtendienstlichen Mittels, das bislang im Bereich der Nachrichtendienste nur vom bayerischen Landesamt für Verfassungsschutz genutzt werden kann (Art. 10 i. V. m. Art. 9 BayVSG; dazu ausf. Löffelmann, in: Dietrich/Eiffler, a. a. O., Teil VI § 5 Rn. 28 ff.): der heimliche Eingriff in informationstechnische Systeme („Online-Durchsuchung“). Aus Sicht der sicherheitsrechtlichen Praxis ist die Schaffung dieser Befugnis gerade im Tätigkeitsbereich des Auslandsnachrichtendienstes nachdrücklich zu begrüßen, da es sich um ein sehr wirksames Instrument der Informations-



beschaffung handelt, den Nachrichtendiensten keine aktionellen Befugnisse zustehen und im Übrigen die Informationsbeschaffung im Ausland erheblichen faktischen Schwierigkeiten unterliegt. Andererseits handelt es sich um ein äußerst eingriffsintensives Instrument. Unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten erscheint sein Einsatz im Ausland als deutlich besser legitimierbar als im Inland.

Die einfachrechtliche Ausgestaltung der Befugnis folgt im Wesentlichen den in anderen Bereichen des Sicherheitsrechts bereits bestehenden Regelungsvorbildern (vgl. § 49 BKAG, Art. 45 BayPAG, § 31c POG RP, § 100b StPO). Hinsichtlich der materiellen Anordnungs Voraussetzungen verlangt das BVerfG, dass die Maßnahme der Abwehr von Gefahren für „überragend wichtige Rechtsgüter“ dienen muss (BVerfGE 120, 274, 328). Da im Zusammenhang mit Auslandssachverhalten aber die Anforderungen an Eingriffsschwellen abgesenkt werden können (zutreffend Entwurfsbegründung S. 92), erscheint es vertretbar, dass die besonderen Anlässe nach § 34 Abs. 1 BNDG-E eine ausreichend enge Einhegung darstellen. Hinzu kommt, dass nach der Entwurfsbegründung (S. 92, 93) Zielobjekte in der Regel *hoheitliche* informationstechnische Anlagen sind, welche nicht dem Schutz der Grundrechte unterfallen. Letzten Endes lässt sich diese Verhältnismäßigkeitsfrage anhand des vorliegenden singulären Judikats des BVerfG zur Auslandsgeltung von Grundrechten nicht verlässlich beantworten und obliegt es der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers, welches Gewicht er den mit der Befugnis verfolgten hoheitlichen Zwecken beimisst.

In formeller Hinsicht erscheint der Prüfzeitraum nach § 34 Abs. 7 BNDG-E von drei Jahren deutlich zu lang. Hierdurch wird de facto eine dreijährige „Vorratsdatenspeicherung“ hoch sensibler Daten ermöglicht. Die Prüfdauer sollte sich mit der – ohnehin langen – Anordnungsdauer nach § 37 Abs. 3 BNDG-E decken. Auf diese Weise kann der Bezug der Datenverarbeitung zu der konkreten Anordnung der Maßnahme besser gewahrt werden. Zu § 38 Abs. 2, 4, 6 und 7 BNDG-E (Übermittlung an andere inländische öffentliche Stellen) wird Bezug genommen auf oben k).

Hervorzuheben ist, dass § 34 Abs. 9 BNDG-E eine Sonderregelung für die Auswertung von informationstechnischen Systemen, die in den Besitz des BND gelangt sind, vorsieht. Eine Regelung dieser Art der Informationsbeschaffung ist dringend zu begrüßen, da hier eine Regelungslücke und ein Wertungswiderspruch zur „Online-Durchsuchung“ und Telekommunikationsüberwachung besteht (vgl. näher Löffelmann, in: Dietrich/Eiffler, a. a. O., Teil VI § 5 Rn. 20 ff.; ders., GSZ 2019, 190, 193). Die Regelung in Absatz 9 behebt diesen Wertungswiderspruch nicht. Erforderlich hierfür wäre insbesondere eine Erstreckung der Schutzvorschriften der §§ 35 und 36 BNDG-E auf die Auswertung informationstechnischer Systeme. Dabei müsste im Blick behalten werden, inwiefern es tatsächlich technisch möglich ist, kernbereichsrelevante und vertrauliche Inhalte automatisch auszufiltern. Sinnvoller Weise müssten Schutzvorschriften hier auf der Ebene des nach einer manuellen Relevanzprüfung noch vorhandenen Datenmaterials ansetzen. Ein gutes Beispiel für die gegebene Problematik sind Daten betreffend Minderjährige (etwa Fotos), die bereits de lege lata strengeren datenschutzrechtlichen Anforderungen unterliegen: Ob solche Daten zu Zwecken der Gefahrenfrüherkennung tatsächlich erforderlich sind, lässt sich häufig nicht von vornherein erkennen, sondern erst nach einer Auswertung. Dasselbe gilt für (vermeintlich) kernbereichsrelevante Inhalte und solche aus Vertrauensbeziehungen.



Worauf der Entwurf verzichtet, ist die Schaffung einer Übermittlungsregelung für aus einem informationstechnischen Eingriff gewonnene Daten an ausländische Partner. Der dadurch gebotene Rückgriff auf die allgemeinen Übermittlungsregeln erscheint ausgesprochen impraktikabel.

Aus Transparenzgründen sollte in den Titel des Gesetzes die Thematik der Schaffung einer Befugnis zur Online-Durchsuchung aufgenommen werden. Klargestellt werden sollte ferner aufgrund der entsprechenden öffentlichen Debatte, dass die Befugnis lediglich informationelles und kein aktionelles Handeln, etwa in Gestalt eines „Hack-back“ erlaubt, dessen völkerrechtliche Zulässigkeit hoch umstritten ist (vgl. dazu Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations, 2017).

o) Zu §§ 40 bis 58 BNDG-E (unabhängige Rechtskontrolle)

Die Regelungen in den §§ 40 bis 58 BNDG-E etablieren für den Bereich der technischen Aufklärung des BND mit dem Unabhängigen Kontrollrat ein neues Kontrollorgan, das, entsprechend den Vorgaben des BVerfG (BVerfG, a. a. O., Rn. 275 ff.) eine gerichtsähnliche (§ 42 BNDG-E) und eine administrative Kontrolle (§§ 51, 52 BNDG-E) durchführt. Der Unabhängige Kontrollrat verfügt über weitreichende Befugnisse (§§ 42, 52, 56, 58 BNDG-E) und ist personell ausgesprochen hochrangig ausgestattet. Die Vorgaben des BVerfG zur Erforderlichkeit eines gerichtsähnlichen Schutzmechanismus (vgl. BVerfG, a. a. O., Rn. 274 ff.) werden damit weit übererfüllt. Der breite gesetzgeberische Gestaltungsspielraum hätte auch andere Konstruktionen erlaubt, die besser mit dem Kontrollniveau in anderen Bereichen des Sicherheitsrechts harmoniert hätten.

Zu berücksichtigen ist außerdem, dass auf Seiten des BND entsprechende personelle Strukturen geschaffen werden müssen, um eine sachgerechte Vorbereitung und Zuarbeit im Rahmen der Kontrolle zu ermöglichen. Diese strukturellen Veränderungen werden den BND voraussichtlich vor große Herausforderungen stellen und seine Personalressourcen beträchtlich beanspruchen, zumal der gesamte Kontrollmechanismus mit zahlreichen beteiligten Organen mit sich überschneidenden Befugnissen weiterhin hoch komplex und unübersichtlich bleibt. De lege ferenda erscheint es wichtig, die Kontrollbefugnisse möglichst bei einem Organ zu bündeln. Aus einer verwaltungsökonomischen Sicht (die der nachrichtendienstlichen Praxis im Grundsatz entsprechen dürfte) erscheint nicht die Tiefe einer Kontrolle kritisch, sondern die Effizienz und Effektivität der Strukturen und Verfahren, innerhalb derer sie agiert. Mit der Aufwertung des Unabhängigen Gremiums zu einem Unabhängigen Kontrollrat verbessert sich zwar die Kontrolltiefe, nicht aber die Praktikabilität der Verfahren.

Etwas unschlüssig bei der gewählten Ausgestaltung erscheint weiterhin, dass die richterlichen Mitglieder aus dem Kreis der Richterinnen und Richter am Bundesgerichtshof rekrutiert werden sollen (§ 43 Abs. 1 Nr. 1 BNDG-E), die sich zahlenmäßig weit überwiegend mit zivilrechtlicher Revisionsrechtsprechung befassen. Obwohl zweifellos alle diese Personen geeignet sind, „die Vorgänge in der Behörde zu durchdringen und im gegenseitigen Zusammenwirken eine unabhängige wie professionell fachkundige Kontrolle sicherzustellen“ (BVerfG, a. a. O., Rn. 285), könnte bei einer Ausweitung des Kandidatenkreises (etwa auf Richter des BVerwG oder Richter an Oberlandesgerichten) eine weitere fachliche Stärkung erzielt werden. Wenig einleuchtend erscheint weiter, wieso die richterlichen Mitglieder über



eine langjährige Erfahrung in ihrer vormaligen Tätigkeit als Bundesrichter verfügen müssen. Das BVerfG spricht zur Gewährleistung einer richterlichen Perspektive lediglich vom Erfordernis langjähriger richterlicher Erfahrung einer maßgeblichen Zahl der Mitglieder (BVerfG, a. a. O., Rn. 286). Dazu zählt auch die Erfahrung an den Instanzengerichten. Soweit die Entwurfsbegründung (S. 104) davon spricht, „in der Regel sollten die Mitglieder mindestens zwanzig Jahre richterlicher Erfahrung mitbringen“, dürfte das den Kreis geeigneter Richterinnen und Richter beträchtlich einschränken, da viele Justizangehörige - darunter gerade solche, die später an eines der Bundesgerichte gewählt werden - ganz erhebliche Teile ihrer Dienstzeit in Abordnungen, unter anderem als wissenschaftliche Mitarbeiter an Bundesgerichten oder als Referenten in Bundes- und Landesministerien – also außerhalb einer richterlichen Tätigkeit – ableisten. Hinzu kommen in Wechselsystemen Verwendungen bei der Staatsanwaltschaft sowie Freistellungen, etwa durch Mutterschutz und Elternzeit. Eine *mindestens* zwanzigjährige richterliche Berufserfahrung als Qualifikationsvoraussetzung erscheint vor diesem Hintergrund zu anspruchsvoll. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass die Dauer einer richterlichen Tätigkeit kein Merkmal richterlicher Unabhängigkeit ist.

Im Vergleich zur präventiven als auch nachträglichen gerichtlichen oder quasi-gerichtlichen Kontrolle in anderen Bereichen des Sicherheitsrechts, die in der Regel beim Amtsgericht, also bei einem Einzelrichter der Besoldungsgruppe R 1, liegt (so etwa auch für die Anordnung einer Online-Durchsuchung nach BayVSG), verfügt der Unabhängige Kontrollrat mit sechs Mitgliedern der Besoldungsgruppen B 7 und B 9 (Präsident oder Präsidentin) sowie einer Direktorin oder einem Direktor als Leiterin oder Leiter des administrativen Kontrollorgans der Besoldungsstufe B 4 (§§ 46, 50 BNDG-E) über ein beeindruckendes personelles Gewicht, das den hohen Rang des Grundrechtsschutzes im Zusammenhang mit Maßnahmen der technischen Aufklärung widerspiegelt. Um Wertungswidersprüche zu vermeiden und dem hohen Rang des Grundrechtsschutzes auch in anderen Bereichen des Sicherheitsrechts adäquat Rechnung zu tragen, sollte darüber nachgedacht werden, auch dort den gerichtlichen Rechtsschutz entsprechend aufzuwerten.

p) Zu §§ 59 bis 63 BNDG-E (Mitteilungen und Evaluierung)

Der in § 59 Abs. 1 BNDG-E vorgesehene Ausschluss der Benachrichtigung betroffener Ausländer im Ausland ist sachgerecht und entspricht dem vom BVerfG eröffneten Gestaltungsspielraum. Die Benachrichtigungspflicht in Absatz 2 orientiert sich an den entsprechenden Regelungen des G 10 und ist gleichfalls nicht zu beanstanden.

Die Evaluierungspflicht in § 61 BNDG-E ist aus Gründen der Transparenz und als Grundlage der gesetzgeberischen Rechtsfolgenbeobachtungspflicht und Fortentwicklung des Rechts ausdrücklich zu begrüßen. Der fünfjährige Zeitraum erscheint angesichts der hohen Praxisrelevanz der Maßnahme als zu lang.

§ 62 BNDG-E bezieht sich auf eine gängige Regelungspraxis, welche die interne exekutive Selbstkontrolle maßgeblich stärkt.



## **8. Zu Ziff. 22 (unabhängige Datenschutzkontrolle)**

Durch die Beibehaltung des § 32 BNDG i. V. m. § 26a BVerfSchG und die Erstreckung des Anwendungsbereichs der Normen auf die strategische Ausland-Fernmeldeaufklärung wird auch betroffenen Ausländern im Ausland die Möglichkeit einer unabhängigen Datenschutzkontrolle eröffnet. Angesichts der ausgeschlossenen Benachrichtigungspflicht ist das zu begrüßen.

## **9. Zu Ziff. 24 (Berichtspflicht und Information der Öffentlichkeit)**

Die Regelung entspricht im Wesentlichen § 33 BNDG und ist nicht zu beanstanden.

## **10. Zu Ziff. 27 (Zitiergebot und Übergangsvorschriften)**

Inwiefern durch das Gesetz eine Einschränkung des Art. 13 GG erfolgt, ist nicht erkennbar. Maßnahmen der Online-Durchsuchung, die nicht auf eine – hier nicht geregelte – Überwachung von Wohnraum durch Fernsteuerung von Peripheriegeräten zielen, stellen keinen Eingriff in das Wohnungsgrundrecht dar. Artikel 12 des Änderungsgesetzes nennt ebenfalls nicht Art. 13 GG.

Die in den Übergangsvorschriften vorgesehenen Fristen erscheinen zur Ermöglichung einer reibungslosen Implementierung der neuen technischen und administrativen Strukturen durchweg sachgerecht, wenngleich ambitioniert.

## **II. Zu Artikel 2 (Änderung des G 10)**

### **1. Zu Ziff. 1 (Weiterverarbeitung von Verkehrsdaten aus § 3 G 10-Maßnahmen)**

In dem neuen § 4a G 10 soll offenbar eine Rechtsgrundlage für die vom BVerwG beanstandete Verkehrsdatenanalyse geschaffen werden. Da für im Rahmen einer Individualüberwachung nach § 3 G 10 aufgrund der dortigen qualifizierten Voraussetzungen eine strenge Zweckbindung besteht, geht der Gesetzentwurf zutreffend davon aus, dass für eine zweckändernde Verwendung eine besondere Rechtsgrundlage erforderlich ist. Hier besteht diese Zweckänderung in einer Speicherung der Verkehrsdaten und ihrer Rasterung zu den Zwecken des Erkennens von Personen, die einen Deutschlandbezug aufweisen und für die Tätigkeit des BND relevant sind (Absatz 1 Nummer 1) sowie des Identifizierens der für eine strategische Fernmeldeüberwachung nach § 5 G 10 geeigneten Telekommunikationsnetzen.

Die konkrete Verwendung der Daten (Speicherung, automatisierte oder manuelle Auswertung) kommt im Wortlaut der Norm nicht zum Ausdruck. Auch die in der Entwurfsbegründung (S. 117) genannte Verwendung der Daten als Suchbegriffe im Rahmen einer strategischen Fernmeldeüberwachung stellt eine zweckändernde rechtfertigungsbedürftige Verwendung dar, die im Gesetz normenklar und präzise zu regeln ist. Die geänderte Verwendung unterliegt außerdem – anders als die Erhebung der Daten nach § 3 G 10 – keinerlei qualifizierten Voraussetzungen, was nicht dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der hypothetischen Datenerhebung entspricht. Soweit die Entwurfsbegründung (S. 117) ausführt, die gespeicherten Anschlusskennungen seien solche des Verdächtigen einer Anlasstat oder eines



Nachrichtensmittlers, ist das unzutreffend. Gespeichert werden auch die Verkehrsdaten der Kommunikationspartner, andernfalls wäre das beabsichtigte Ermitteln der Kontaktpersonen nicht möglich. Aus dieser Erstreckung auf dritte Personen ergibt sich unter anderem die Eingriffsintensität und Rechtfertigungsbedürftigkeit der Verkehrsdatenspeicherung. Letzten Endes erlaubt § 4a G 10-E eine anlasslose „Vorratsdatenspeicherung“ von Telekommunikationsverkehrsdaten zu den in Absatz 1 bezeichneten Zwecken. Die Rechtfertigung einer solchen Datenverarbeitung unterliegt verfassungsrechtlich qualifizierten Anforderungen, die hier nicht geregelt sind. Die Ausführungen in der Entwurfsbegründung, insbesondere zu einer in einem Satz 2 geregelten „Nutzungskaskade“ (S. 117 f.), finden keine Entsprechung im Gesetztext. Die Speicherfrist gem. Absatz 2 Satz 2 Halbsatz 1 von maximal sechs Monaten entspricht den Vorgaben des BVerfG (vgl. BVerfG, a. a. O., Rn. 191), die – letztlich zeitlich unbegrenzte – Erstreckung der Speicherung unter dem bloßen Vorbehalt der weiteren Erforderlichkeit der Daten im Einzelfall begegnet jedoch Bedenken. Bei einer Beibehaltung der Regelung sollte jedenfalls eine prozessuale Absicherung der Erforderlichkeitsprüfung durch eine gerichtsähnliche Überprüfung erfolgen. Soweit die Entwurfsbegründung (S. 119) die Einbindung der G 10-Kommission erwähnt, findet das im Gesetztext keine Entsprechung.

Soweit die Datenauswertung darauf zielt, geeignete Telekommunikationswege zu bestimmen, erschließt sich ferner nicht, warum sich dieser Zweck nur auf die strategische Aufklärung grenzüberschreitender Telekommunikation nach § 5 G 10 bezieht und nicht auf die strategische Ausland-Fernmeldeaufklärung nach §§ 19 ff. BNDG-E.

## **2. Zu Ziff. 2 (Weiterverarbeitung von Verkehrsdaten aus § 5 G 10-Maßnahmen)**

Die Regelung in § 6 Abs. 4 bis 6 G 10-E stellt das Komplement für die unter Ziff. 1 bezeichnete Maßnahme in Bezug auf Verkehrsdaten dar, die durch Maßnahmen nach § 5 G 10 erlangt wurden. Die Vorschrift unterscheidet dabei zwischen anonymisierten (Absatz 4) und nicht-anonymisierten Verkehrsdaten (Absatz 5). Die Verwendung anonymisierter Verkehrsdaten ist zu denselben Zwecken wie nach § 4a G 10-E zulässig. Auch hier fehlen qualifizierte Anordnungsvoraussetzungen. Da eine mit vertretbarem Aufwand irreversible Anonymisierung erfolgt, erscheint die beabsichtigte Regelung jedoch vertretbar, wenngleich insoweit mangels geklärter Rechtslage ein verfassungsrechtliches Risiko verbleibt.

Die Differenzierung zwischen den Anwendungsbereichen des Absatzes 4 und 5 ist schwer nachzuvollziehen. Laut Entwurfsbegründung (S. 120) betreffe Absatz 4 den Fall, dass „für keinen der beiden Kommunikationsteilnehmer eine Beschränkungsanordnung vorliegt“. § 5 G 10 sieht jedoch keine personenbezogenen Beschränkungsanordnungen vor, weshalb dieser Gesichtspunkt sich nicht als Differenzierungskriterium eignet. Gemeint ist vermutlich die Verwendung personenbezogener Suchbegriffe, die nur ausnahmsweise nach § 5 Abs. 2 S. 3 G 10 für Telekommunikationsanschlüsse im Ausland zulässig ist, sofern ausgeschlossen werden kann, dass Anschlüsse deutscher Staatsangehöriger gezielt erfasst werden. Diese Ausnahme ist allerdings immer schon insofern zu eng gefasst, als Inländer in gleichem Maße wie deutsche Staatsangehörige dem Schutz des Art. 10 GG unterfallen. Der Bezug auf § 5 Abs. 2 S. 3 G 10 sollte in § 6 Abs. 5 G 10-E jedenfalls klarer zum Ausdruck kommen. Die Befugnis zur Zweckänderung der hier nicht anonymisierten Verkehrsdaten in Absatz 5 Satz 1 unterliegt ebenfalls keinen qualifizierten Anforderungen. Das widerspricht einerseits schon





dem Ausnahmecharakter des § 5 Abs. 2 S. 3 G 10, denn letztlich sollen auf diesem Wege, wie die Entwurfsbegründung ausführt (S. 120), „relevante Personen auf Seiten der kontaktierten inländischen Anschlüsse erkannt werden.“ Die Identifizierung und Erfassung bestimmter inländischer Telekommunikationsanschlüsse soll aber gerade durch § 5 Abs. 2 S. 2 G 10 ausgeschlossen werden. Außerdem korrespondiert das Fehlen qualifizierter Anordnungs Voraussetzungen nicht mit dem Grundsatz der hypothetischen Datenneuerhebung, worauf hier mangels Anonymisierung auch nicht verzichtet werden kann. Hinsichtlich einer gerichtsähnlichen Kontrolle der Prüf- und Speicherfristen gelten die Ausführungen zu § 4a G 10-E.

### **3. Zu Ziff. 4 (Weiterverarbeitung von Verkehrsdaten aus § 8 G 10-Maßnahmen)**

Die Überlegungen zu § 6 Abs. 5 G 10-E gelten entsprechend.

Am Rande ist darauf hinzuweisen, dass die beabsichtigten Änderungen keine Schaffung einer Rechtsgrundlage für die entsprechende Auswertung von Verkehrsdaten vorsieht, die dem BND von anderen Stellen, namentlich ausländischen Partnerdiensten, zur Verfügung gestellt werden. Das BVerwG hatte in seinem VERAS-Urteil auch insoweit das Fehlen einer Befugnis moniert (vgl. BVerwG, U. v. 13.12.2017, 6 A 6.16, Rn. 23, 33).

## **C. Zu BT-Drs. 19/26221**

Der Antrag enthält eine große Vielzahl allgemeiner und spezifischer Petita zu einer umfassenderen externen, insbesondere parlamentarischen Kontrolle und engeren Einhegung nachrichtendienstlicher Befugnisse. In dem gegebenen Rahmen können diese Forderungen in ihrer Vielfalt, ihrer staatstheoretischen Einbettung und namentlich in ihrem Zusammenwirken und ihren Konsequenzen vom Verf. nicht detailliert sachverständig bewertet werden. Im Folgenden wird daher lediglich auf einige allgemeine und ausgewählte Gesichtspunkte eingegangen:

### **I. Stärkung der Befugnisse des PKGr**

Der Wunsch nach einer Stärkung der parlamentarischen Kontrolle wurde in der Vergangenheit immer wieder eingehend diskutiert und erscheint nachvollziehbar. Der Antrag enthält insoweit einige sinnvolle Ansätze, um die Wirksamkeit der Kontrolltätigkeit des PKGr zu verbessern (etwa II.2.a.i., ii., iv., II.2.d.ii.). Soweit solche Änderungen Geheimschutzbedürfnisse berühren (etwa II.2.a.iii., v., vi.), kommt es auf die Ausgestaltung im Detail an. Verschriftlichungen und Audiodokumentationen (II.2.b.ii., iii., II.2.c.) sind insoweit mit Vorsicht zu betrachten. Hier zeichnen sich schon in anderen Bereichen des Sicherheitsrechts, die grundsätzlich der öffentlichen Kontrolle zugänglich sind (etwa im Strafverfahren), Problemlagen ab, aus denen zunächst Erfahrungen gewonnen werden sollten. Eine Erstreckung der Tätigkeit des PKGr auf andere Bereiche des Sicherheitsrechts, namentlich den der Gefahrenabwehr (II.2.b.iv.), führt zu weiteren Kompetenzüberschneidungen und Mehrfachzuständigkeiten. Eine erhebliche Gefahr für Geheimschutzinteressen entsteht aus größeren Erweiterungen des Kreises von Personen, die Kenntnis von geheimschutzbedürftigen Sachverhalten haben (II.2.e.). Solche erweiterten Befugnisse, insbesondere länderübergreifend, dürften



auch kompetenzrechtlich nur schwer auf eine tragfähige Grundlage gestellt werden können. Ausgesprochen sinnvoll erscheint de lege ferenda die Bündelung von Kontrollbefugnissen bei einem oder möglichst wenigen Organen (in diese Richtung II.3.a.), wobei hier zahlreiche Gestaltungsvarianten denkbar sind. Die weitere Stärkung der Befugnisse des Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationssicherheit (II.4.) dürfte hierzu allerdings eher in Widerspruch stehen. Durchaus sinnvoll erscheint zudem die im Antrag angedeutete Überprüfung der Handhabung der VS-Anordnung (S. 5), wenngleich die Einführung einer zusätzlichen Kontrollinstanz (II.5.a.) eher zu einer weiteren Zersplitterung und Aufblähung der Kontrollmechanismen beitragen dürfte. Bei aller berechtigten Kritik an Defiziten des gegenwärtigen parlamentarischen Kontrollregimes sollte nicht aus dem Blick geraten, dass sich die de lege lata zur Verfügung stehenden Instrumente in der Vergangenheit durchaus als wirksam erwiesen haben. So ist insbesondere die Tätigkeit der Untersuchungsausschüsse des Deutschen Bundestags maßgeblich für die Fortentwicklung von Kontrollinstrumenten der internen und externen Dienst- und Fachaufsicht. Eine ähnliche Funktion erfüllen die parlamentarischen Anfragen, deren Beantwortung eine sorgfältige Dokumentation von Vorgängen voraussetzt.

## II. Allgemeine Stärkung der Kontrollmechanismen

Eine wirksame Kontrolle der Nachrichtendienste ist unverzichtbar. In diesem Zusammenhang sollte jedoch nicht übersehen werden, dass die präventive und begleitende parlamentarische und gerichtsähnliche Kontrolle der Nachrichtendienste bereits de lege lata mit zahlreichen Kontrollorganen mit sich überschneidenden Befugnissen (Parlamentarisches Kontrollgremium, Ständiger Bevollmächtigter des Parlamentarischen Kontrollgremiums, Vertrauensgremium, Untersuchungsausschüsse, parlamentarische Fragerechte, Bundesbeauftragter für den Datenschutz und die Informationsfreiheit, G 10-Kommission, unabhängiges Gremium, vereinzelt Richtervorbehalt) weit über die Kontrolldichte in allen anderen Bereichen des Sicherheitsrechts hinausreicht. Hinzu kommen im Bereich der Nachrichtendienste komplexe, durch detaillierte Dienstvorschriften geregelte, interne Prüfungsverfahren. Zum Vergleich: Während die Beantragung einer Maßnahme der Telekommunikationsüberwachung nach § 100a StPO einen staatsanwaltlichen Antrag voraussetzt und eine (von der Staatsanwaltschaft in aller Regel vorbereitete) ermittlungsrichterliche Anordnung, also de facto auf einem „Vier-Augen-Prinzip“ beruht, sind an der Vorbereitung eines der Sache nach vergleichbaren Antrags nach § 3 G 10 durch den BND schon vor Befassung der 8-köpfigen G 10-Kommission aufgrund der anspruchsvollen Voraussetzungen zahlreiche Personen im Rahmen der internen und externen Dienst- und Fachaufsicht beteiligt (näher zum Anordnungsverfahren Löffelmann, in: Dietrich/Eiffler, a. a. O., Teil VI § 4 Rn. 62 ff., 92 f.). Das harmoniert nicht mit der viel einfacheren Ausgestaltung des präventiven Kontrollverfahrens im Polizei- und Strafverfolgungsrecht, zumal dort wesentlich höhere Anwendungszahlen in Rede stehen. Die etwas weitere Möglichkeit der dortigen nachträglichen gerichtlichen Kontrolle beseitigt diese Schieflage nicht, denn die nachträgliche Kontrolle ersetzt den präventiven Rechtsschutz nicht und besitzt auch dort nur eine sehr geringe rechtstatsächliche Relevanz. Vor diesem Hintergrund erscheint die Forderung nach einer pauschalen Ausweitung der Kontrollmechanismen im Bereich des Rechts der Nachrichtendienste nicht selbstevident. Zu berücksichtigen ist außerdem, dass die schon gegenwärtig komplizierten Antragsverfahren ein



hohes Maß an personellen Ressourcen binden, die für die Facharbeit nicht mehr zur Verfügung stehen. Dasselbe gilt für den Fall der Einrichtung neuer Kontrollorgane, deren Kompetenzen Zuständigkeiten bei den Diensten entsprechen müssen. Eine weitere Reform der Kontrolle der Nachrichtendienste sollte im Rahmen der breiten gesetzgeberischen Gestaltungsspielräume in erster Linie darauf zielen, klare Zuständigkeiten der Kontrollorgane und einfach zu handhabende Kontrollverfahren zu implementieren. Eine Bündelung von Kompetenzen für die Kontrolle verschiedener Maßnahmen bei einem Organ erscheint insofern durchaus zielführend. Gegenwärtig sind die Kontrollregimes in den verschiedenen Bereichen des Sicherheitsrechts zu heterogen und harmonisieren nicht miteinander. Daraus resultieren nicht nur Wertungswidersprüche, sondern auch Verwerfungen beim Datentransfer, der nur an materielle Übermittlungsschwellen gebunden ist. Gerade mit Blick auf die vom Antrag thematisierte „Überwachungsgesamtrechnung“ (S. 2 f., III.1., 3.) erscheint es notwendig, die Gesamtheit der deutschen Sicherheitsarchitektur als eines komplementären Systems zu betrachten. Deshalb sollten das Kontrollniveau und die Prüfdichte in den verschiedenen Bereichen des Sicherheitsrechts sachgerecht aufeinander abgestimmt werden.

### **III. Schaffung integrierter Nachrichtendienstgesetze**

Neben den bereits erwähnten parlamentarischen Kontrollmöglichkeiten ist das wichtigste Steuerungsinstrument des Parlaments sein „erster Zugriff“ auf eine Regelungsmaterie. Durch die Schaffung anwendungsfreundlicher Regelungen hat es der Gesetzgeber in der Hand, sowohl den dadurch vermittelten präventiven Grundrechtsschutz als auch die verfolgten hoheitlichen Zwecke zu fördern. Anwendungsfreundliche Normen vermögen den Konflikt von „Freiheit und Sicherheit“ transparent zu machen und sogar aufzulösen. Die größte Gefahr für den Grundrechtsschutz besteht nicht in einem real nicht existierenden „Aufklärungseifer“, der sich mutwillig oder leichtfertig über gesetzliche Grenzen hinwegsetzt, sondern in deren schwerer Erkennbarkeit oder gänzlichem Fehlen. Wer viel Verantwortung trägt und immer alles richtig machen muss, weil schon kleine Fehler weitreichende Konsequenzen haben können, kann auch viel falsch machen. Regeln sollten in dieser Anforderungssituation Hilfe und nicht Hindernis sein. Dass die deutschen Nachrichtendienstgesetze eine überaus sperrige, zerfaserte, unübersichtliche Regelungsmaterie mit zahlreichen Wertungswidersprüchen bilden und für die Rechtsanwendung mehr Hemmnis als Hilfe darstellen, ist kein Geheimnis. Durch die Schaffung integrierter Dienstegesetze sollte dem entgegengewirkt werden. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass zwischen den Aufgaben, Methoden und Befugnissen der Inlandsnachrichtendienste und des Auslandsnachrichtendienstes nicht unerhebliche Unterschiede bestehen, welche bereichsspezifische Regelungen nahelegen. Dem Eigeninteresse der Dienste des Bundes an einem normenklaren Handlungsrahmen würde ein Befugnisgesetz nach dem Vorbild mancher Landesverfassungsschutzgesetze entgegenkommen. Das betrifft insbesondere auch die mit der Auslandsgeltung der Grundrechte erforderliche Regelung der Eingriffsbefugnisse bei einem Tätigwerden im Ausland (II.3.b., III.5.). Leitidee sollte dabei die Anwendungsfreundlichkeit der gesetzlichen Regelungen sein. Auch eine die Rechtsanwendung erleichternde Überarbeitung der Übermittlungsregeln (in diese Richtung III.2.d.) und die Schaffung eines in sich schlüssigen Schutzsystems für Vertraulichkeitsbeziehungen (in diese Richtung III.2.h.) ist ausdrücklich zu begrüßen. Dass übergreifend in allen Bereichen des Rechts der Nachrichtendienste ein erheblicher Reformbedarf und die



Notwendigkeit der Entwicklung neuer Ordnungssysteme besteht, dürfte rechtswissenschaftlicher Konsens sein. Ebenso unstreitig ist aber, dass eine praxisgerechte Reform nicht unter dem Vorzeichen „viel hilft viel“ gelingen kann.

## **D. Zu BT-Drs. 19/19509**

Der Antrag enthält Vorschläge für eine Neustrukturierung des Rechts der Nachrichtendienste, insbesondere im Bereich der Kontrollmechanismen. Einige Regelungsansätze, wie die Vereinheitlichung von Eingriffsschwellen (Ziff. I.2.) und Überarbeitung von Übermittlungsschwellen (Ziff. I.7.), sind im Grundsatz zu begrüßen und spiegeln den Stand der entsprechenden rechtswissenschaftlichen Kritik. Andere Petita werden auch von dem Gesetzentwurf unter BT-Drs. 19/26103 aufgegriffen (vgl. Ziff. II.1.b. Spiegelstrich 5 zur Third Party Rule) oder entsprechen bereits geltender Rechtslage (vgl. Ziff. II.3. Spiegelstrich 1 zur Klagebefugnis Betroffener). Der Vorschlag eines aus drei Säulen bestehenden Kontrollregimes (Ziff. II.) stellt eine von zahlreichen denkbaren Gestaltungsmöglichkeiten dar. Die vorgängige Einbindung eines „Bürgeranwalts“ oder eines Sachverständigen vor einer Entscheidung der G 10-Kommission (Ziff. II.1.a. Spiegelstriche 3, 7) erscheint allerdings eher weniger geeignet, um Geheimschutzbedürfnissen Rechnung zu tragen und eine Straffung der Kontrollverfahren zu erreichen. In keinem anderen Bereich des Sicherheitsrechts ist eine solche Konstruktion im Rahmen des präventiven Rechtsschutzes vorgesehen. Dasselbe gilt für ein Tätigwerden der G 10-Kommission von Amts wegen (Ziff. II.1.a. Spiegelstrich 4) und die Strafbarkeit falscher Angaben ihr gegenüber (Ziff. II.1.a. Spiegelstrich 5). Hier erscheinen disziplinarrechtliche Sanktionen, wie in anderen Bereichen auch, angesichts des ultima ratio-Charakters des Strafrechts als angemesseneres Mittel. Die vorgeschlagene Erstreckung der Prüfpflicht der G 10-Kommission auf jede Zweckänderung (Ziff. II.1.a. Spiegelstrich 6) erscheint - ungeachtet der fehlenden Praktikabilität einer solchen Regelung - unter dem Gesichtspunkt der oft gebotenen Schnelligkeit der Datenübermittlung im Sicherheitsbereich ausgesprochen riskant. Dasselbe gilt unter dem Blickwinkel von - auch gegenüber befreundeten Staaten bestehender - Geheimschutzbedürfnisse für den geforderten internationalen Informationsaustausch der Kontrollorgane (Ziff. II.1.d. Spiegelstrich 2).

## **E. Zu BT-Drs. 19/19502**

Der Gesetzentwurf zielt auf die Einrichtung eines administrativen Kontrollorgans in Gestalt eines parlamentarischen Beauftragten für die Nachrichtendienste. Diese Konstruktion liegt im Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers und erscheint grundsätzlich geeignet, um das Ziel einer besseren parlamentarischen Kontrolle zu erreichen. Aufgrund des großen Umfangs der Kontrolltätigkeit setzt eine effektive Aufgabenwahrnehmung allerdings eine erhebliche personelle Ausstattung voraus, die der Entwurf mit 100 Mitarbeitern (S. 3) beziffert. Hierdurch entstehen zwangsläufig gravierende Gefahren für Geheimhaltungsbedürfnisse, zumal die Zugangsberechtigungen dieser Mitarbeiter umfassend ausgestaltet sind und damit sogar über diejenigen der meisten eigenen Mitarbeiter der Dienste hinausgehen. Nicht zuletzt können dadurch auch Gefährdungslagen für die Mitarbeiter des Beauftragten entstehen, weshalb die Einrichtung von Sicherheitssystemen erforderlich wäre, die denen der Dienste kor-



respondieren. Diese mit der Schaffung des Amtes eines Beauftragten einhergehenden notwendigen aufwändigen Folgemaßnahmen zum Geheimnis- und Personenschutz lassen diese Alternative nicht als überzeugend erscheinen. Soweit mit dem Vorschlag das Ziel verfolgt wird, „die Nachrichtendienstkontrolle in Deutschland zu vervollständigen“ (S. 12), ist darauf hinzuweisen, dass sich das Kontrollregime aufgrund der Vielzahl von Organen mit sich überschneidenden Kompetenzen schon heute als sehr unübersichtlich und ineffizient darstellt. Mit dem Beauftragten soll ein weiteres Organ hinzutreten, so dass zusätzliche Kompetenzkonflikte absehbar sind. Vorzugswürdig wäre die Konzentrierung einer umfassenden Kontrollzuständigkeit bei einem Organ.

## F. Zusammenfassende Würdigung

Der Gesetzentwurf unter BT-Drs. 19/26103 setzt die Vorgaben des BVerfG in seinem Urteil vom 19.5.2020 im Wesentlichen sachgerecht, in einigen Details sogar vorbildlich um. Mit der beabsichtigten Einrichtung des Unabhängigen Kontrollrats wird weit über das Maß des verfassungsrechtlich Gebotenen hinaus ein starkes Kontrollorgan geschaffen, das eine detaillierte Kontrolle der Rechtsanwendung gewährleisten kann. Die bereichsspezifische Weite der Anordnungsschwellen wird auf diese Weise durch einen wirkmächtigen prozessualen Mechanismus kompensiert. Die rechtsstaatliche Verfasstheit der technischen Aufklärung wird so institutionell abgesichert und auch nach außen dokumentiert.

Methodischen bzw. teilweise verfassungsrechtlichen Bedenken begegnet der Gesetzentwurf an acht Stellen:

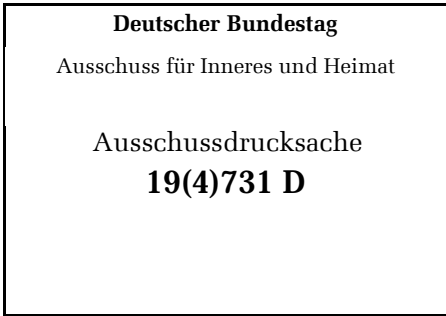
1. Die Beibehaltung der bisherigen Rechtslage in § 10 Abs. 3 BNDG-E hinsichtlich der Abfragebefugnis des BND für bei anderen Sicherheitsbehörden gespeicherte personenbezogene Daten dürfte nicht den Vorgaben des BVerfG zur präzisen Regelung solcher Befugnisse unter Berücksichtigung qualifizierter Eingriffsschwellen genügen.
2. Der Gesetzentwurf schafft in § 19 Abs. 1 BNDG-E zwar eine Ermächtigungsgrundlage für die strategische Ausland-Fernmeldeaufklärung hinsichtlich „personenbezogener“ Telekommunikationsdaten. Unklar ist aber, was für „sachbezogene“ Telekommunikationsdaten gilt.
3. Die unscharfe begriffliche Differenzierung zwischen „Maßnahmen der strategischen Ausland-Fernmeldeaufklärung“ (§ 19 Abs. 1 BNDG-E) und „strategischen Aufklärungsmaßnahmen“ (§ 19 Abs. 2 BNDG-E) erschwert das Verständnis des Regelungsansatzes und wird nicht immer konsequent durchgehalten.
4. Die mengenmäßige Begrenzung der zur Auswertung zur Verfügung stehenden Telekommunikationsverkehre auf 30 Prozent der weltweiten Übertragungskapazitäten in § 19 Abs. 8 BNDG-E stellt keine substantielle Einschränkung dar.
5. Die in § 26 Abs. 5 S. 2 BNDG-E vorgesehene Ausnahme von der Begrenzung der Speicherfrist für Verkehrsdaten auf sechs Monate erscheint zu unscharf, um eine längere Bevorratung des Rohdatenbestands zu legitimieren.



6. Soweit § 29 BNDG-E die Datenübermittlung an „inländische öffentliche Stellen“ oder „andere inländische Stellen“ zulässt, bestehen Bedenken, ob die Fassung der Norm hinsichtlich der Bezeichnung der Übermittlungsempfänger ausreichend präzise ist.
7. Der Gesetzentwurf enthält im Rahmen der Weitergabe selektierter und unselektierter Daten nach §§ 32, 33 BNDG-E an ausländische Partner keine besonderen Vorkehrungen zum Schutz besonders gefährdeter Personen.
8. Die Neuregelung der zweckändernden Verwendung von Verkehrsdaten, die durch Maßnahmen nach §§ 3 und 5 G 10 erhoben wurden, nach § 4a Abs. 1 und § 6 Abs. 5 G 10-E dürfte nicht dem Grundsatz der hypothetischen Datenneuerhebung genügen.

Kritisch ist im Übrigen zu sehen, dass der Gesetzentwurf weiter eine Kultur der starken Ausdifferenzierung von Normbefehlen bei einem gleichzeitigen weitgehenden Fehlen übergreifender Ordnungsstrukturen fortschreibt. Das Gesetz ist dadurch für die Rechtsanwendung nur schwer verständlich und umzusetzen. Seine Abbildung in Dienstvorschriften wird voraussichtlich nicht unerhebliche Schwierigkeiten bereiten. Die personellen Ressourcen des BND werden durch die hochkomplexe Rechtslage in noch höherem Maße beansprucht werden, nicht nur in den Justizariaten, sondern auch auf Ebene der einzelnen Sachbearbeiter in den Fachbereichen. Eine dortige verlässliche Rechtsanwendung wird umfängliche juristische Aus- und Fortbildungen erfordern.

Über die Novellierung der Vorschriften zur strategischen Auslands-Fernmeldeaufklärung hinaus ergeben sich aus der Entscheidung des BVerfG vom 19.5.2020 Konsequenzen für andere in Grundrechte eingreifende Aufklärungsmaßnahmen deutscher Nachrichtendienste im Ausland. Insofern sind weitere Reformen im BNDG und ggf. in anderen Nachrichtendienstgesetzen unausweichlich. Hinsichtlich des BNDG erscheint de lege ferenda gut vorstellbar, den mit dem gegenständlichen Entwurf verfolgten gelungenen Ansatz einer detaillierten einfachrechtlichen Ausgestaltung der Anlassbedrohungen auf andere Maßnahmen zu erstrecken, indem die Unterscheidung von politischer Unterrichtung und Gefahrenfrüherkennung „vor die Klammer“ gezogen wird. Auch die an diese Differenzierung anschließenden weiteren Normen (Übermittlungsregelungen, Kooperationsregelungen) könnten dann vereinheitlicht werden. Insgesamt ist die Schaffung eines integrierten BNDG, welches Befugnisse für die Tätigkeit im In- und Ausland möglichst unter einheitlichen Eingriffsschwellen versammelt und Differenzierungen nur als Ausnahme vorsieht, gut vorstellbar. Sonderregelungen betreffend Grundrechtseingriffe bei Ausländern im Ausland, wie die Handhabung von Benachrichtigungspflichten, Fragen des individuellen Rechtsschutzes oder auch des Personenschutzes, könnten in einem eigenen Abschnitt zusammengefasst werden. Hinsichtlich der sicherheitsbehördlichen Datenübermittlungen sollte ein System von Schutzwürdigkeitsklassen angestrebt werden, das die Zuordnung zu den jeweils zulässigen Übermittlungszwecken leichter erkennen lässt. Mit derartigen Weichenstellungen könnte das Gesetz für die Rechtsanwendung leichter zugänglich und anwendungsfreundlicher ausgestaltet werden.



Deutscher Bundestag  
Ausschuss für Inneres und Heimat

Lehrstuhl für  
internationales öffentliches  
Recht und internationalen  
Menschenrechtsschutz (IMR)

**PROF. DR. NORA  
MARKARD**

Westfälische Wilhelms-  
Universität Münster  
Rechtswissenschaftliche Fa-  
kultät  
Wilmergasse 28  
48143 Münster

Sekretariat:  
Jutta Meier  
Tel. +49 251 83-21360  
jutta.meier@uni-  
muenster.de  
go.wwu.de/imr

Stellungnahme

Datum:  
18.02.2021

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 Einleitung ..... 2**  
**2 Unzureichende materiellrechtliche Schutzvorschriften ..... 3**  
2.1 Mangelhafte Definition journalistischer Vertraulichkeitsbeziehungen ..... 3  
2.2 Fehlender Schutz für Verkehrsdaten insb. aus Vertraulichkeitsbeziehungen ..... 4  
2.3 Arbiträrer Ausschluss von verhashter und Maschine-zu-Maschine-  
Kommunikation von Schutzstandards ..... 5  
2.4 Zitiergebot..... 6  
**3 Unzureichende Dokumentation und Kontrollmechanismen ..... 6**  
3.1 Fehlende Kontrolle des Einsatzes von Selektoren ..... 6  
3.2 Fehlende Kennzeichnung von Daten ermöglicht Umgehung von  
Übermittlungsbeschränkungen ..... 7  
3.3 Third Party Rule durch die Hintertür? ..... 8  
3.4 Der BND bestimmt, was für die Kontrolle erforderlich ist ..... 8  
**4 Ineffiziente Kontrollarchitektur ..... 8**  
4.1 Gefahren für die Unabhängigkeit..... 9  
4.2 Doppelstrukturen statt Synergien bei der Rechtskontrolle..... 9  
4.3 Mangelnde Sanktionsmöglichkeiten ..... 10  
4.4 Paralleler Ausbau der parlamentarischen Kontrolle nötig..... 10  
**5 Neue Eingriffsbefugnisse ohne Überwachungsgesamtrechnung..... 11**  
**6 Fazit ..... 11**

## 1 Einleitung

Die Reform des BND-Gesetzes 2016 war eine Reaktion auf den wohl größten Überwachungsskandal in der Geschichte der Bundesrepublik. Die Enthüllungen des Whistleblowers Edward Snowden hatten offengelegt, dass der BND täglich Millionen von Metadaten erhob und an die NSA weiterleitete. Im Weiteren stellte sich heraus, dass die Datenerhebung auch am deutschen Internetknotenpunkt DE-CIX erfolgte und gar auch gezielt ausländische Angehörige der Presse überwacht worden waren. Diese Tätigkeit entbehrte jeder Rechtsgrundlage und war insbesondere auch den parlamentarischen Kontrollgremien unbekannt.

Eine solche entfesselte Exekutive, dies hat das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil vom 19. Mai 2020 (1 BvR 2835/27, im Weiteren „Urteil“) klargestellt, ist auch gegenüber ausländischen Staatsangehörigen im Ausland mit der durchgehenden Bindung aller Staatsgewalt an die Grundrechte nicht vereinbar, die Art. 1 Abs. 3 GG verlangt. Ihre Grundrechtseingriffe bedürfen der Begrenzung durch angemessene Eingriffsschwellen und, gerade aufgrund der Geheimhaltung gegenüber den Betroffenen, effektiver unabhängiger Kontrolle. Und eine solche Kontrolle ist auf eine angemessene Dokumentation angewiesen.

Die nur partielle und in der Sache halbherzige Kodifizierung der jahrelangen illegalen Abhör-Praxis im Jahr 2016 ist diesen Anforderungen nicht im Ansatz gerecht geworden. Daher hat das Bundesverfassungsgericht sie im Urteil vom Mai 2020 zu Recht aufgehoben. Gleichzeitig hat es der Gesetzgebung umfangreiche Hinweise an die Hand gegeben, welche verfassungsrechtlichen Grenzen eine Neuregelung der – weiterhin grundsätzlich zulässigen – strategische Fernmeldeaufklärung im Ausland zu beachten haben wird. Namentlich hat es ausführlich erläutert, welche Mindestanforderungen sich aus dem Telekommunikationsgeheimnis aus Art. 10 Abs. 1 Satz 2 GG und den Medienfreiheiten aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG für eine rechtsstaatliche Einhegung der nachrichtendienstlichen Tätigkeit im Ausland ergeben.

Insbesondere hat es deutlich gemacht, dass **drei Elemente ineinander greifen müssen: Begrenzung der Befugnisse in den Eingriffsgrundlagen, Dokumentation der Eingriffspraxis und eine wirksame Kontrolle.** Die *Begrenzung der Befugnisse* allein ist gerade bei einer im Geheimen operierenden Behörde keine hinreichende Garantie für eine rechtsstaatliche Praxis. Hierfür bedarf es einer *wirksamen Kontrolle*; diese wiederum ist aber auf eine *detaillierte Dokumentation* angewiesen. Fehlt es an einem der drei Elemente, sind die verfassungsrechtlichen Vorgaben nicht erfüllt.

**Die erneute Notwendigkeit einer Reform des BND-Gesetzes bietet eine Gelegenheit, die bisherige legislative Praxis zu überdenken.** Es ist an der Zeit, grundsätzlich zu reflektieren, welche Rolle Geheimdienste in einer modernen Demokratie spielen können und wie ihre Tätigkeiten mit adäquaten grund- und menschenrechtlichen Standards zu vereinbaren sind. Denn das Urteil des Ersten Senats vom 19. Mai 2020 formuliert nur das absolute grundrechtliche Mindestmaß – das, was in unserem Rechtsstaat gerade noch hinzunehmen ist.

Man kann also rechtspolitisch enttäuscht sein, wenn ein Gesetzgeber sich keine höheren Ziele vornimmt als dieses Mindestmaß abzubilden, statt die bisherigen nachrichtendienstlichen Befugnisse und die Kontrollmechanismen insgesamt in den Blick zu nehmen und einen großen Wurf zu wagen. Der Gesetzesentwurf der Bundesregierung beschränkt sich aber nicht nur auf die im Sicherheitsrecht üblich gewordene „Eins-zu-eins-Umsetzung“ – selbst in der Terminologie (z.B. „gerichtsähnliches Kontrollorgan“, § 40 Abs. 2 BNDG-E). Er reißt teilweise sogar das verfassungsrechtliche Mindestmaß. Überdies fügt er neue Befugnisse hinzu, die aus verfassungsrechtlicher Sicht ebenfalls höchst besorgniserregend sind, ohne dass eine Überwachungsgesamtrechnung ergeben hätte, dass die bisherigen Befugnisse nicht ausreichen.

Aufgrund der Vielzahl von Kritikpunkten, die bereits in verschiedenen Stellungnahmen angeführt worden sind, möchte ich mich im Folgenden insbesondere auf Mängel beim Schutz für besonders



schutzwürdige Vertraulichkeitsbeziehungen und in der Kontrolle beschränken und zur Notwendigkeit einer Überwachungsgesamtrechnung Stellung nehmen.

## 2 Unzureichende materiellrechtliche Schutzvorschriften

Besorgniserregend ist erstens die Aushöhlung der neu eingeführten Schutzstandards durch Ausnahmen und unkontrollierte Ermessenseinräumung an den BND. Dies betrifft insbesondere den Schutz von Vertraulichkeitsbeziehungen, die im besonderen Fokus des BND-Urteils standen. Hierbei wirkt sich auch der allgemein unzureichende Schutz von sogenannten Metadaten aus.

### 2.1 Mangelhafte Definition journalistischer Vertraulichkeitsbeziehungen

Das BND-Urteil des Bundesverfassungsgerichts geht zurück auf eine Verfassungsbeschwerde investigativ arbeitender Journalisten und Journalistinnen, die um ihre eigene Sicherheit und die ihrer Quellen fürchteten. Für den Schutz gerade solcher besonders schutzwürdiger Vertraulichkeitsbeziehungen hat das Bundesverfassungsgericht daher explizite, enge Vorgaben gemacht.

So erfordert Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG insbesondere erhöhte Eingriffsschwellen für solche Vertraulichkeitsbeziehungen (vgl. Urteil, Rn. 194, 257). Diese materiellen Anforderungen müssen prozedural durch eine „gerichtsähnliche ex ante-Kontrolle“ abgesichert werden (ebd., Rn. 194), die ggf. ex post nachgeholt werden muss (ebd., Rn. 195). Es ist zwar zu begrüßen, dass § 21 Abs. 2 BNDG-E die Eingriffsschwellen für diese Berufsgruppen gegenüber der früheren Rechtslage deutlich erhöht, wenngleich hier nicht alle Bedenken ausgeräumt sind.<sup>1</sup> Die Schutzwirkung der Norm wird allerdings durch ihre Unbestimmtheit in Frage gestellt.

So fehlt es in § 21 Abs. 1 BNDG-E an einer **Definition des Rechtsbegriffs des „Journalisten“**, der – anders als der des „Geistlichen“ oder des „Rechtsanwalts – gerade nicht an eine institutionelle Zugehörigkeit oder staatliche Zulassung gebunden ist (s.a. Gesetzentwurf S. 76) und daher der Konkretisierung bedarf. Autoritäre Regimes entziehen unliebsamen Reportern und Reporterinnen Akkreditierungen oder sprechen kritischen Medien ihren Status ab.<sup>2</sup> Zunehmende Bedeutung erlangen demgegenüber sogenannte Bürgerjournalistinnen und -journalisten wie die Gruppe „Raqqah is being slaughtered silently“, die im Schutz der Anonymität die Gräueltaten des IS in Syrien dokumentiert und so einer Weltöffentlichkeit zugänglich macht.<sup>3</sup> Die Beschwerdeführer und Beschwerdeführerinnen im BND-Fall, darunter die Trägerin des alternativen Nobelpreises Khadija Ismajilowa, zeigen beispielhaft, welchen Gefahren und Repressionen Journalistinnen und ihre Quellen ausgesetzt sein können und welche zentrale Bedeutung der Schutz der Vertraulichkeit ihrer Arbeit hat.

Dieser Schutz hängt jedoch gemäß § 21 Abs. 1 BNDG-E an der Frage, ob die betreffende Person als „Journalist“ einzuordnen ist. Die Beantwortung dieser zentralen Frage soll allerdings der Behörde selbst überlassen werden. In der Gesetzesbegründung heißt es dazu auf S. 76: „Nähere Vorgaben zur Bewertung durch den Bundesnachrichtendienst sind daher in einer Dienstvorschrift zu regeln, die der Kontrolle durch den Unabhängigen Kontrollrat unterliegt“. Der BND selbst soll also in einer geheimen Dienstvorschrift definieren können, wen er als Journalistin anerkennt. Dies widerspricht nicht nur den Anforderungen des BVerfG an die Normenklarheit und Bestimmtheit der Rechtsgrundlagen seiner geheimen Tätigkeit (Urteil, Rn. 137–139).

---

<sup>1</sup> Vgl. dazu etwa die Stellungnahme von Reporter ohne Grenzen zum Referentenentwurf, Dez. 2020, S. 6–8.

<sup>2</sup> Vgl. etwa Reporter ohne Grenzen, Kritik an Lukaschenkos Medienpolitik, 2020, abrufbar unter <https://www.reporter-ohne-grenzen.de/belarus/alle-meldungen/meldung/kritik-an-lukaschenkos-medienpolitik>.

<sup>3</sup> <https://www.raqqa-sl.com/en/>.

Für die Anwendung dieser Dienstvorschrift ist auch **keine wirksame Kontrolle vorgesehen**. § 42 Abs. 2 Nr. 3 BNDG-E begrenzt die gerichtsähnliche Kontrolle der Dienstvorschriften auf Vorschriften zur Datenauswertung. Insbesondere fehlt es an einer Dokumentationspflicht für Entscheidungen über die Einordnung konkreter Personen; die in § 42 Abs. 2 Nr. 1 BNDG-E vorgesehene Kontrolle, die nur die Verwendung der Daten nach § 21 Abs. 3 BNDG-E erfasst, wird dadurch ausgehöhlt. Auf höchst ärgerliche Weise irreführend ist dabei der Hinweis in der Gesetzesbegründung, § 23 Abs. 7 BNDG-E stelle eine wirksame Kontrolle der Suchbegriffe durch den UKr sicher;<sup>4</sup> § 23 Abs. 6 BNDG-E, auf den sich diese Norm bezieht, schließt jedoch in Satz 3 die Erforderlichkeit der Nennung der Suchbegriffe in der vom UKr zu kontrollierenden Anordnung gerade aus (s. dazu unten 3.1).

Zu begrüßen ist, dass der Gesetzentwurf nicht mehr nahelegt, dass der BND bei der Einordnung auf inhaltliche Kriterien abstellen könnte. So ist in der Gesetzesbegründung nur mehr von der Abgrenzung von „als Journalisten getarnten Vertreterinnen oder Vertreter fremder Nachrichtendienste“ die Rede (Gesetzentwurf, S. 76) und nicht mehr von „Propaganda“. Dies wäre auch verfassungswidrig. Denn der Schutz der Medienfreiheiten aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG verlangt strikte Inhaltsneutralität, solange keine allgemeinen Gesetze verletzt werden.<sup>5</sup> Zu Recht stellt das Bundesverfassungsgericht daher auf Personen ab, deren Tätigkeiten „durch Freiheit und Unabhängigkeit gekennzeichnet sind“ (Urteil, Rn. 196).

Um solchen Praxen vorzubeugen und die verfassungsrechtlichen Anforderungen an Normenklarheit und Bestimmtheit zu erfüllen, **sollte das Gesetz selbst Kriterien für die Einordnung von Journalisten und Journalistinnen vorsehen** und dabei auf die Arbeitsweise abstellen. Die Gesetzesbegründung sollte **auf entsprechende journalistische Standards für vertrauenswürdige Medienarbeit verweisen**, wie sie beispielsweise durch das EU-geförderte Pilotprojekt der „Journalism Trust Initiative“ erarbeitet worden sind.<sup>6</sup> Um die verfassungsrechtlich erforderliche wirksame Kontrolle zu ermöglichen, ist zudem eine **Dokumentation der Entscheidung über die Schutzwürdigkeit** vorzuschreiben.

## 2.2 Fehlender Schutz für Verkehrsdaten insb. aus Vertraulichkeitsbeziehungen

Während § 19 BNDG-E nur personenbezogene Inhaltsdaten erfasst, regelt § 26 BNDG-E die Verarbeitung personenbezogener Verkehrsdaten. Die Gesetzesbegründung zu § 26 BNDG-E geht davon aus, letztere greife „mangels unmittelbaren Bezugs zu einer Telekommunikation im Sinne des Artikel 10 GG lediglich in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung des Betroffenen ein“ (Gesetzentwurf, S. 85). Entsprechend sieht § 26 Abs. 3 BNDG-E Ausnahmen nur für Deutsche, inländische juristische Personen und im Bundesgebiet aufhältige Personen (G10-Verkehre) vor, nicht für besonders schutzwürdige Vertraulichkeitsbeziehungen i.S.d. § 21 Abs. 1 BNDG-E. Die Verarbeitung von Metadaten im Übrigen wird überhaupt nicht geregelt.<sup>7</sup>

---

<sup>4</sup> „§ 23 Absatz 7 sieht zudem vor, dass der Unabhängige Kontrollrat die Rechtmäßigkeit der Anordnungen der Suchbegriffe vor deren Verwendung prüft. Damit wird der verfassungsrechtlichen Vorgabe, den Schutz von Vertraulichkeitsbeziehungen durch eine gerichtsähnliche ex ante-Kontrolle abzusichern, umfassend Rechnung getragen.“ S. 77 des Gesetzentwurfs.

<sup>5</sup> BVerfGE 124, 300, Rn. 54 – *Wunsiedel*.

<sup>6</sup> CEN Workshop Agreement CWA 17493, December 2019, ICS01.140.40, <ftp://ftp.cencenelec.eu/EN/News/WS/2019/JTI/CWA17493.pdf>.

<sup>7</sup> Hierzu erläutert der Gesetzentwurf, S. 62: „Metadaten sind alle über die Inhaltsdaten hinausgehenden Daten. Dies sind zum Beispiel technische und fernmeldebetriebliche Informationen, die die Umstände einer Telekommunikation, den technischen Übertragungsweg oder auch die Bereitstellung der technischen Mittel einer Übertragung ohne willentliches Zutun des Nutzers beschreiben. Als Metadaten werden beispielsweise Daten bezeichnet, die den Aufbau und die Benutzung anderer Daten beschreiben, oder Daten über Daten, wie Datentyp, Bedeutung, Beziehungen zwischen Entitätstypen, Integritätsbedingungen, Verdichtungsregeln.“

Damit verkennt der Gesetzentwurf die Reichweite von Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG. Die Medienfreiheiten schützen die journalistische Tätigkeit umfassend „von der Beschaffung der Information bis zur Verbreitung“.<sup>8</sup> Daher sind auch reine Sachdaten (Metadaten) vom Schutz des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG umfasst.

Insbesondere **Verkehrsdaten lassen potentiell gefährliche Rückschlüsse auf besonders schutzwürdige Vertraulichkeitsbeziehungen zu**. Der Gesetzentwurf definiert sie als „solche Metadaten, die bei der Erbringung eines Telekommunikationsdienstes erhoben, verarbeitet oder genutzt werden (vgl. § 3 Nummer 30 TKG).“ Die Legaldefinition in § 3 Nr. 30 TKG liest sich deutlich aufschlussreicher: Zu den Verkehrsdaten gehören nämlich beispielsweise die Nummer und Kennung der an der Kommunikation beteiligten Anschlüsse, personenbezogene Berechtigungskennungen, eventuelle Standortdaten bei der Nutzung eines Handys, Datum und Uhrzeit des Beginns und Endes der Kommunikation (Zeitstempel) und die übermittelten Datenmengen. Hiermit lassen sich problemlos beispielsweise gefährdete journalistische Quellen identifizieren. Auch E-Mail-Betreffzeilen gehören zu den nicht hinreichend geschützten Verkehrsdaten; diese können sogar Rückschlüsse auf den Inhalt der Kommunikation zulassen und fallen damit in den Kernbereich von Vertraulichkeitsbeziehungen. Die Identifizierbarkeit von Personen erkennen auch § 26 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 und Satz 3 BNDG-E an, die für deutsche und inländische Personen eine Unkenntlichmachung der Daten erfordern. Eine entsprechende Regelung für Personen i.S.d. § 21 Abs. 1 BNDG-E fehlt. Dies ist mit Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG nicht vereinbar. Der Gesetzentwurf verkennt zudem, dass der Schutz von Art. 10 Abs. 1 GG auch die Kommunikationsumstände (ob, wann, wer, wie oft) umfasst, die sich aus den Verkehrsdaten ergeben.<sup>9</sup> Gerade die massenhafte Erhebung lässt weitreichende Rückschlüsse auf das Kommunikationsverhalten zu. Die generelle Ausschluss von Verkehrsdaten vom Schutz ist daher mit dem Fernmeldegeheimnis nicht vereinbar.

Auch die in § 33 BNDG-E vorgesehene automatisierte Übermittlung von unselektierten personenbezogenen Verkehrsdaten erlaubt aus den genannten Gründen die Erstellung von Profilen über Medienschaffende und ihre Quellen. Hier fehlt eine Schutzvorschrift entsprechend § 32 Abs. 4 Nr. 3 und Abs. 5 BNDG-E.

Hier muss dringend nachgebessert werden. **Der Gesetzgeber sollte die Trennung zwischen personenbezogenen Inhalts- und Verkehrsdaten aufgeben** und einen umfassenden Schutz sicherstellen; als Vorbild kann das niederländische Recht dienen. **Zumindest müssen § 26 und § 33 BNDG-E um einen wirksamen Schutz von Vertraulichkeitsbeziehungen i.S.d. § 21 Abs. 1 BNDG-E erweitert werden**. Hiervon müssen sowohl die primär geschützten Personen (z.B. Journalisten) als auch ihre vom Schutz der Vertraulichkeitsbeziehung mit umfassten Kontaktpersonen erfasst werden.

### **2.3 Arbiträrer Ausschluss von verhashter und Maschine-zu-Maschine-Kommunikation von Schutzstandards**

Auch der in § 26 Abs. 3 Satz 1 BNDG-E bei der Verarbeitung von personenbezogenen Verkehrsdaten vorgesehene Schutz deutscher Staatsangehöriger, inländischer juristischer Personen oder im Bundesgebiet aufenthältiger Personen (G10-Verkehre) wird auf unverhältnismäßige Weise ausgehöhlt und umgangen, indem § 26 Abs. 3 Satz 2 BNDG-E Ausnahmen vom Verarbeitungsverbot für „Maschine-zu-Maschine-Kommunikation“ sowie für rudimentär „unkenntlich“ gemachte Daten wie Hashes von Telefonnummern vorsieht.

Beim Hashing wird aus einem vorgegebenen Wert mit variabler Länge – beispielsweise einer Telefonnummer – eine Zeichenkette mit einer festen Länge gebildet. Dabei wird derselbe Wert immer durch dieselbe Zeichenkette repräsentiert; es handelt sich insofern um eine Pseudonymisierung.

---

<sup>8</sup> BVerfGE 20, 162, 176 – *Spiegel*.

<sup>9</sup> BVerfGE 107, 299 (319 f.); 113, 348 (383); 115, 166 (183); 100, 313 (359).

In Kombination mit Aufenthaltsorten und Zeitstempeln – für die der Gesetzentwurf keine Unkenntlichmachung vorsieht (Gesetzentwurf, S. 86) – **können hieraus daher durchaus Rückschlüsse auf die beteiligten Personen gezogen werden.** In diesem Fall unterfallen die Daten weiterhin dem Schutz des Art. 10 GG, weswegen die unqualifizierte Ausnahme nicht mit dem Grundgesetz vereinbar ist. Besonders besorgniserregend ist dies für Journalistinnen und Journalisten, deren Quellen auf diese Weise identifizierbar bleiben (s.o.).

Aber auch aus der „Maschine-zu-Maschine-Kommunikation“ zwischen zwei maschinellen Endpunkten können persönlichkeitsrechtsrelevante Informationen gezogen werden. Aus der sensorischen Übertragung, wie viel Strom, Gas oder Datenvolumen eine Person zu einem bestimmten Zeitpunkt verbraucht hat, können zum Beispiel **Rückschlüsse auf ihren Lebenswandel** gezogen werden. Auch Daten von Fitness-Trackern, Banküberweisungen oder Ortungsdaten fallen in diese Kategorie; letzteres lässt beispielsweise Rückschlüsse auf die Teilnahme an Versammlungen zu. Von der Ausnahme erfasst ist aber auch die Nutzung digitaler Anonymisierungswerkzeuge wie beispielsweise anonymer Briefkästen oder des Tor-Netzwerk. Solche Werkzeuge spielen in der internationalen journalistischen Arbeit, die insbesondere bei Investigativrecherchen in Medienverbänden inzwischen eine zentrale Rolle spielen. Die **Nutzung dieser technischen Mittel zum Schutz von Quellen und Inhalten darf gerade nicht zur Aushöhlung des Schutzes vor nachrichtendienstlicher Überwachung führen.**

Insofern **verkennt der Gesetzentwurf nicht nur die Reichweite des Art. 10 GG**, wenn in der Begründung angenommen wird, die „bloße Maschine-zu-Maschinekommunikation“ unterfalle nicht dem Schutz des Fernmeldegeheimnisses (Gesetzentwurf, S. 86). **Er verkennet auch die bereits ausgeführte umfassende Schutzwirkung des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG.**

## 2.4 Zitiergebot

Irritierend ist angesichts des BND-Urteils, das gerade die Verletzung des Zitiergebots aus Art. 19 Abs. 2 GG gerügt hat, dass § 68 BNDG-E nur eine Beschränkung von Art. 10 und 13 GG nennt, während **Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG fehlt**, obwohl § 21 Abs. 2 und 3 BNDG-E explizit Eingriffe in die Vertraulichkeitsbeziehungen auch der Presse zulassen.

## 3 Unzureichende Dokumentation und Kontrollmechanismen

Die vielfache Erhöhung des grundrechtlichen Schutzniveaus im Entwurf der Bundesregierung ist begrüßenswert; allerdings werden die grundrechtlichen Mindestanforderungen teilweise immer noch unterschritten. Zudem genügen, wie das Bundesverfassungsgericht klargestellt hat, auch eng gefasste Ermächtigungsnormen noch nicht; es bedarf gerade aufgrund der Geheimhaltung der Praxis der Behörde auch einer durchgehend wirksamen Kontrolle, die ihrerseits auf eine umfassende Dokumentation angewiesen ist. Im Entwurf der Bundesregierung wird **die Effektivität der Kontrollmechanismen vielfach noch durch verfahrensrechtliche Intransparenz und mangelnde Dokumentationspflichten ausgehöhlt.**

### 3.1 Fehlende Kontrolle des Einsatzes von Selektoren

Die Kontrollierbarkeit der vom BND verwendeten Suchbegriffe (Selektoren) war einer der zentralen Punkte des Urteils des Bundesverfassungsgerichts. Das Gericht betonte das besondere Eingriffsgewicht der gezielt personenbezogenen Überwachungen durch Einsatz formaler Suchbegriffe wie Telekommunikationskennungen: „Die strategische Fernmeldeaufklärung erhält dadurch eine grundlegend weiterreichende Eingriffstiefe und rückt näher an die individuelle Telekommunikationsüberwachung heran“ (Urteil, Rn. 152; s.a. Rn. 185). Notwendig sei daher in Bezug auf den Einsatz von Selektoren eine Begrenzung der möglichen Gründe und Gesichtspunkte für eine gezielte strategische Überwachung und besondere Schutzmechanismen, einschließlich einer

gerichtsähnlichen Ex-ante-Kontrolle, für Maßnahmen gegenüber möglichen Verursachern von Gefahren oder Adressaten möglicher Folgemaßnahmen (Urteil, Rn. 187 f.).

Die **Kontrollierbarkeit von „Verfahrensregelungen, [...] die die Ausrichtung auf die jeweiligen Zwecke rationalisierend strukturieren“** (Urteil, Rn. 178) gehört zu den Kernanforderungen, die das Gericht aus den Grundrechten ableitet. Diese Anforderungen setzt der Regierungsentwurf deutlich unzureichend um.

So normieren § 23 Abs. 4 und 7 BNDG-E zwar die Rechtskontrolle von Anordnungen für strategische Aufklärungsmaßnahmen nach §§ 19 und 20 BNDG-E durch den Unabhängigen Kontrollrat. § 23 Abs. 2, 3 und 6 BNDG-E enthalten auch detaillierte Anforderungen zum Inhalt der Anordnung solcher Maßnahmen. **Es fehlt jedoch eine Vorschrift, nach der dem UKr auch die Suchbegriffe mit entsprechender Begründung vorgelegt werden müssten.** Daher ist unklar, wie eine Rechtskontrolle der Suchbegriffe durch den UKr durchgeführt werden soll. Für gezielte Maßnahmen nach § 19 Abs. 5 BNDG-E fehlt jede Erwähnung. Für die gezielte Erhebung personenbezogener Daten nach § 20 Abs. 1 und 2 und § 21 BNDG-E (von EU-Einrichtungen, mitgliedstaatlichen Stellen oder Unionsangehörigen oder von vermuteten Verursachern von Gefahren und aus Vertraulichkeitsbeziehungen) erklärt § 23 Abs. 6 S. 3 BNDG-E sogar die Nennung einzelner Suchbegriffe in der Anordnung explizit für *nicht* erforderlich. Das Verbot der gezielten Erhebung von personenbezogenen Daten zum Zwecke der Erlangung von Daten aus einer Vertraulichkeitsbeziehung aus § 21 Abs. 1 BNDG-E unterliegt damit keiner wirksamen Kontrolle. Dies ist mit den klaren Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts nicht vereinbar.

Soweit ersichtlich, **fehlt es auch an einer gerichtsähnlichen Vorabkontrolle für die Weitergabe von personenbezogenen Daten an ausländische Geheimdienste**, die mithilfe von Selektoren erhoben wurden, die jene benannt haben. Das Bundesverfassungsgericht hat für die automatisierte Übermittlung an den jeweiligen ausländischen Dienst eine gegebenenfalls händische Prüfung gefordert, ob Daten „Personen zuzuordnen sind, deren Kommunikation auch zur Vermeidung staatlicher Repressionen besondere Vertraulichkeit verlangt“, sowie für Einzelfallentscheidungen eine gerichtsähnliche Vorabkontrolle (Urteil, Rn. 257). In § 32 BNDG-E findet sich dieser Kontrollmechanismus nicht wieder; insbesondere nennt § 32 Abs. 1 Satz 3 BNDG-E nicht § 23 BNDG-E, der die Anordnung und Kontrolle von strategischen Überwachungsmaßnahmen regelt. Auch in § 42 Abs. 1 BNDG-E fehlen die §§ 30 ff. BNDG-E als Gegenstände der gerichtsähnlichen Vorabkontrolle.

### **3.2 Fehlende Kennzeichnung von Daten ermöglicht Umgehung von Übermittlungsbeschränkungen**

Gemäß § 19 Abs. 10 BNDG-E muss der BND personenbezogene Daten bei der Übermittlung als aus der strategischen Fernmeldeaufklärung gem. § 19 Abs. 1 BNDG-E stammend kennzeichnen, noch danach, mit welchen Mitteln sie erhoben wurden. Nachvollziehbar ist allenfalls die Sorge, dass dies ausländischen Nachrichtendiensten Rückschlüsse auf die technische Leistungsfähigkeit des BND ermöglichen würde (so der Gesetzentwurf, S. 74). Für die Inlandsübermittlung ist nicht ersichtlich, welchen legitimen Zweck diese Ausnahme verfolgen soll.

Damit droht jedoch eine **Umgehung der Anforderungen an die Übermittlung** solcher Daten an andere Stellen, die das Bundesverfassungsgericht fein ausdifferenziert formuliert hat (Urteil, Rn. 211ff.). Denn ohne Kennzeichnung kann der Inlandsgeheimdienst, an den die Daten weitergeleitet wurden, nicht mehr nachvollziehen, dass diese besonderen Übermittlungsbeschränkungen unterliegen. Damit gehen die insoweit geltende Unterrichtungspflicht aus § 29 Abs. 12 Satz 1 BNDG-E und der Zweckbindungsgrundsatz des § 29 Abs. 12 Satz 2 BNDG-E ins Leere.

Das verunmöglicht auch eine wirksame Kontrolle, für die die Kennzeichnung zentrale Voraussetzung ist. Dies ist mit Art. 10 Abs. 1 GG unvereinbar.

### 3.3 Third Party Rule durch die Hintertür?

Das Bundesverfassungsgericht hat klargestellt, dass die sogenannte „third party rule“ eine effektive Kontrolle des BND nicht behindern darf (Urteil, Rn. 292 ff.). Bei dieser „Regel“ handelt es sich um eine Vereinbarung zwischen Nachrichtendiensten, dass die einander übermittelten Daten keiner „third party“ überlassen werden dürfen. Schwierigkeiten erzeugt dies insbesondere für die parlamentarische Kontrolle, wie der Zweite Senat 2016 bekräftigt hat.<sup>10</sup> Der Erste Senat hat allerdings im BND-Urteil klargestellt, dass diese Regel nicht auch der Rechtskontrolle im Wege stehen darf, die umso wichtiger ist, als es hier an parlamentarischen Kontrollmöglichkeiten mangelt.

§ 55 Abs. 2 S. 1 BNDG-E sieht vor, dass die Unterrichtungspflicht des BND gegenüber dem Unabhängigen Kontrollgremium sich nur auf Informationen und Gegenstände erstreckt „die der Verfügungsberechtigung des Bundesnachrichtendienstes unterliegen“. Dazu heißt es auf S. 130 der Gesetzesbegründung: „Diese Regelung trägt dem Umstand Rechnung, dass die Kontrolle des Unabhängigen Kontrollrates an die [sic] für die nachrichtendienstlichen Zusammenarbeit essenzielle Third Party Rule nicht Halt macht.“ Tatsächlich droht allerdings eine Wiedereinführung der „third party rule“ die Hintertür:

Die grundrechtlich gebotene umfängliche Kontrolle setzt voraus, dass die „third party rule“ den der Geheimhaltung verpflichteten, unabhängigen Kontrollinstanzen, die nicht in das Parlament und dessen politische Kommunikationszusammenhänge eingebunden sind, nicht entgegenhalten werden kann (Urteil, Rn. 292, 294). Hierfür macht der Gesetzentwurf aber keine Vorgaben. Eine diesbezügliche Vorabkontrolle der Absichtserklärungen durch das UKr ist in §§ 31, 42 BNDG-E nicht vorgesehen, eine nachträgliche Kontrolle könnte bestehende Bindungen möglicherweise nicht mehr wirksam beseitigen. Dies ist mit dem Grundgesetz in der Auslegung durch das BVerfG nicht vereinbar.

Zudem hat der BND zwar bei mit ausländischen Nachrichtendiensten gemeinsam genutzten Orten oder Dateien dem UKr die Kontrolle über seinen Teil der Daten und Maßnahmen (die seiner „alleinigen Verfügungsberechtigung“ unterliegen, § 56 Abs. 3 Satz 1 BNDG-E) zu ermöglichen. Die Ausgestaltung dieser Kontrolle, insbesondere eine Einsicht in die informationstechnischen Systeme selber (statt nur in Kopien) und die erforderliche Ausstattung gegebenenfalls notwendiger Sonderbereiche für die Einsichten ist in § 56 Abs. 3 Satz 2 BNDG-E nicht ausreichend klar geregelt. Hier **droht die Effektivität der Kontrolle in der Praxis ausgehöhlt zu werden**. Zumindest die Klarstellungen auf S. 130 der Gesetzesbegründung sollten in die Norm selbst aufgenommen werden.

### 3.4 Der BND bestimmt, was für die Kontrolle erforderlich ist

Ähnlich besorgniserregend ist, dass der BND dem UKr Zutritt und Zugang nur insoweit einräumen muss, als „dies für die Durchführung der Kontrolle erforderlich ist“. Was erforderlich ist, bestimmt der BND selbst; diese Entscheidung unterliegt keinerlei Kontrolle. Hierdurch wird die **Wirksamkeit der Kontrolle in verfassungsrechtlich höchst bedenklichem Maße beschränkt**.

## 4 Ineffiziente Kontrollarchitektur

Einer der Hauptpunkte des Urteils war es, dass es einer ausgebauten unabhängigen objektivrechtlichen Kontrolle der Tätigkeiten des BND bedarf (Urteil, Rn. 267ff.). Der Gesetzesentwurf der Bundesregierung entwirft eine **hoch diffuse und ineffiziente Kontrollarchitektur**, der es an vielen Stellen an der notwendigen Unabhängigkeit fehlt. Sie wird den Anforderungen des Urteils daher nicht gerecht.

---

<sup>10</sup> Dazu BVerfG, Beschluss v. 13. Oktober 2016 – 2 BvE 2/15 – *Selektorenliste*. Dazu auch im BND-Urteil Rn. 294.

#### 4.1 Gefahren für die Unabhängigkeit

Zunächst ist besorgniserregend, dass Unabhängiger Kontrollrat (UKr) eng an das Bundeskanzleramt gebunden ist, dem der zu kontrollierende BND nachgeordnet ist:

Gemäß § 57 Abs. 2 S. 1 BNDG-E darf der UKr dem Bundeskanzleramt (BKAm) die Personalverwaltung und Personalwirtschaft übertragen. Der enge Zeitplan für den Aufbau dieser Stelle lässt befürchten, dass dem unabhängigen Kontrollrat keine andere Wahl bleibt, als dieses Angebot anzunehmen. Gemäß § 41 Abs. 5 und § 55 Abs. 2 BNDG-E ist das BKAm vor Erlass einer Geschäftsordnung/Verfahrensordnung des UKr und vor Veröffentlichung einer abstrakten Unterrichtung des Bundestages anzuhören. Gemäß § 43 Abs. 3 Satz 3 BNDG-E werden die Vorschläge des BGH und der Bundesanwaltschaft für die Mitglieder des gerichtsähnlichen Kontrollorgans der Bundesregierung vor der Wahl durch das PKGr mitgeteilt. Wozu dies notwendig ist, wenn keine Einflussnahme vor der Wahl erfolgen soll, erschließt sich nicht.

Hierdurch wird die Unabhängigkeit der administrativen Kontrolle unnötig in Frage gestellt.

#### 4.2 Doppelstrukturen statt Synergien bei der Rechtskontrolle

Im Sinne der Effizienz der Rechtskontrollen ist schwer nachzuvollziehen, warum die neuen Kontrollmechanismen nicht auf bestehende Strukturen aufgesattelt werden. **Gemeinsame Kontroll-Strukturen für die gesamte Fernmeldeaufklärung könnten Synergien schaffen und effizienter arbeiten.** Insbesondere gilt dies für die dringend notwendige technische Expertise, die nun in mehreren Stellen parallel vorgehalten werden muss, die sich teils überschneidende Kontrollbefugnisse haben. Eine Zerstückelung der administrativen Kontrolle droht auch, das vom Bundesverfassungsgericht ausdrücklich kritisierte Durcheinander an Zuständigkeiten und die oftmals beklagten Wissensasymmetrien zu vertiefen (vgl. Urteil, Rn. 51). Bei Parallelstrukturen ist zudem eine Verantwortungsdiffusion zu befürchten.

Statt beispielsweise eine neue Behörde für die administrative Kontrolle einzurichten, steht mit dem Bundesbeauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit (BfDI) bereits eine hinreichend unabhängige und mit umfassender Expertise ausgestattete Behörde zur Verfügung. Hierauf hat auch der Beauftragte selbst bereits hingewiesen.<sup>11</sup> Seine Befugnisse und vor allem seine Ausstattung sollten daher entsprechend ausgeweitet werden. Dabei muss freilich seine Unabhängigkeit gewahrt bleiben. Jedenfalls sollten die Kontrollmöglichkeiten besser verzahnt werden. Hierfür sollten Kooperationsmöglichkeiten nicht nur, wie in § 58 BNDG-E vorgesehen, allgemeine Fragen, sondern auch Einzelfälle betreffen können.

Auch das Nebeneinander von G10-Kommission und gerichtsähnlichem Kontrollorgan im UKr erzeugt Redundanzen. Beide Organe sollen eine gerichtsähnliche Rechtskontrolle ermöglichen und dadurch die stark eingeschränkten Rechtsschutzmöglichkeiten für die Betroffenen ausgleichen (vgl. Urteil, Rn. 273). Daher sollten die Kompetenzen und Aufgaben der G10-Kommission mit denen des UKr zusammengeführt werden. Dies würde die Effizienz der Kontrolle auch insofern erhöhen, als die G10-Kommission weit schwächer ausgestattet ist, als dies im Einklang mit den Anforderungen des BND-Urteils für den UKr vorgesehen ist.

Eine Zusammenführung der administrativen und der gerichtsähnlichen Kontrollorgane würde es überdies erleichtern, einen **Gesamtüberblick über die Überwachungstätigkeit** der Nachrichtendienste des Bundes zu erhalten. Die mit dem Investigatory Powers Act 2016 im Vereinigten

---

<sup>11</sup> Erste Positionierung des BfDI zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, veröffentlicht auf [https://netzpolitik.org/2020/bnd-gesetz-datenschutzbeauftragter-kritisiert-staatstrojaner-fuer-geheimdienste/#2020-10-12\\_BfDI\\_BND-Gesetz\\_Erste-Positionierung](https://netzpolitik.org/2020/bnd-gesetz-datenschutzbeauftragter-kritisiert-staatstrojaner-fuer-geheimdienste/#2020-10-12_BfDI_BND-Gesetz_Erste-Positionierung).

Königreich geschaffenen Strukturen zeigen, welches Potenzial hier besteht. In diesem Sinne sollte auch der bisher nicht geregelte Bereich HUMINT der Kontrolle durch den UKr unterstellt werden.

Jedenfalls sollte neben § 42 BNDG-E auch eine **Positivdefinition der Kompetenzen des administrativen Kontrollorgans** aufgenommen werden, da andernfalls Streitigkeiten mit dem BND über seine Kompetenzen absehbar sind.

Begrüßenswert wäre es auch, einer **Ombudsperson** die Vertretung der Rechte der Betroffenen zu übertragen, die aus Geheimhaltungsgründen nicht selbst an Verfahren zur Rechtskontrolle teilnehmen können, und das Verfahren kontradiktorisch auszugestalten.

### 4.3 Mangelnde Sanktionsmöglichkeiten

Eine wirksame Kontrolle bedarf auch entsprechender Sanktionsmöglichkeiten. Hier greift der Gesetzentwurf deutlich zu kurz. **Das Beanstandungsverfahren ist zu langwierig und schwerfällig, um effektiv zu sein.** Nicht nachvollziehbar ist, dass das Bundeskanzleramt gem. 52 BNDG-E gleich dreimal angehört werden muss, *vor* dem Ausspruch der Beanstandung gegenüber dem BND; innerhalb von drei Monaten *nach* der Beanstandung gegenüber dem BKAm, falls der BND nicht abgeholfen hat; und dann erneut *vor* der Entscheidung durch das gerichtsähnliche Kontrollorgan. Ein **Verwertungsverbot** für illegal erhobene Daten ist nicht vorgesehen. Auch für die Verletzung von Pflichten des BND zur Unterstützung des UKr aus § 56 BNDG-E ist keine Sanktionsmöglichkeiten vorgesehen.

### 4.4 Paralleler Ausbau der parlamentarischen Kontrolle nötig

Die parlamentarisch-politische Kontrolle des BND war nicht Gegenstand des Verfahrens vor dem Bundesverfassungsgerichts; die aus Art. 45d GG abgeleiteten parlamentarischen Befugnisse bleiben freilich von den grundrechtlich begründeten rechtlichen Kontrollbefugnissen unberührt (Rn. 300). Die parlamentarische Kontrolle durch das Parlamentarische Kontrollgremium (PKGr) ist gerade nicht auf die Rechtskontrolle begrenzt, sondern hat „eine eigene [...] Funktion und ist Ausdruck der allgemeinen parlamentarischen Verantwortung für die sachgerechte und politisch angemessene Aufgabenwahrnehmung der Exekutive“ (Urteil, Rn. 300).

**In dem Maße wie die exekutiven Befugnisse und das Budget der zu kontrollierenden Behörde wachsen, müssen nicht nur die rechtlichen, sondern auch die faktischen Kontrollmöglichkeiten des Parlaments mitwachsen.** Insofern gilt, was das Bundesverfassungsgericht für die angemessene personelle und sächliche Ausstattung und die nötigen Befugnisse der Rechtskontrolle ausführte (Urteil, Rn. 272 ff.), nicht minder für die parlamentarische Kontrolle. Diese dient keineswegs nur der Sicherung der Verantwortlichkeit der Exekutive gegenüber der direkt gewählten Volksvertretung. Sie ermöglicht dem Parlament auch, gesetzgeberisch nachzusteuern, wo Veränderungen in der Rechtswirklichkeit veränderte Rechtsgrundlagen für eine effektive rechtsstaatliche Überwachungstätigkeit erfordern. Eine enge Kopplung zwischen Behörde und Parlament kann insofern auch der Aufgabenerfüllung der Behörde selbst förderlich sein.

Bedauerlicherweise sieht § 55 BNDG-E eine verpflichtende Information des PKGr durch den UKr **nur alle sechs Monate** vor, und auch nur nach Anhörung des BKAmts. Dies ist keine Verbesserung gegenüber der bisherigen Lage (§ 16 Abs. 6 BNDG). Hier erscheint eine deutlich häufigere Information notwendig.

Mit Blick auf die katastrophale Umgehung des parlamentarischen Kontrollrechts durch den BND, die die Snowden-Enthüllungen aufgedeckt haben, sollte die Informationspflicht in § 4 PKGrG mit einer **Sanktionsmöglichkeit** versehen werden. Die bloße Erwähnung im Bericht an den Bundestag gem. § 13 Satz 2 PKGrG hat sich als nicht effektiv erwiesen.

Zur Effektivierung der Kontrolle würde es auch beitragen, wenn die mit nachrichtendienstlichen Fragen befassten Gremien und Ausschüsse, wie PKGr, Vertrauensgremium, Innen-, Rechts-, Verteidigungs- und Auswärtiger Ausschuss, sowie die G 10-Kommission, das Art. 13 GG-Gremium, das ZfD-



Gremium und parlamentarische Untersuchungsausschüsse **gemeinsam zu relevanten Themen taugen** können.

Eine weitergehende parlamentarische Kontrolle ermöglichen Untersuchungsausschüsse gem. Art. 44 GG. In der Praxis kann allerdings eine exzessive **Einstufung als Verschlussache** eine wirksame parlamentarische Kontrolle durch Untersuchungsausschüsse stark behindern. Daher sollte eine unabhängige, ständige Kontrollinstanz eingerichtet werden, die überprüft, ob Verschlussachen ihre Einstufung verdienen.

## 5 Neue Eingriffsbefugnisse ohne Überwachungsgesamtrechnung

§ 19 Abs. 6 BNDG-E eröffnet dem BND die Möglichkeit, Zugang zu informationstechnischen Systemen eines ausländischen Telekommunikations- oder Telemediendiensteanbieters zu erlangen. Wenn ausländische Provider ihm also freiwillig keine Informationen übermitteln, sollen sie vom BND gehackt werden können. Auch hierbei handelt es sich um eine nachträgliche Legalisierung einer bereits seit Jahren existierenden Praxis.<sup>12</sup> Aufgrund der Weite der Ermächtigungsnorm könnten die darauf gestützten Hack-Angriffe bis hin zu einer Online-Durchsuchung reichen, die enorm hohe Grundrechtsrelevanz hat<sup>13</sup>. Das Bundesverfassungsgericht hat im BND-Urteil klargestellt: Die Grundrechte – auch das Computergrundrecht – gelten grundsätzlich auch bei hoheitlicher deutscher Aktivität auf ausländischem Territorium; lediglich ihre Reichweite kann variieren (Rn. 104). Insofern ist diese Ausweitung im Hinblick auf das in seiner Abwehrdimension (Rn. 105) betroffene sogenannte „Computergrundrecht“ aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG **verfassungsrechtlich höchst bedenklich**.

Besorgniserregend ist diese neuerliche Ausweitung der Befugnisse des BND auch mit Blick darauf, dass es bis heute an einer **Überwachungsgesamtrechnung fehlt**.<sup>14</sup> Bevor immer neue Befugnisse für die Sicherheitsbehörden eingeführt werden, sollte zunächst ein Überblick der bestehenden gesetzlichen Regelungen erstellt und deren Wirksamkeit evaluiert werden. Dabei sollte auch eine Gesamtaufstellung der existierenden Kontrollmechanismen in ihrem Verhältnis zueinander erfolgen, um Lücken, Doppelungen und Ineffizienzen festzustellen. Ein Augenmerk sollte überdies auf informellen Kooperationen zwischen Polizeien und Geheimdiensten liegen, die bisher nicht normiert sind (z.B. GTAZ, GETZ), was auch bereits in der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesverfassungsgericht zu kritischen Nachfragen des Gerichts geführt hat.

## 6 Fazit

Aus den vorgenannten Gründen hätte ein neues Bundesnachrichtendienstgesetz, wenn es in dieser Form verabschiedet würde, bei einer erneuten Überprüfung durch das Bundesverfassungsgericht wohl keinen Bestand. Folgende Punkte sollten daher im Gesetzgebungsprozess dringend nachgebessert werden:

1. Der Gesetzentwurf sollte um eine **Definition des Journalistenbegriffs** ergänzt werden, die auf Arbeitsweise, Freiheit und Unabhängigkeit abstellt. Die Gesetzesbegründung sollte auf entsprechende journalistische Standards verweisen. Der Gesetzentwurf sollte eine **Dokumentation der Entscheidung über die Schutzwürdigkeit von Vertraulichkeitsbeziehungen** vorsehen.

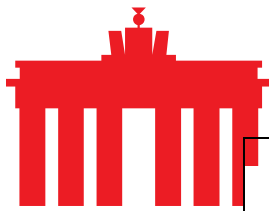
---

<sup>12</sup> Vgl. <https://www.spiegel.de/politik/deutschland/journalisten-spitzelaffaere-bnd-beobachtete-afghanischen-minister-farhang-a-549434.html>; <https://www.spiegel.de/politik/ausland/cyber-einheit-bundeswehr-hackte-afghanisches-mobilfunknetz-a-1113560.html>.

<sup>13</sup> BVerfGE 120, 274 – *Online-Durchsuchung*.

<sup>14</sup> Begriff bei Roßnagel, NJW 2010, 1238 (mit Bezug auf BVerfGE 125, 260 – *Vorratsdatenspeicherung*).

2. Der Gesetzgeber sollte die **Trennung zwischen personenbezogenen Inhalts- und Verkehrsdaten aufgeben** und einen umfassenden Schutz sicherstellen; als Vorbild kann das niederländische Recht dienen. Zumindest müssen § 26 und § 33 BNDG-E um einen **wirksamen Schutz von Vertraulichkeitsbeziehungen** i.S.d. § 21 Abs. 1 BNDG-E erweitert werden. Der Schutz von G10-Verkehren wird in § 26 Abs. 3 BNDG-E durch Ausnahmen vom Verarbeitungsverbot für verhashte Daten und „Maschine-zu-Maschine-Kommunikation“ ausgehöhlt; dies ist mit Art. 10 Abs.1 und Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG nicht vereinbar.
3. § 68 BNDG-E ist zur Erfüllung des **Zitiergebots** um Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG zu ergänzen.
4. Um eine **effektive Kontrolle von Selektoren** zu ermöglichen, sollten diese auch zu den gem. § 23 Abs. 2, 3 und 6 BNDG-E in der Anordnung aufzuführenden Informationen zählen. In § 23 und § 42 Abs. 1 BNDG-E ist eine gerichtsähnliche Vorabkontrolle für die Weitergabe von mit Selektoren erhobenen personenbezogenen Daten an ausländische Geheimdienste vorzusehen.
5. § 19 Abs. 10 BNDG-E sollte jedenfalls bei der Übermittlung an Inlandsgeheimdienste keinen **Ausschluss der Kennzeichnung der Daten** als aus der strategischen Fernmeldeaufklärung stammend vorsehen, da dies einer Umgehung der Übermittlungsvorgaben Tür und Tor öffnet.
6. Der Gesetzentwurf sollte vorschreiben, dass Absichtserklärungen des BND mit ausländischen Geheimdiensten gem. § 31 BNDG-E Vorkehrungen treffen, dass die „**third party rule**“ einer Kontrolle durch das UKr nicht entgegenstehen und eine Vorabkontrolle durch das UKr vorsehen.
7. Der Gesetzentwurf sollte in § 56 BNDG-E genaue Vorgaben zur **Ausgestaltung des Kontrollrechts** bei gemeinsamen Dateien und Räumen des BND und ausländischer Nachrichtendienste machen. Die Verweigerung des Zutritts oder Zugangs durch den BND gegenüber dem UKr sollte nicht an die Einschätzung des BND gekoppelt werden, dass dies für die Kontrolle erforderlich ist. Jedenfalls sollte diese Einschätzung selbst einer unabhängigen Kontrolle unterworfen werden.
8. **Gemeinsame Kontroll-Strukturen für die gesamte Fernmeldeaufklärung** könnten Synergien schaffen und effizienter arbeiten. Dies würde auch einen Gesamtüberblick über die Überwachungstätigkeit des Bundes erleichtern. Daher sollte über eine Einbindung oder weitergehende Kooperationsmöglichkeiten des BfDI ebenso nachgedacht werden wie eine Integration der G10-Kommission.
9. Parallel sollte die **parlamentarische Kontrolle ausgebaut** werden. Für das PKGr sind häufigere Berichte, Sanktionen und Kooperationsmöglichkeiten wünschenswert. Darüber hinausgehend sollte die Einstufung als Verschlussache einer Kontrolle unterworfen werden.
10. Neue geheimdienstliche Befugnisse sollten erst nach Durchführung einer **Überwachungsgesamtrechnung** eingeführt werden.



## Hauptkritik zum Gesetzesentwurf zur Reform des BND-G (BT-Drs. 19/ 26103)

Berlin, 18.02.2021

**Das Bundesverfassungsgericht hat dem Gesetzgeber aufgegeben, die Ausland-Ausland-Aufklärung verfassungsgemäß zu gestalten. Der vorliegende Gesetzesentwurf entspricht nicht den Vorgaben des Gerichts und schafft dazu neue Rechtslagen, die nicht verfassungskonform sind.**

Im Folgenden möchte eco seine wesentlichen Kritikpunkte an dem Gesetzentwurf noch einmal in den zentralen Punkten darlegen. Ergänzend möchten wir auf unsere ausführliche [Stellungnahme](#) zum Referenten-Entwurf des Kanzleramts vom 03.12.2020 verweisen, welche eine ausführliche Darstellung der einzelnen Kritikpunkte bietet.

### I. Kritische Aufhebung des Personenbezugs von Daten

eco lehnt die Aufhebung des Personenbezugs von Daten ab. Das Wort „Informationen“ darf in den §§ 10 – 18 nicht gestrichen werden. Anderenfalls unterliegt der BND bei der Verarbeitung von Informationen alleine den Beschränkungen von § 2 BNDG.

Die Aufhebung des Personenbezugs würde konkret bedeuten, dass:

- Kaum Beschränkungen des BND bei der Erfassung einer immensen Vielzahl von Lebenssachverhalten bestehen, so dass mitnichten von einer Ausnahme gesprochen werden kann (vgl. § 26 Abs. 3 S. 2 u. S. 3),
- Ebensowenig bestehen Schranken beim Einsatz untauglicher Mittel zur Entfernung des Personenbezugs (vgl. § 26 Abs. 2 S. 3),
- Insgesamt bestehen kaum Schranken bei der Erfassung und Verarbeitung, falls der BND seine Auslegung und Interpretation durchsetzen kann, es handele sich bei „nicht menschlicher Kommunikation“ nicht um personenbezogene Daten.

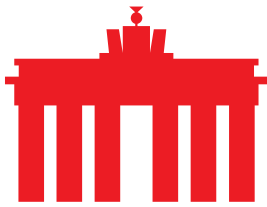
### II. Kritik an nahezu schrankenloser, strategischer Ausland-Fernmeldeaufklärung

eco lehnt den nahezu schrankenlosen Zugriff auf Daten, welche keine Inhaltsdaten sind, durch den BND gemäß § 19 Abs. 1 entschieden ab. Die Beschränkungen dieser Ermächtigung nach den Absätzen 2 bis 5 gelten nur für personenbezogene Inhaltsdaten. In der Konsequenz würde dies bedeuten, dass alle anderen Arten von Daten gem. § 2 BNDG mit technischen Mitteln verarbeitet bzw. erhoben werden dürften.

Nach Ansicht des eco stellt dies einen Verzicht auf konkretisierende Eingriffsschwelle dar und kommt einer Freistellung von einem Kernelement rechtsstaatlicher Anforderungen gleich. Das widerspricht den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Vgl. 1 BvR 2835/17, Rn. 155.



### III. Suchbegriffe nicht kontrollierbar

Nach Auffassung des eco sind die Suchbegriffe weiterhin keiner wirksamen Kontrolle unterworfen. Die Definition von Suchbegriffen nach § 19 Abs. 5 muss eine wirksame Kontrolle eingesetzter Suchbegriffe ermöglichen. Beispielsweise könnte eine Prüfung derartiger Suchbegriffe im Rahmen der administrativen Kontrolle anhand statistischer Parameter zu dem jeweiligen Suchbegriff (z.B. konkrete Trefferzahl, Anzahl der Treffer je Anzahl Verkehre) bewertet werden, erfordert dabei aber neben der positiven auch eine negative Abschätzung der Wirkung des individuellen Suchbegriffes (z.B. unspezifische oder überbordende Anzahl von Treffern durch den jeweiligen Suchbegriff).

### IV. Kritik am staatlichen Hacking

eco bewertet die Befugnis zum staatlichen Hacking aus § 19 Abs. 6 grundsätzlich sehr kritisch. Gegenstand der Regelung ist der Zugriff des BND auf Bestands-, Verkehrs- und Inhaltsdaten ohne Wissen des jeweiligen Betreibers. Die Regelung ist auch auf Plattformbetreiber wie Google, Facebook, Amazon und Apple anwendbar. Grundsätzlich wären alle Dienstanbieter von Telekommunikation, Clouddiensten und sonstigen Telemediendiensten im Ausland potentielle Ziele eines staatlichen Eindringens. Betroffen sind hiervon regelmäßig auch die Mehrzahl der Bundesbürger, welche diese Dienste nutzen.

Dieser gesetzgeberische Ansatz bildet zur Umsetzung zudem einen massiven Anreiz für staatliche Akteure, Dienste und berechtigte Stellen sich Informationen über Softwarelücken in weitverbreiteten Anwendungen und System zu beschaffen und diese geheim zu halten. Dies schwächt nicht nur die IT-Sicherheit und die Integrität von IT-Infrastrukturen, sondern allgemein die Vertrauenswürdigkeit von Kommunikation und das Vertrauen in digitale Dienste.

### V. Automatische Filtersysteme entsprechen nicht der Verfassung

eco lehnt die geplante Regelung zu automatischen Filtersystemen ab. Die Regelung nach § 19 Abs. 7 S. 4 stellt einen Verfassungsbruch dar, indem ausschließlich auf den „Stand der Technik“ abgestellt und dieser als ausreichend erachtet wird. Das BVerfG hat bewusst die Vorgabe gemacht, dass die einzusetzenden Filtersysteme dem Stand der Wissenschaft und Technik zu entsprechen haben (vgl. Rn. 173 v. 1 BvR 2835/17). Diese Vorgaben werden in dem Gesetzentwurf nicht berücksichtigt. Gem. § 19 Abs. 7 S. 4 wird lediglich der „Stand der Technik“ als ausreichend erachtet. Das BVerfG hat bewusst die höchste Anforderung für den Einsatz von Filtersystemen vorgegeben, wie sie beispielsweise auch im Atomgesetz vorgesehen und geregelt ist. Ein Abstellen auf den „Stand der Technik“ hätte praktisch zur Folge, dass der BND von Gesetzes wegen nicht verpflichtet wäre, selbstlernende, auf künstlicher Intelligenz basierte Filter einzusetzen, wie sie heute bereits im industriellen Umfeld eingesetzt werden.

### VI. Selbstrechtfertigende Gefahrenlagen

eco hält es für dringend geboten, dass in § 19 Abs. 7 Satz 6 eine tatbestandliche Einschränkung vorgenommen und damit klargestellt wird, dass die tatsächlichen Anhaltspunkte für Gefahren nicht aus den vom BND erhobenen Daten nach § 19 Abs. 1 i. V. m. Abs. 7 S. 1 selbst stammen dürfen. Anderenfalls würden alle in § 19 Abs. 7 vorgesehenen einschränkenden Tatbestandsmerkmale obsolet und keinerlei begrenzende Wirkung entfalten.



## **VII. Erfassungsgrenze untauglich**

eco erachtet die Erfassungsgrenze in § 19 Abs. 8 auf 30% aller weltweiten Telekommunikationsnetze für keine taugliche Begrenzung der Erfassung.

Zur Veranschaulichung: In §10 Abs. 4 des G10-Gesetzes wird eine Grenze von 20% der dort gegenständlichen Inlands-Auslands-Datenverkehre der jeweils beschränkten Anzahl Übertragungswege einer einzelnen Anordnung als im Ansatz prüfbare Beschränkung gewählt.

Demgegenüber stellen 30% des Datenverkehre aller weltweiten Telekommunikationsnetze keine tatsächliche Beschränkung und insbesondere keine prüfbare Beschränkung dar. Weltweit bestehen derzeit rund 70.000 am internationalen Verkehr teilnehmende Datennetze, 30% dieser Datennetze würden mithin als „Grenze“ eine Überwachung von 20.000 gleichzeitig überwachbaren Datennetze begründen.

In der gesamten Bundesrepublik Deutschland bestehen derzeit rund 1.250 am internationalen Datenverkehr teilnehmende Datennetze, die geplante gesetzliche Grenze würde insofern die Überwachung von 16 mal dem gesamten Verkehr der Bundesrepublik Deutschland ermöglichen.

Zudem sind die Verkehre in den Datennetzen nicht gleichverteilt und deutlich von grossen Anbietern geprägt. In der Bundesrepublik würde die vollständige Überwachung von nur 10 Anbietern rund 99% aller Verkehre erfassen, auch bei einer weltweiten Betrachtung werden in den Top10 Datennetzen rund 95% aller Verkehre geführt, die Top25 tragen rund 99% aller Daten.

## **VIII. Keine Kennzeichnung bei Übermittlungen**

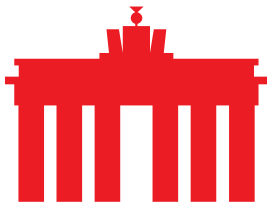
Nach Ansicht des eco sind die Regelungen zur Kennzeichnung von personenbezogenen Daten bei Übermittlungen des BND an andere Stellen unzureichend. Sie müssen so ausgestaltet werden, dass sie auch tatsächlich eine Wirkung entfalten können. Derzeit liefen die Regelungen weitgehend leer, da die anderen Stellen über die sich aus einem Personenbezug ergebenden Ausnahmen mangels Kennzeichnung keine Kenntnis haben können.

## **IX. Kontrollmöglichkeit nicht ausreichend**

eco ist der Auffassung, dass die Regelung des § 23 Abs. 6 S. 2 der Wahrnehmung einer wirksamen Kontrolle durch den unabhängigen Kontrollrat entgegensteht. Wenn Suchbegriffe nicht in der Anordnung genannt werden müssen, ist deren dauerhafte Speicherung für Kontrollzwecke anderweitig vorzusehen. Dies gilt auch für nur temporär verwendete Suchbegriffe. Ansonsten ist keine effektive Kontrolle gewährleistet, denn erst aus den Suchbegriffen ergibt sich die Zielgenauigkeit der Maßnahme.

## **X. Dauerhafte und unkontrollierte Eignungsprüfung**

Als Mindestanforderung muss die Eignungsprüfung des BND aus §24 wirksamen Schranken unterliegen, etwa der Genehmigung durch den Kontrollrat. Gegenwärtig werden weder Filtersysteme oder die Angabe von Suchbegriffe vorgegeben, noch Volumengrenzen. Im Vergleich zur bisherigen Rechtslage sind im Gesetzentwurf sogar Absenkungen der gesetzlichen Beschränkungen für den BND und damit folgende Ausweitungen vorgesehen:



- Nahezu beliebigen Datenspeicherung verschlüsselter Daten (§ 24 Abs. 1),
- zeitliche und administrative Öffnungsklausel, d. h. faktisch einen permanente Eignungsprüfung als dauerhaftes Instrument (§ 24 Abs. 2 S. 3 „mehrmalige Verlängerung“)
- keine Pflicht zur Benennung eines konkreten Telekommunikationsnetzes zur Erhebung der Daten (S. 70, BT-Drs.19/26103, Begründung zu § 24 Abs. 3).

Vor dem Hintergrund der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache "Privacy International" (Az: C-623/17) sollten die Regelungen des § 24 zudem auf ihre generelle Vereinbarkeit mit Europarecht überprüft werden. In seiner Entscheidung hat der EuGH die EU-Rechtswidrigkeit nationaler Regelungen festgestellt, mit denen Betreiber elektronischer Kommunikationsnetze verpflichtet werden, in allgemeiner und unterschiedsloser Weise Verkehrs- und Standortdaten an Dienste und Sicherheitsbehörden zum Zwecke des Schutzes der nationalen Sicherheit zu übermitteln. Die in § 24 vorgesehene anlass- und unterschiedslose Ausleitung von Verkehren durch die Betreiber elektronischer Kommunikationsnetze fällt nach Ansicht des eco in den Anwendungsbereich der Entscheidung des EuGH und wäre insoweit nicht mit dem EU-Recht vereinbar. Die Regelung muss daher im Rahmen des parlamentarischen Verfahrens dringend angepasst werden, anderenfalls ist sie nicht mit dem EU-Recht vereinbar.

#### **XI. Personenbezug bleibt ohne Kennzeichnung unbekannt**

Wie bereits dargelegt sieht eco die gesetzlich fingierte Aufhebung des Personenbezugs von Daten kritisch. Die fehlende Kennzeichnung von personenbezogenen Daten in § 26 Abs. 2 ist deutlich einzuschränken. Die zukünftige Regelung würde dazu führen, dass alle Verkehrsdaten trotz des darin unzweifelhaft enthaltenen Personenbezugs zunächst ohne Kennzeichnung von Quelle oder Anordnungsgrundlage gespeichert werden dürften.

Eine entsprechende Kennzeichnung der Daten erst im weiteren Verlauf ist jedoch bereits offensichtlich unmöglich: Ohne sofortige Kennzeichnung ist die Quelle von Daten unbekannt. Eine manuelle Verarbeitung von Verkehrsdaten wie in § 26 Abs. 2 vorgesehen ist untypisch und auch aufgrund der Datenmenge kaum durchführbar. Entgegen der gesetzgeberischen Annahme wird hier typischerweise von einer automatisierten Verarbeitung auszugehen sein.

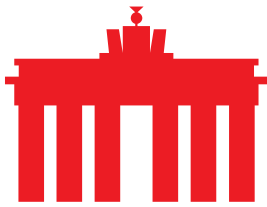
#### **XII. Unwirksame Anonymisierung von Verkehrsdaten aus In- und Auslandkommunikation**

eco erachtet die Regelung des § 26 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 als dysfunktional. Eine Anonymisierung, wie darin vorgesehen, ist in technischer Hinsicht unmöglich solange auch nur ein Kommunikationsteilnehmer und ein weiteres eindeutiges Merkmal der Kommunikation bekannt sind. Eine derartige „Anonymisierung“ ist vielmehr durch eine einfache Datenkorrelation aufzuheben.

Faktisch würde diese Regelung zudem eine Umgehung des Erfordernisses einer G10-Anordnung zur Verarbeitung personenbezogener Verkehrsdaten von Deutschen, inländischen juristischen Personen und sich im Bundesgebiet aufhaltender Personen darstellen, ohne diesen einen Schutz durch effektive Anonymisierung zu gewährleisten.

#### **XIII. Kritik an Aufhebung des Personenbezugs von Verkehrsdaten durch Gesetz**

eco sieht die gesetzliche Fiktion zur Aufhebung des Personenbezugs von Verkehrsdaten äußerst kritisch. Die Regelung des § 26 Absatz 3 Satz 2 Nr. 1 sowie Satz 4 sind zu streichen, damit nicht per gesetzlich fingierter Neudefinition der Personenbezug entfällt. Derzeit würde die Norm in der



Praxis millionenfach Lebenssachverhalte erfassen. Denn vielfach findet ein automatisierter Informationsaustausch statt, bspw. die Informationsbeschaffung im Internet, Online-Banking und Zahlungen, Hotelbuchungen, Navigationssysteme oder die GPS- und Bewegungsdaten von Mobilfunkgeräten, welche einen direkten Personenbezug aufweisen. Nach Einschätzung des eco würde die in dem Gesetzentwurf vorgesehene Regelung und Anwendung dieser gesetzlichen Ermächtigung zukünftig eine umfassende Überwachung des Kommunikationsverhaltens nebst Bewegungsprofilen, Finanztransaktions- und Bewegungsdaten von Personen im In- und Ausland ermöglichen.

Im Ergebnis wären dem BND hinsichtlich personenbezogener Verkehrsdaten keine praktisch wirksamen Grenzen oder Beschränkungen bezüglich einer Erhebung, Speicherung und Weiterverarbeitung von Verkehrsdaten von In- und Ausländern gesetzt.

#### **XIV. Hacking gefährdet IT-Sicherheit und schwächt Vertrauenswürdigkeit**

eco erachtet das Eindringen in IT-Systeme nach § 34 ebenfalls sehr kritisch. Wir nehmen Bezug auf die Ausführungen zu § 19 Abs. 6, da die Kritik gleichsam für das Eindringen in IT-Systeme einzelner Personen gilt. Die Grundproblematik bleibt, dass dadurch ein massiver Anreiz für staatliche Akteure, Dienste und berechnete Stellen besteht, sich Informationen über Softwarelücken in weitverbreiteten Anwendungen und System zu beschaffen und diese geheim zu halten. Dies schwächt allgemein die Vertrauenswürdigkeit von Kommunikation und das Vertrauen in digitale Dienste und darüber hinaus die IT-Sicherheit und die Integrität von IT-Infrastrukturen. Die Regelung steht in diametralem Gegensatz zu den Bemühungen des IT-SIG 2.0 oder der Neufassung der NIS-Richtlinie zur Erhöhung der IT-Sicherheit.

Der maximal zulässige Zeitraum nach § 34 Abs. 7 S. 2 von drei Jahren für eine Prüfung, ob die erhobenen Daten erforderlich sind, unangemessen lang.

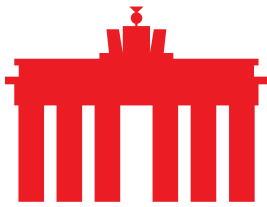
#### **XV. Regelung der Administrativen Rechtskontrolle unzureichend**

Nach Ansicht des eco sind die Regelungen zu konkretisieren. In § 50 muss klargestellt werden, dass der Leiter des administrativen Kontrollorgans den Weisungen des Präsidenten des Unabhängigen Kontrollrats im Sinne von § 41 Abs. 2 i. V. m. § 48 unterliegt, und nicht beispielsweise solchen des Präsidenten des BND. In § 51 Abs. 1 muss die sachliche Zuständigkeit des administrativen Kontrollorgans konkret und positiv geregelt werden. Diese sollte nicht mit der Ausnahme „soweit nicht das gerichtsähnliche Kontrollorgan zuständig ist“ und mit Rückausnahme geregelt werden. Es besteht Anlass zu der Sorge, dass die administrative Rechtskontrolle einem stetigen Rechtfertigungszwang unterworfen ist, ob überhaupt deren Zuständigkeit eröffnet ist.

Die in § 56 verfügte Pflicht des BND zur Unterstützung der Arbeit des unabhängigen Kontrollrates ist gekennzeichnet von Ausnahmen und Rückbezügen (vgl. Abs. 2., „soweit die Kontrollbefugnis reicht“, Abs. 3 „alleinige Verfügungsberechtigung“, „soweit dies zur Kontrolle erforderlich ist“), welche eine effektive Kontrolle erneut unmöglich machen.

#### **XVI. Regelung der Technischen Kontrolle unzureichend**

eco sieht Nachbesserungsbedarf bei den Vorgaben zur Technischen Kontrolle. Ohne geeignete Vorgaben ist der konkrete Umfang der technischen Kontrolle der Aufklärungstätigkeit des BND unzureichend geregelt. Unklar ist derzeit bereits die zuständige Stelle, denn es bleibt unklar, ob



das gerichtsähnliche oder das administrative Kontrollorgan im Einzelfall zuständig ist (vgl. auch § 51 Abs. 1 S. 2). Nicht hinreichend konkret geregelt ist zudem die personelle Ausstattung (Fachkenntnis d. Mitarbeiter) und sowie deren sachliche Ausstattung und die Befugnisse der Technischen Kontrolle.

Bei der Ausgestaltung von § 57 sollte insofern geregelt werden:

- die administrative Rechtskontrolle ist zuständig für die technische Kontrolle, einschließlich der Wirksamkeit der Filter zum Ausscheiden unzulässiger Datenerhebung bzw. deren automatischer Löschung
- die administrative Rechtskontrolle ist technisch und personell so auszustatten, dass sie ihre Aufgaben jederzeit wirksam wahrnehmen kann
- die administrative Rechtskontrolle verfügt über mindestens 25 Mitarbeiter, die hinsichtlich ihrer jeweiligen Aufgaben über die erforderliche persönliche sowie fachliche Eignung verfügen.

### **XVII. Verletzung des Zitiergebots**

Nach Ansicht des eco bestehen erhebliche Mängel an der mit dem Gesetzentwurf vorgeschlagenen Neuregelung des Zitiergebots in § 68 BNDG-E. Zukünftig soll lediglich in einer Norm formuliert werden, dass das Gesetz die Grundrechte einschränkt. Weder werden die eingreifenden Befugnisse des BND genannt noch die betroffenen Grundrechte. Dieses Vorgehen wird weder der Warnfunktion an die jeweiligen Normanwender gerecht noch trägt es zur Verbesserung der Kontrolle des Dienstes bei. Vor dem Hintergrund des bei heimlichen Eingriffen des BND fehlenden oder zumindest stark eingeschränkten gerichtlichen Rechtsschutzes ist die Beachtung des Zitiergebots unerlässlich.

### **XII. Perpetuierung der verfassungswidrigen Rechtslage**

Mit den Übergangsregelungen nach § 69 Abs. 2, Abs. 3 wird nach Einschätzung des eco die verfassungswidrige Rechtslage nach den §§ 18, 19 und § 23 BNDG perpetuiert, ohne dass dies erforderlich oder gerechtfertigt wäre. Aus verfassungsrechtlichen Gründen ist die in § 69 Abs. 5 angeordnete Weitergeltung bestehender Kooperationsvereinbarungen mit ausländischen öffentlichen Stellen bis längstens zum 31. Dezember 2024 abzulehnen.

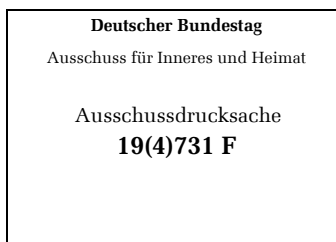
Dies vorgelegte Regelung hiesse praktisch, dass alle Kooperationsvereinbarungen, die vor dem 01.01.2022 und vor dem In-Kraft-Treten der Regelungen nach den §§ 31 bis 34 zu Kooperationen nach dem vorliegenden Entwurf geschlossen wurden, nach dem Willen des Gesetzgebers nicht den Vorgaben des BVerfG (1 BvR 2835/17, Rn. 243 - 264) unterliegen.

#### Über eco

Mit über 1.100 Mitgliedsunternehmen ist eco der größte Verband der Internetwirtschaft in Europa. Seit 1995 gestaltet eco maßgeblich das Internet, fördert neue Technologien, schafft Rahmenbedingungen und vertritt die Interessen seiner Mitglieder gegenüber der Politik und in internationalen Gremien. Die Zuverlässigkeit und Stärkung der digitalen Infrastruktur, IT-Sicherheit und Vertrauen sowie eine ethisch orientierte Digitalisierung bilden Schwerpunkte der Verbandsarbeit. eco setzt sich für ein freies, technikneutrales und leistungsstarkes Internet ein.



Deutscher Bundestag  
Ausschuss für Inneres und Heimat  
zHd. Herrn Ministerialrat Dr. Heynckes  
per E-mail: [innenausschuss@bundestag.de](mailto:innenausschuss@bundestag.de)



Berlin, den 21.02.2021

## **Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des BND-Gesetzes zur Umsetzung der Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts**

von Dr. Thorsten Wetzling  
[twetzling@stiftung-nv.de](mailto:twetzling@stiftung-nv.de)

<b>Einleitung</b>	2
<b>Teil A: Zur Bedeutung von Protokolldaten und Kennzeichnungspflichten für die Effektivität der Rechtskontrolle</b>	3
I.    Protokolldaten	3
II.   Kennzeichnungspflichten	5
<b>Teil B: Anmerkungen zum Unabhängigen Kontrollrat (§§40-58 BND-GE)</b>	5
I.    Unspezifischer Kompetenzkatalog des administrativen Kontrollorgans	6
1.    §51 BND-GE und das Gebot der Normenklarheit	6
2.    Verbesserungsvorschläge	7
a.    Ergänzungen im Zuständigkeitskatalog (§51 BND-GE)	7
aa.  Rechtskontrolle der Datenverarbeitung der Eignungsprüfungen (§24 BND-GE)	7
bb.  Das Führen und Warten von Protokolldaten zum Prüfauftrag machen	7
cc.  Kennzeichnungen für Metadaten zum Prüfauftrag machen	7
b.    Präzisierung des Beanstandungsverfahrens nach §52 BND-GE	7
II.   Stärkung des Genehmigungsverfahrens des gerichtsähnlichen Kontrollorgans	8
1.    Mehr Datenauswertungen genehmigungspflichtig machen	8
2.    Eignungsprüfung explizit in den Kompetenzkatalog aufnehmen	8
3.    Sanktionsbefugnisse für das gerichtsähnliche Kontrollorgan einführen	9
4.    Einsicht in sämtliche Suchbegriffe ermöglichen	10
III.  Berichtspflichten präzisieren	11
IV.  Evaluierungen erweitern	12
V.   Unabhängigkeit des Kontrollrats stärken	13
VI.  Gemeinsame Kontrolltätigkeiten der Aufsichtsgremien präzisieren	14
VII. Weitere Anmerkungen	16
<b>Fazit</b>	17

# Einleitung<sup>1</sup>

Ich bedanke mich für die Möglichkeit zur Stellungnahme.

Der Gesetzentwurf adressiert zentrale Defizite des deutschen Nachrichtendienstrechts. An vielen Stellen werden diese aber nicht ausreichend abgebaut bzw. kommen neue Baustellen dazu. In dieser Stellungnahme erörtere ich dies mit Blick auf die Ausgestaltung der Rechtskontrolle durch den Unabhängigen Kontrollrat und stelle mögliche Verbesserungsvorschläge zur Diskussion.<sup>2</sup>

Gerade bei einem sicherheitspolitisch und grundrechtlich so hochsensiblen Bereich wie der technischen Aufklärung gehört das gesamte Handlungsspektrum der Exekutive einer unabhängigen und wirkmächtigen Prüfung unterzogen. Viele Akteure, die an der Ressortabstimmung der Bundesregierung zum BND-GE beteiligt waren, haben im direkten Austausch oder in Antworten auf Kleine Anfragen indirekt zu verstehen gegeben, dass man bei der Neustrukturierung der Nachrichtendienst-Kontrolle nun entscheidende neue Weichen stelle, aber noch am Anfang stünde.<sup>3</sup>

Dabei ist es wichtig und richtig, dass Regierung und Parlament diesen Weg nicht alleine beschreiten. Sie sollten meines Erachtens aber noch regelmäßiger den konstruktiven Dialog mit den Anbietern von Telekommunikationsdiensten, der Wissenschaft und der Zivilgesellschaft suchen und dabei die Aufsichtsgremien, die Dienste und die internationalen Partner einbinden. Allein wegen der rasanten Weiterentwicklung der technischen Möglichkeiten der Überwachung und der wachsenden Rechtsprechung aus Luxemburg, Straßburg und Karlsruhe ist davon auszugehen, dass die Suche nach einem angemessenen Rechtsrahmen und der effektiven Kontrolle für nachrichtendienstliche Tätigkeiten des Bundes ein dynamischer Prozess bleiben wird.

Kein Land der Welt hat dabei für alle Herausforderungen eine passende Lösung gefunden. Dennoch gehen einige Systeme besser mit vergleichbaren Hindernissen um als andere. Im Sinne eines konstruktiven Beitrags verweist die Stellungnahme daher auch auf gute Rechtsnormen und Beispiele innovativer Kontrollpraxis aus anderen Ländern.

---

<sup>1</sup> Ich bedanke mich bei Corbinian Ruckerbauer für die sachkundige Unterstützung.

<sup>2</sup> Für weitere Anmerkungen zum BND-GE und alternative Vorschläge für die Neustrukturierung der Nachrichtendienst-Kontrolle verweise ich auf die Stellungnahme der SNV im Rahmen der Verbändebeteiligung vom 03. Dezember 2020 (<https://www.bundesregierung.de/resource/blob/976020/1826336/6a1951011e33e8479bedd21efa9d565b/2020-12-09-bnd-gesetzentwurf-stellungnahme-stiftung-neue-verantwortung-1--data.pdf?download=1>) sowie die Analyse mit Daniel Moßbrucker vom 16. Juni 2020 ([https://www.stiftung-nv.de/sites/default/files/bnd\\_reform\\_die\\_zweite\\_vorschlaege\\_zur\\_neustrukturierung.pdf](https://www.stiftung-nv.de/sites/default/files/bnd_reform_die_zweite_vorschlaege_zur_neustrukturierung.pdf))

<sup>3</sup> Siehe (BT-Drs. 19/26120) und dort insb. die Antwort der Bundesregierung auf die Fragen 2, 3 und 9 der Kleinen Anfrage (Drs. 19/25483).

## Teil A: Zur Bedeutung von Protokolldaten und Kennzeichnungspflichten für die Effektivität der Rechtskontrolle

### I. Protokolldaten

*„Protokolldaten zu analysieren ist ein wichtiges Werkzeug und es ist schwierig, Aufsicht ohne dieses Werkzeug durchzuführen. Unsere Erfahrung zeigt, dass es notwendig ist, Logdateien zu validieren. Mit anderen Worten, Kontrolleur:innen müssen den Vorgang der Protokollierung überprüfen, um sicher zu stellen, dass die Logs vollständig und korrekt sind.“ (Emil Bock Greve, Leiter des Sekretariats, Dänische Aufsichtsbehörde TET)*

Um die enorme Menge der gesammelten Daten zu organisieren und zu verstehen, sind Nachrichtendienste auf leistungsfähige informationstechnische Systeme angewiesen. Diese produzieren oft standardmäßig große Mengen an Metadaten, die in Protokolldateien aufgezeichnet werden.

Protokolldaten haben das Potenzial, sowohl die internen Kontrollen, als auch die unabhängige Aufsicht der Nachrichtendienste erheblich zu stärken. In einem Bericht, den Kilian Vieth und ich im Rahmen eines kollaborativen Workshops mit Mitgliedern des europäischen Netzwerks Nachrichtendienst-Kontrolle (EION) angefertigt haben, wird genauer dargestellt, wie eine vollumfängliche Kennzeichnungspflicht und Zugang zu Protokolldaten den Einsatz wirkmächtiger Kontrolltools möglich machen würde.<sup>4</sup> An dieser Stelle sei nur auf drei Beispiele daraus verwiesen:

- Warnmeldungen bei riskantem Datenaustausch: Automatisierte Benachrichtigungen informieren die Aufsichtsgremien über kennzeichnungspflichtige Datenweitergaben und ermöglichen gezielte Inspektionen im Nachgang.
- Lösch-Statistiken: Löschvorgänge werden in gut strukturierten Protokolldateien aufgezeichnet, so dass Aufsichtsorgane Unstimmigkeiten (statistische Abweichungen; besondere Vorkommnisse beim Löschvorgang etc.) erkennen und aufspüren könnten.
- Mustererkennung: Die Protokolldaten machen zudem eine automatische Analyse und Visualisierung der Nutzung von Datenbanken möglich. Die Aufsichtsbehörden können damit die Protokolldateien auf Regelverstöße prüfen und Zweckänderungen von Daten identifizieren, z.B. wenn Daten, die mit Ziel die Bundesregierung zu informieren erhoben wurden, im weiteren

---

<sup>4</sup>Vieth und Wetzling, "Datenbasierte Nachrichtendienstkontrolle: Agenda für mehr Wirksamkeit", S. 23ff, 2020, [https://www.stiftung-nv.de/sites/default/files/datenbasierte\\_nachrichtendienstkontrolle.pdf](https://www.stiftung-nv.de/sites/default/files/datenbasierte_nachrichtendienstkontrolle.pdf)

Verlauf mit Daten verknüpft werden, die mit dem Zweck der Gefahrenfrüherkennung erhoben wurden.

Der Gesetzentwurf geht zwar an einigen Stellen explizit auf Protokolldaten ein, allerdings nur im Kontext der dienstinternen Kontrolle beim BND. Insbesondere bei den vielen vorgesehenen Abwägungsentscheidungen z.B. bei der gezielten Erhebung von personenbezogenen Daten (§ 19 Absatz 5 i.V.m. § 20 BND-GE), beim Schutz von Vertraulichkeitsbeziehungen (§ 21 BND-GE) und beim Kernbereichsschutz (§ 22 BND-GE) dürfen dem Entwurf nach Protokolldaten bisher jeweils "ausschließlich zur Durchführung von Kontrollen der Datenverarbeitung, einschließlich der Datenschutzkontrolle verwendet werden". Damit sind die dienstinternen Prüfungen gemeint. Jedoch würde nicht nur der BND, sondern, wie eingangs erwähnt, auch die Organe der Rechtskontrolle enorm von der strukturierten Bereitstellung von Protokolldaten profitieren. Zwar regelt der Gesetzentwurf in §56 Abs. 3 Nr. 2 BND-GE, dass dem Unabhängigen Kontrollrat (UKR) "jederzeit Zugang zur sämtlichen informationstechnischen Systemen zu gewähren (ist), soweit diese in alleiniger Verfügungsberechtigung des BND stehen und dies für die Durchführung der Kontrolle erforderlich ist." Die Erforderlichkeit ist ein zentrales Kriterium und wird im Begründungstext (Drs. 19/26103) und meines Erachtens auch in der Antwort der Bundesregierung auf die Frage 19 der Kleinen Anfrage (Drs. 19/2610, S. 9) jedoch nur unzureichend präzisiert.

Vorschlag und Empfehlung zur Umsetzung: Die gesetzliche Verpflichtung zur Aufzeichnung und Bereitstellung aussagekräftiger Protokolldateien sollten in dem Gesetzentwurf derart konkretisiert werden, dass sie auch den Organen der Rechtskontrolle uneingeschränkt zur Verfügung stehen. Zudem sind die Bedürfnisse der Kontrolleur:innen bereits bei der Konzeption der Logging-Systeme zu berücksichtigen. Hier gilt es gemeinsam mit dem BND, der Fachaufsicht im Bundeskanzleramt und dem Unabhängigen Kontrollrat die vielen Kriterien für das Führen und Warten von Protokolldaten festzulegen. Die Nutzung und Bereitstellung von Protokolldaten sollte zudem bei der Evaluation der Kontrollwirksamkeit und im Bericht an das PKGr gemäß §61 BND-GE berücksichtigt werden.

Um dies zu gesetzlich zu verankern, könnte überall dort, wo im BND-GE mit Blick auf Protokolldaten die interne Kontrolle des BND angesprochen wird, ein Einschub gemacht werden, dass die Protokolldaten auch den Kontrollorganen des UKR uneingeschränkt zugänglich zu machen sind. Zudem könnte man in § 56 Abs. 3 Nr. 2 BND-GE direkt nach den Wörtern "sämtlichen informationstechnischen Systemen" den Einschub "inklusive aller Protokolldaten" machen. Zudem könnte man zumindest im Begründungstext zu §61 BND-GE einfügen, dass sämtliche Protokolldaten den Bedürfnissen der administrativen Rechtskontrolle entsprechend geführt werden müssen.

## II. Kennzeichnungspflichten

Was die Kennzeichnungspflicht betrifft, sollten auch Verkehrs- bzw. Metadaten zur Sicherstellung einer rechtmäßigen Verarbeitung stets gekennzeichnet werden und nicht erst "im Rahmen der manuellen Auswertung" (§ 26 Abs. 2 BND-GE). Hinsichtlich der enorm großen Volumen an Metadaten bei der technischen Aufklärung sollte eine Kennzeichnung, einheitlich zu den anderen Kennzeichnungsvorgaben, direkt bei der Erfassung automatisiert erfolgen und dabei mindestens Angaben zur Rechtsgrundlage und Erfassungsmethode machen.<sup>5</sup>

Vorschlag: Einen Ansatzpunkt für eine bessere Praxis bietet das niederländische Nachrichtendienstrecht. Es hat die Unterscheidung zwischen Verkehrs- und Inhaltsdaten, beziehungsweise personenbezogenen Daten und Sach- oder Metadaten gänzlich verworfen. Es verwendet stattdessen einheitliche Schutzvorschriften für alle Datenarten, da die Trennung und Kennzeichnung in der strategischen Aufklärung in den meisten Fällen nicht zuverlässig gelingen kann.

Die grundsätzliche Verpflichtung, personenbezogene Daten unmittelbar nach der Erhebung unter Angabe des Zwecks und des Mittels der Datenerhebung zu kennzeichnen, enthält eine Generalausnahme für Übermittlungen (§ 19 Abs. 10 BND-GE). Einerseits ist diese bei Übermittlungen ins Ausland nachvollziehbar, um die Offenlegung der technischen Leistungsfähigkeit des BNDs zu verhindern. Andererseits überzeugt dieses Argument jedoch nicht bei der Übermittlung an inländische Behörden. Die Kennzeichnung sollte dort zur Ermöglichung der Rückverfolgung der Datenherkunft festgeschrieben werden.

### **Teil B: Anmerkungen zum Unabhängigen Kontrollrat (§§40-58 BND-GE)**

Neben den vielen Entscheidungen, die das gerichtsähnliche Kontrollorgan des UKR zu treffen hat (siehe §41 BND-GE), hängt die Rechtmäßigkeit der technischen Aufklärung auch entscheidend davon ab, wie die rechtlichen Vorgaben und Schutznormen in der Praxis der Datenverarbeitung umgesetzt werden. Dafür sind gerade die Kompetenzen und Kontrollinstrumente und Kontrolltechnologie des administrativen Kontrollorgans des UKR von entscheidender Bedeutung.

---

<sup>5</sup> Die Logik, dass Verkehrsdaten, die nicht durch einen (menschlichen) Kommunikationsvorgang entstehen, weniger (Grundrechts-) Schutz genießen, greift mit Blick auf die Ausnahmen für "Maschine-zu-Maschine-Kommunikation" (§ 26 Abs 3 Satz 2) zu kurz. Darunter könnten etwa Ortungsdaten, Funkzellendaten, Daten von Fitness Trackern, und Banktransaktionsdaten von Inländern fallen. Solche Verkehrsdatenüberwachung stellt keine "Erhebung von Sachdaten, die mangels Grundrechtsrelevanz keiner Regelung bedürfen" (Begründungstext S. 57) dar.

Leider greift der Entwurf gerade bei den Katalogzuständigkeiten des administrativen Kontrollorgans aber deutlich zu kurz. Der Umfang und die Kontrollziele der administrativen Rechtskontrolle bleiben zu unbestimmt.

## I. Unspezifischer Kompetenzkatalog des administrativen Kontrollorgans

### 1. §51 BND-GE und das Gebot der Normenklarheit

Auf die berechtigte Frage Nr. 28 (siehe Drs. 19/26120), inwiefern die Bundesregierung die Ansicht teile, dass die im Entwurf für die administrative Kontrolle formulierten Kontrollziele und der Kontrollumfang nicht hinreichend bestimmt seien, erwidert die Bundesregierung lediglich, dass sie diese Ansicht nicht teile.

Im Folgenden werde ich kurz erläutern, warum die Grundhaltung der Bundesregierung, wonach das, was nicht explizit im Kompetenzkatalog des gerichtsähnlichen Kontrollorgans steht, dem administrativen Kontrollorgan obliegt, nicht überzeugt und es zu Präzisierungen des Kompetenzkatalogs des administrativen Kontrollorgans kommen sollte.

Zur Verdeutlichung: Die Bundesregierung hat es im Begründungstext und in der Antwort zu Frage 21 in Drs. 19/2610 wie folgt formuliert: *“Während sich die Zuständigkeit des gerichtsähnlichen Kontrollorgans aus dem Zuständigkeitskatalog des § 42 BNDG-E ergibt, unterliegt die Technische Aufklärung des BND über den Zuständigkeitskatalog des gerichtsähnlichen Kontrollorgans hinaus dem administrativen Kontrollorgan.”* Zudem steht zu § 51 Abs. 1 BND-GE im Begründungstext (Drs. 19/26103, S. 123): *“Der administrative Kontrollkörper ist so auszugestalten, dass dieser eigeninitiativ stichprobenmäßig den gesamten Prozess der technischen Aufklärung von Ausländern im Ausland auf seine Rechtmäßigkeit prüft”*.

Letzteres ist zwar zu begrüßen und ein bedeutsamer Fortschritt zum Unabhängigen Gremium, das häufig vor verschlossenen Türen stand. Gleichwohl steht zu befürchten, dass es in der Praxis trotz der zahlreichen Vorgaben bezüglich der Sicherheitsüberprüfungen und der stark begrenzten Informationsflüsse in den parlamentarischen Raum noch immer zu Kontroll-Lücken, -Grenzen und -Behinderungen kommen wird. Zumindest dann, wenn es bei dem vagen Kompetenzkatalog für das administrative Kontrollorgan nach § 51 BND-GE bleibt.

Daher unterbreite ich die folgenden Vorschläge, was im Kompetenzkatalog des administrativen Kontrollorgans (§51 BND-GE) und in den weiteren Bestimmungen, die die administrative Rechtskontrolle betreffen (§52, §61), noch aufgenommen werden sollte.

## 2. Verbesserungsvorschläge

### *a. Ergänzungen im Zuständigkeitskatalog (§51 BND-GE)*

#### aa. Rechtskontrolle der Datenverarbeitung der Eignungsprüfungen nach §24 BND-GE

Der Verweis der Bundesregierung in Drs. 19/26120, wonach das administrative Kontrollorgan ja gemäß §51 Abs. 1 BND-GE die Praxis der Eignungsprüfung (§24 BND-GE) prüfen könne, überzeugt meines Erachtens so nicht. Gerade mit Blick auf die Gefahren für den Grundrechtsschutz, die mit der zeitlich und mengenmäßig weiterhin unbegrenzten Erhebung von Daten ohne den Einsatz von Suchbegriffen einhergehen, reicht ein schlichter Verweis, das könne das administrative Kontrollorgan ja auch machen, nicht. Vielmehr sollte dies explizit in den Kompetenzkatalog §51 BND-GE aufgenommen werden. Es reicht auch nicht, dass sich das UKR eine eigene Geschäftsordnung geben kann. Der Gesetzgeber sollte vielmehr darauf drängen, dass die Eignungsprüfung explizit als Teil der Prüfpflichten aufgenommen wird.

#### bb. Das Führen und Warten von Protokolldaten zum Prüfauftrag machen

Wie im Teil A dieser Stellung schon aufgeführt, wäre es ratsam, dem administrativen Kontrollorgan eine explizite Kontrollaufgabe mit Blick auf die Führung und Wartung von Protokolldaten zuzuweisen. Dies sollte dann auch in den Berichten zum Thema gemacht werden, genauso wie die Erfahrungen der Kontrolleur:innen mit der Nutzung von Protokolldaten für Kontrollzwecke.

#### cc. Kennzeichnungen für Metadaten zum Prüfauftrag machen

Zudem wäre es ratsam, das Führen von Kennzeichnungen (inkl. das Beachten der Kennzeichnungspflicht bei der Übermittlung an inländische Behörden unter Angabe des Zwecks und des Mittels der Datenerhebung) explizit in §51 BND-GE als Aufgabe des administrativen Kontrollorgans aufzunehmen.

### *b. Präzisierung des Beanstandungsverfahrens nach §52 BND-GE*

Ein weiteres Beispiel für eine noch zu unbestimmte und unzureichende Regelung ist das Beanstandungsverfahren nach §52 BND-GE. Es sollte im Gesetzgebungsverfahren darauf geachtet werden, dass man sich hier nicht auf die Beteuerung der Bundesregierung verlässt, sondern möglichst konkrete Vorgaben und Fristen gesetzlich verankert. Gemäß der Bundesregierung (siehe deren Antwort zu Frage 22a in Drs. 19/26120, S. 10) sei es unwahrscheinlich, dass sich das Beanstandungsverfahren "über lange Zeiträume" hinziehen würde, "da der BND Beanstandungen in aller Regel unverzüglich abhilft und eine kurze Reaktionsmöglichkeit jederzeit besteht."

Das kann in der Praxis gut so sein. Für Außenstehende ist dies aber zunächst nur eine Behauptung. Besser wäre es, mit weiteren Einschüben in §52 BND-GE für eine schnelleres,

umfassenderes und mit weniger Interventionsmöglichkeiten für das Bundeskanzleramt verbundenes Beanstandungsverfahren zu sorgen. Dies könnte mit der Aufnahme von Fristen und dem Verweis auf die erweiterten Kompetenzzuständigkeiten des Kontrollorgans in §51 BND-GE erreicht werden.

Die verpflichtenden Vorgaben für den BND sind in dem Verfahren nach §52 BND-GE zu unklar und ich sehe bei der gegenwärtigen Regelung die Gefahr, dass es zu sehr vom guten Willen des BND und der Fachaufsicht abhängen wird, ob das gerichtsähnliche Kontrollorgan eine zeitnahe und rechtmäßige Beanstandungsentscheidung treffen kann. Von daher rege ich an, dass über eine Verkürzung des Beanstandungsmarathons und insbesondere über klare Verfahrensvorgaben und Fristen für eine Bearbeitung der einzelnen Schritte in §52 BND-GE nachgedacht wird.<sup>6</sup>

## II. Stärkung des Genehmigungsverfahrens des gerichtsähnlichen Kontrollorgans

### 1. Mehr Datenauswertungen genehmigungspflichtig machen

Mit Blick auf den Zuständigkeitskatalog des gerichtsähnlichen Kontrollorgans (§42 BND-GE) fällt auf, dass vornehmlich die Anordnungen von strategischen Aufklärungsmaßnahmen bzw. die Anordnung von Eingriffen in informationstechnische Systeme von Ausländern im Ausland (§42 Abs. 3 BND-GE) und deutlich seltener die Verwendung (siehe beispielsweise §42 Abs 2 Nr. 1 BND-GE) oder die Verwertbarkeit (siehe §42 Abs. 1 Nr. 4 BND-GE) als Gegenstand der Vorabkontrolle der Rechtmäßigkeit im Kompetenzkatalog aufgeführt wird.

Dies wird in Großbritannien anders gehandhabt. Mit der Reform des dortigen IP Acts wurden sogenannte "examination warrants" eingeführt. Vor der Auswahl der zu prüfenden Inhalte, muss die Regierung dabei erneut eine unabhängige, gerichtliche Genehmigung eines "Investigatory Powers Commissioner" einholen. Dies gilt auch für die Prüfung von Daten, die von ausländischen Nachrichtendiensten weitergegeben werden.

### 2. Eignungsprüfung explizit in den Kompetenzkatalog aufnehmen

Die Eignungsprüfung (§ 24 BND-GE) ist für den Bundesnachrichtendienst eine zentrale Befugnis. Hier geht es um die Wahrung der sogenannten "Kaltstartfähigkeit" des BND. Entgegen der Regel in § 19 Abs. 5 BND-GE bekommt der Dienst gemäß § 24 BND-GE die Erlaubnis, personenbezogene Daten auch ohne vorherigen Einsatz von Suchbegriffen zu erheben.

Diese Regel ist aus vielerlei Hinsicht kritisch zu bewerten und bedarf entscheidender Verbesserungen. Zum einen sind mit dem Verweis auf die Legaldefinition der strategischen Ausland-Fernmeldeaufklärung (§ 19 Abs. 1 BND-GE) nur die Inhaltsdaten von weiteren

---

<sup>6</sup> Siehe Teil B II 3 zu den damit auch verbundenen Sanktionsmöglichkeiten für unkooperatives Verhalten.



Regelungen betroffen. Demnach unterliegen Verkehrsdaten nicht der ohnehin wenig strengen Begrenzung des § 24 Abs. 1 BND-GE.

Neben der Anregung, die Praxis Eignungsprüfungen explizit als Prüfaufgabe für das administrative Kontrollorgan in §51 BND-GE aufzunehmen, wäre zudem auch eine Vorabkontrolle der Rechtmäßigkeit des gerichtsähnlichen Kontrollorgans denkbar. So hat z.B. Neuseeland aufgrund der zentralen Bedeutung von sogenannten "Probebohrungen" zur Prüfung der Eignung von Telekommunikationsnetzen oder zur Bestimmung geeigneter Suchbegriffe eine wichtige Regel in das nationale Nachrichtendienstrecht aufgenommen, mit der der Grundrechtsschutz auch bei der Eignungsprüfung besser gewahrt werden soll. Laut "Part 4 Authorisations - Subpart 3 - Practice Warrants - Section 91 - Application for issue of Practice Warrant" etabliert der Intelligence and Security Act 2017 ein detailliertes Genehmigungsverfahren unter Beteiligung des Chief Commissioner of Intelligence Warrants und des Inspector General.<sup>7</sup>

### 3. Sanktionsbefugnisse für das gerichtsähnliche Kontrollorgan einführen

Die Antwort der Bundesregierung auf Frage 26 der Kleinen Anfrage (Drs. 19/26120) ist als Einleitung für den folgenden Vorschlag nützlich. Beanstandungen durch das gerichtsähnliche Kontrollorgan seien, so die Bundesregierung, im Gesetzentwurf nicht vorgesehen und daher auch nicht in dessen Kompetenzkatalog (§42 BND-GE) aufgeführt. Stattdessen verweist sie in der Antwort auf die im Gesetzentwurf enthaltene Möglichkeit, gemäß § 51 Abs. 2 BND-GE das administrative Kontrollorgan mit der Durchführung einzelfallbezogener Prüfaufträge zu betrauen.

Mit Blick auf die im Folgenden geschilderte Herausforderung und in Kenntnis des langwierigen Beanstandungsverfahrens nach §52 (siehe Diskussion in Teil B I 2 b) ist dies unzureichend. Mitglieder von europäischen Aufsichtsbehörden haben berichtet, dass Anordnungen oftmals nur aus einer bestimmten Zahl von Textbausteinen bestehen. Argumente in Begründungstexten wurden einfach kopiert und eingefügt, bzw. sind eher phrasenhaft und ohne inhaltlichen Gehalt formuliert worden. Im Genehmigungsverfahren von Anordnungen sind die Kontrolleur:innen gut beraten, nach übermäßigen Ähnlichkeiten in den Begründungstexten zu suchen. Auch dieser Aspekt der Kontrolle könnte im Übrigen durch Automatisierung erleichtert werden. Der Punkt hier ist aber, dass es auch für das gerichtsähnliche Kontrollorgan eine direkte Sanktionsbefugnis geben müsste, um derartiges Verhalten oder die fehlende Kooperationsbereitschaft oder das unzureichende Mitwirken von Mitarbeiter:innen des BND zu ahnden.

---

<sup>7</sup> Siehe <http://www.legislation.govt.nz/act/public/2017/0010/latest/whole.html#DLM7118938>

Das Befragungsrecht in § 56 Abs. 4 BND-GE wird im Begründungstext dahingehend eingeordnet, dass der Unabhängige Kontrollrat "beschäftigte Angehörige des Bundesnachrichtendienstes befragen oder von ihnen schriftliche Auskünfte einholen [kann]. Es besteht die Pflicht zur vollständigen und wahrheitsgemäßen Auskunft. Diese Pflicht ist von einer Zeugenvernehmung im Sinne eines Strafverfahrens oder im Kontext eines Untersuchungsausschusses zu unterscheiden, an die spezifische Sanktionen geknüpft sind, §§ 48 ff. StPO, 20ff. PUAG" (S. 126). Auch hier wäre zumindest an eine ähnlichlautende Sanktionierungsmöglichkeit zu denken.

#### 4. Einsicht in sämtliche Suchbegriffe ermöglichen

Für eine effektive Prüfung der Anordnungen von strategischen Aufklärungsmaßnahmen sollten beide Kontrollorgane des UKR einen vollumfänglichen Zugang zu allen Suchbegriffen erhalten. Das heißt nicht, dass das gerichtsähnliche Kontrollorgan für jedwede Vorabkontrolle der Rechtmäßigkeit der Anordnungen Suchbegriffe im Einzelnen prüfen muss. Es sollte es aber zumindest können, denn es werden Situationen auftreten, wo die Prüfung der rechtmäßigen Erfassung von Inhalten nicht allein anhand von abstrakten "strategischen Aufklärungsmaßnahmen" (§ 23 Abs. 1 i.V.m. § 42 Abs. 1 Nr. 1 BND-GE) oder "Zielen" (§ 23 Abs. 5 i.V.m. § 42 Abs. 1 Nr. 2 BND-GE) erfolgen sollte.

Laut Antwort der Bundesregierung auf Frage 27 der Kleinen Anfrage (Drs. 19/26120, S. 17) werden einzelne Suchbegriffe dem gerichtsähnlichen Kontrollorgan bei der Vorabkontrolle der Rechtmäßigkeit von Anordnungen nach § 23 Absatz 1 BND-GE und von Anordnungen von gezielten Datenerhebungen nach § 23 Absatz 5 BND-GE nicht vorgelegt, "da diese von den im Interesse des BND stehenden Personen oder Organisationen oftmals derart häufig gewechselt werden, dass ihre Vorlage mit einem unverhältnismäßigen Vorlage- und Prüfaufwand verbunden wäre."

Diese Begründung geht von einem analogen Prüfvorgang aus. Mit ausreichend Innovationskraft und Investitionsmitteln ausgestattet, sollte es dem UKR möglich sein, der Aufforderung des Bundesverfassungsgerichts nachzukommen, "eigene Kontrollprogramme zu entwickeln" (BVerfG, 1 BvR 2835/17, Randnummer 288) und so eine automatisierte Vorabprüfung der Suchbegriffe durchzuführen.

Zudem ist der Verweis der Bundesregierung, dass die Suchbegriffe ja vollumfänglich der Kontrolle durch das administrative Kontrollorgan unterliegen würden und es die Deaktivierung von Suchbegriffen verlangen könne, nicht ausreichend an den Bedürfnissen des gerichtsähnlichen Kontrollorgans ausgerichtet. Gerade im Kontext der jüngeren Rechtsprechung des EuGH vom 06 October 2020 (insb. in den verbundenen Rechtssachen C-511/18, C-512/18 and C-520/18) ist es fraglich, ob das Kriterium einer "wirksamen Kontrolle" (effective review) erfüllt ist, wenn die gerichtsähnliche Kontrolle das "Vorliegen

einer Situation sowie die Beachtung der vorzusehenden Bedingungen und Garantien“ (Randnummer 139) vermutlich nicht hinreichend ins Kalkül zieht.<sup>8</sup>

### III. Berichtspflichten präzisieren

Eine öffentliche, informierte Diskussion ist eine demokratische Notwendigkeit für Vertrauen in die Arbeit staatlicher Stellen, insbesondere für solche, die tief in Grundrechte eingreifen. Daher ist es im Rahmen des Geheimschutzes für alle Aufsichtsgremien wichtig, regelmäßige Tätigkeitsberichte zu verfassen, die auch dem Bundestag und der interessierten Öffentlichkeit einen Überblick über das gesamte Spektrum der verschiedenen Kontrolltätigkeiten geben. So lässt sich dann auch über einen längeren Zeitraum hinweg erkennen, wie sich die Kontrolle verändert, welche Erfolge erzielt wurden und welchen Einfluss die Aufsichtstätigkeiten auf das Regierungshandeln gehabt haben.

Anders als bei der G10-Kommission, die gegenwärtig noch keine Berichtspflicht hat, ist es zu begrüßen, dass der Unabhängige Kontrollrat in Abständen von maximal sechs Monaten dem PKGr über seine Tätigkeit berichten soll (§ 55 Abs. 1 BND-GE). Anders als zum Beispiel in § 13 Satz 2 PKGr-Gesetz werden die Tätigkeitsberichte in §55 Abs. 1 BND-GE aber nicht näher bestimmt. Das ist unzureichend und sollte vom Gesetzgeber, trotz des notwendigen Geheimschutzes, dergestalt präzisiert werden, dass das Gesetz zumindest einige Vorgaben für die Berichte des Unabhängigen Kontrollrats an das PKGr vorgibt. So könnte zum Beispiel gefordert werden, dass die Berichte einen präzisen Überblick über das Antragsverfahren und die Entscheidungen geben. Das betrifft nicht nur die Anzahl der Anträge pro Kalenderjahr inklusive der zugrunde liegenden Rechtsgrundlage sondern auch die Anzahl der Genehmigungen (mit und ohne Vorbehalt), sowie die Zahl der abgelehnten Anträge samt Überblick der Ablehnungsgründe. Zudem wäre es wichtig, über die Kontrollpraxis und ggf. über Defizite bei der Aufsicht der Eignungsprüfung nach § 24 BND-GE zu berichten. Wichtig wäre es auch, in den Berichten die Anzahl der Eilverfahren (§ 23 Abs. 4 Satz 2 und § 23 Abs. 7 Satz 3) mit dem standardmäßigen Genehmigungsverfahren (§ 23 Abs. 4 Satz 1 und § 23 Abs. 7 Satz 1) in Bezug zu setzen, um zu sehen, wie häufig in der Praxis von der Regel abgewichen wurde. Zudem sollten die Berichte über die Einbindung des Kontrollrats in die hoffentlich weiter wachsende Kontroll-Kooperation europäischer Aufsichtsgremien informieren.

**Praxisbeispiel:** Warum das wichtig ist, zeigt der Blick auf die Kontrollpraxis in den Niederlanden. Dort hat das für die Genehmigungen von Überwachungsmaßnahmen zuständige Gremium TIB in seinem (übrigens stets auch auf Englisch veröffentlichten) Bericht kürzlich die Öffentlichkeit darüber informiert, dass es “in der Zeit vom 1. Mai 2018

---

<sup>8</sup> Siehe dazu den explorativen Beitrag von Elspeth Guild und Thorsten Wetzling, “Germany’s BND Act and recent CJEU case law” <https://aboutintel.eu/bnd-reform-cjeu/>.

bis zum 1. April 2019 insgesamt 2.159 Anträge“ geprüft habe.<sup>9</sup> Zudem hat das TIB in seinem Bericht die Anzahl der abgelehnten Anträge samt Ablehnungsgrund aufgeführt – dies allerdings zusammengenommen für beide Nachrichtendienste AIVD und MIVD. Dem Bericht lässt sich beispielsweise entnehmen, wie oft Anträge aus welchem Grund für unzulässig befunden und abgelehnt wurden.<sup>10</sup> Zudem erörtert der Bericht des TIB Beispiele für Ablehnungsentscheidungen und vermittelt der Öffentlichkeit so ein besseres Verständnis über seine Kontrolltätigkeit und deren Bedeutung.

**Praxisbeispiel:** Das norwegische Kontrollgremium EOS berichtet regelmäßig öffentlich über rechtswidrige bzw. beanstandete Fälle, z.B. bei der technischen Datenerfassung des Dienstes.<sup>11</sup>

Der UKR sollte in zukünftigen Berichten in ähnlicher Weise möglichst nicht nur das PKGr sondern auch den Bundestag über seine Tätigkeit und Entscheidungsfindungen informieren. Bisher sieht der Entwurf lediglich vor, dass der Unabhängige Kontrollrat unter sehr strengen Voraussetzungen in nicht näher bestimmter Weise den Bundestag über Beanstandungen unterrichten kann. Wie am niederländischen Beispiel verdeutlicht, ist dies möglich ohne schützenswerte Informationen über den Auslandsnachrichtendienst und seine Arbeitsweisen preiszugeben.

#### IV. Evaluierungen erweitern

Viele Schritte der Rechtskontrolle werden "Parlament und Öffentlichkeit weithin verschlossen bleiben" (BVerfG 1 BvR 2835/17; Rn. 299). Umso wichtiger ist es daher, "die Effektivität sowohl der Kontrolle in der Praxis, als auch der gesetzlichen Regelungen in regelmäßigen Abständen zu evaluieren" (BVerfG 1 BvR 2835/17, Rn 299).

Die in § 61 BND-GE eröffnete Möglichkeit, alle fünf Jahre die Wirksamkeit der Kontrolle zu überprüfen, bezieht sich leider nur auf die §§ 40 bis 58 BND-GE. Dabei wäre es wichtig, auch die Erfahrungen in der Zusammenarbeit mit dem Kanzleramt und dem BND im Rahmen der Führung und Wartung von Protokolldaten zum Gegenstand der Evaluation zu machen. Außerdem sollten diese ruhig häufiger stattfinden als bloß alle fünf Jahre.

---

<sup>9</sup> Jahresbericht der niederländischen Aufsichtsbehörde TIB, abrufbar unter:

<https://www.tib-ivd.nl/binaries/tib/documenten/jaarverslagen/2019/04/25/annual-report-2018-2019/TIB+Annual+Report+2018-2019.pdf>

<sup>10</sup> So wurde in 37 Fällen der Einsatz einer Maßnahmen für nicht notwendig befunden; in 58 Fällen der Einsatz einer Maßnahme als unverhältnismäßig erachtet; in 48 Fällen befunden, dass der Zweck der Maßnahme auch mit weniger invasiven Mittel hätte erreicht werden können; in 68 Fälle befunden, dass dem Antrag für eine Maßnahme ausreichende Informationen über die relevante Tatsachen, nähere Umstände sowie Ausführungen über technische Risiken fehlten; in 26 Fällen entschieden, dass eine unzureichende rechtliche Grundlage für die beantragte Maßnahme vorlag; in 21 Fällen entschieden, dass eine beantragte Maßnahme den Geltungsbereich des Gesetzes überschritten hatte.

<sup>11</sup> EOS-Gremium, "Annual Report (2017-2018)", S. 24f, 2018,

[https://eos-utvalget.no/wp-content/uploads/2019/05/eos\\_annual\\_report\\_2018.pdf](https://eos-utvalget.no/wp-content/uploads/2019/05/eos_annual_report_2018.pdf)

Die Mindestanforderungen an die Protokolldaten sollten unter Beteiligung der Rechtskontrolle gemeinsam mit dem BND und der Fachaufsicht konzipiert und Thema regelmäßiger Konsultationen sein. Zudem ist nicht ersichtlich, warum die beamteten, sicherheitsüberprüften (§ 53 BND-GE) und auf Lebenszeit zur Geheimhaltung verpflichteten (§ 54 BND-GE) Mitarbeiter:innen des Unabhängigen Kontrollrats nicht auch zumindest in Teilen in die Evaluation gemäß § 27 BND-GE eingebunden werden sollen. Unabhängig von der nicht zur Zuständigkeit des Unabhängigen Kontrollrats gehörenden Prüfung der Zweckmäßigkeit von Überwachungsmaßnahmen, gibt es dennoch viele Informationen, die für die Ausübung der Rechtsmäßigkeitprüfungen essentiell wären.

## V. Unabhängigkeit des Kontrollrats stärken

Die Mitglieder des Kontrollrats sollen laut Entwurf auf Vorschlag der Präsident:in des BGH und der Generalbundesanwält:in vom Parlamentarischen Kontrollgremium des Bundestages gewählt werden (§ 43 Abs. 1 und 3 BND-Ge). Besser wäre es, wenn dem PKGr eine tatsächliche Auswahl an Kandidat:innen für die Besetzung des Kontrollrats zur Verfügung stünde. Es sollte also einen Pool an vorgeschlagenen Mitgliedern geben, aus denen das PKRr durch Abstimmung geeignete Kandidat:innen wählen könnte.

Obwohl das BND Urteil die Bedeutung der richterlichen Unabhängigkeit für die Kontrollstruktur an vielen Stellen betont hat (Rn. 275, 281, 282, 286), soll es dem Entwurf nach bei einer Einbeziehung von Bundesanwält:innen bleiben (§ 43 Abs. 1 BND-GE). Die Integration der Strafverfolger:innen in das quasi-gerichtliche Organ steht der geforderten richterlichen Unabhängigkeit entgegen. Am Rande sei hier an die Bedenken des EuGH erinnert, die dieser bezüglich der Unabhängigkeit der deutschen Staatsanwaltschaft in einer anderen Sache unlängst zu bedenken gab.<sup>12</sup>

Vorschlag: Für die Unabhängigkeit des gerichtsähnlichen Kontrollrats wäre es besser, wenn dieser mit (Bundes-)Richter:innen zu besetzen wäre.<sup>13</sup> Dann würden sich auch die etwas umständlichen Verfahrensregelungen erübrigen, nach denen die Richter:innen im Spruchkörper mehrheitlich vertreten sein müssen (§ 49 Abs. 3 BND-GE) und die richterlichen Mitglieder bei Stimmgleichheit entscheiden (§ 49 Abs. 4 Satz 5 BND-GE).

Vorschlag: Als Neuerung sollte im UKR als "gerichtsähnlichem Spruchkörper" ein kontradiktorisches Verfahren eingeführt werden, wie es beispielsweise auch in den USA und in Schweden praktiziert wird.

---

<sup>12</sup> Siehe:

<https://www.lto.de/recht/justiz/j/eugh-unabhaengigkeit-staatsanwaltschaft-europaeischer-haftbefehl-reform-weisungsrechts/>.

<sup>13</sup> Um eine enge Rückbindung an die richterliche Praxis zu gewährleisten, kämen dafür auch Richter von (Ober-)Landgerichten in Frage. Vgl. Sensburg, "Is SIGINT coming to an end?", 30.11.2020, About: Intel, <https://aboutintel.eu/high-hurdles-for-bnd/>

Begründung: Wenn bei der Prüfung einer Anordnung nur eine Sichtweise auf die jeweiligen Rechtsfragen vertreten ist, besteht die Gefahr strukturell einseitiger Entscheidungen. Daher kann der US-amerikanische Foreign Intelligence Surveillance Court (FISC) eine Person ernennen, die als Amicus Curiae ("Freund des Gerichts") die Prüfung von Anordnungen unterstützt, die nach Ansicht des Gerichts eine neuartige oder bedeutsame Rechtsauslegung darstellen. Das US-Gesetz fordert ausdrücklich, dass die ernannte Gutachter:in "rechtliche Argumente vorbringt, die den Schutz der persönlichen Privatsphäre und der bürgerlichen Freiheiten fördern." (50 U.S. Code § 1803(i)(4)(A), eigene Übersetzung). Ähnlich verfährt man in Schweden: Bei allen Verfahren vor dem schwedischen Gericht für Auslandsaufklärung (UNDOM) muss eine unabhängige Datenschutzbeauftragte anwesend sein, es sei denn die Operation würde dadurch verzögert oder gefährdet.<sup>14</sup>

Dem gerichtsähnlichen Kontrollorgan sollten auch regelmäßig zwei weitere Personen angehören. Dies könnte einerseits eine in Grund- und Menschenrechtsfragen umfassend geschulte Person sein, und andererseits eine Person, die das Vertrauen der Vertreter:innen von besonders schützenswerter Kommunikation (z.B. Anwält:innen, Journalist:innen, Gläubige) genießt. Zur Wahrung ihres besonderen Rechts auf Vertraulichkeit zur Erfüllung ihrer demokratischen Funktionen hat Karlsruhe die Bundesregierung mit dem Urteil erstmals ausdrücklich verpflichtet (BVerfG 1 BvR 2835/17, Rn. 193). Ziel ist es, dass diese beiden Personen gegenüber den Vertreter:innen der Ministerien, die die neuen Überwachungsmaßnahmen beantragen, eine unabhängige, kontradiktorische Position einnehmen und verteidigen können, damit das Verfahren nicht zu einseitig auf die Interessen der Sicherheitsbehörden ausgerichtet ist. Warum das so wichtig ist, hat unlängst ein Bundesrichter am FISA-Gericht wie folgt beschrieben: "Um zu vermeiden, dass der Prozess zu einem Schau- und Stempelgericht wird, brauchte es einen Gegner, der bei allem, was dem FISA-Gericht vorgelegt wird, die Position der anderen Seite einnimmt. Richterinnen und Richter sind im Recht geschult, aber jeder, der einmal Richter:in oder Richter war, wird Ihnen sagen, dass man beide Seiten eines Falles hören muss, ehe man entscheidet."<sup>15</sup>

## VI. Gemeinsame Kontrolltätigkeiten der Aufsichtsgremien präzisieren

Die wichtige Möglichkeit sich unter Aufsichtsgremien auszutauschen ist zwar in § 58 BND-GE berücksichtigt worden, leider dort aber viel zu unspezifisch gefasst. Das mag daran liegen, dass das Bundeskanzleramt als federführender Akteur der Ressortabstimmung den

---

<sup>14</sup> Lubin, "Legitimizing Foreign Mass Surveillance in the European Court of Human Rights",

<https://www.iustsecurity.org/59923/legitimizing-foreign-mass-surveillance-european-court-human-rights/>

<sup>15</sup> Eigene Übersetzung. Im Original heißt es: "to avoid being a rubber stamp, the process needed an adversary ... to challenge and take the other side of anything that is presented to the FISA Court. Judges are learned in the law and all that, but anybody who has been a judge will tell you that a judge needs to hear both sides of a case before deciding.". Quelle: Bradford Franklin, Sharon. 2020. "A Key Part of Surveillance Reform Is now in Jeopardy". 29. Mai 2020, abrufbar unter:

<https://slate.com/technology/2020/05/usa-freedom-reauthorization-act-fisa-reform-surveillance-amicus-curiae.html>

Kontrollgremien den Umfang der Kontroll-Kooperation nicht vorschreiben wollte. Jetzt ist aber der Gesetzgeber gefragt und der sollte angesichts der vielen, sich mitunter überschneidenden Kontrollzuständigkeiten des Unabhängigem Kontrollrats, des Parlamentarischem Kontrollgremiums, der G10-Kommission und dem oder der Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit konkretere Vorgaben für die Kontroll-Kooperation der Gremien zu machen. Mit dem einfachen Passus, wonach die sehr unterschiedlich aufgestellten Gremien sich "im Rahmen ihrer jeweiligen Kontrollzuständigkeit über allgemeine Angelegenheiten ihrer Kontrolltätigkeit austauschen" (§ 58 Abs. 1 BND-GE) können, ist es dabei nicht getan. Worüber genau sollen sich die Aufsichtsgremien wie häufig und in welcher Form austauschen? Was genau sind die Ziele und Aufgaben bei der Zusammenarbeit beispielsweise mit Blick auf die sich überschneidenden Zuständigkeiten von

- BfDI und administrativer Rechtskontrolle des UKR,
- administrativer Rechtskontrolle des UKR und der G10-Kommission
- gerichtsähnlichem Kontrollorgan und der G10-Kommission?

In der Praxis haben sich schon konkrete Maßnahmen bewährt, wie zum Beispiel die gemeinsamen Kontrollbesuche beim BND durch die G10-Kommission und BfDI. Dies sollte der Gesetzgeber aufgreifen. In Frage kommen zudem

- gemeinsame Schulungen,
- gemeinsam abgestimmte Prüfaufträge,
- gemeinsam genutzte Ressourcen (Expertenbeiräte) und der Austausch von Personal zur Weitergabe von Prüferfahrungen und Fachwissen
- abgestimmte Prioritätensetzung bei der Jahresplanung der Kontrolltätigkeiten
- gemeinsame Evaluationen und Berichterstattungen

Sollte Deutschland die Konvention 108+ ratifizieren, wäre zudem an Art. 17 dieser Konvention zu denken. Dort heißt es:

*"oversight bodies must cooperate with one another 'to the extent necessary for the performance of their duties and exercise of their powers'. ... The Article refers in particular to forms of cooperation: mutual assistance [sub a], coordinating investigations and interventions, and conducting joint actions [sub b] and providing information and documentation on their law and administrative practice relating to data protection [sub c]. ... Finally, paragraph 3 of the Article provides for the setting up of a network of oversight bodies. This obligation mainly falls on the oversight bodies. The State parties will in this case - as applies in principle to all other aspects of the*

Convention - *have to create the conditions which enable this so that this obligation can be implemented.*<sup>16</sup>

## VII. Weitere Anmerkungen

Nach Ansicht der Bundesregierung ist mit der vorgesehenen Struktur des Unabhängigen Kontrollrates und der Arbeitsteilung zwischen dem gerichtsähnlichen und dem administrativen Kontrollorgan eine umfassende Kontrolle der Technischen Aufklärung des BND gewährleistet (siehe Antwort auf Frage 21 in Drs. 19/26120). Mit Blick auf die notwendige Weiterentwicklung des Nachrichtendienstrechts über die Novellierung des BNDG hinaus erscheint die Beschränkung des Kontrollmandats des UKR auf die technische Aufklärung nicht wegweisend. Sowohl in Kanada (NSIRA) als auch Großbritannien (IPCO) haben Reformen dazu geführt, dass die Kontrollbehörden ganzheitliche und behördenübergreifende Mandate bekommen haben. Mit Blick auf dessen *“holistic approach to oversight”* verweist NSIRA im Jahresbericht auf folgenden Vorteil, der bei der Nachrichtendienst-Kontrolle auch in Deutschland zunehmend an Bedeutung gewinnen könnte:

*“(NSIRA has) an additional and novel mandate to review any activity in the federal government that relates to national security or intelligence. ... This allows NSIRA to break down the previously compartmentalized approach to review and accountability, and replace it with horizontal, in-depth interagency review.” (NSIRA Jahresbericht 2019, S. 16)*

In die gleiche Kerbe schlägt eine gemeinsame Notiz der niederländischen Kontrollgremien TIB und CTIVD, die sich mit Konsequenzen beschäftigt, die für die Nachrichtendienst-Kontrolle aus der Ratifizierung der Konvention 108+ erwachsen:

*“..when appointing the oversight body/supervisory authority (i.e. Article 11.3, 15, and 16(2) of the Convention), it must be clear that the entire national security domain falls under the responsibility of the oversight body or bodies to be appointed” (TIB/CTIVD Notiz vom 17.02.2021)*

Mit Blick auf den Rechtsschutz und die Kontrolldichte bei der Kooperation zwischen BND und dem militärischen Nachrichtendienstwesen der Bundeswehr geben diese Verweise zu denken auf.<sup>17</sup>(siehe dazu die Stellungnahme der SNV vom 03 Dezember, aber auch die Drucksachen 19/26120 und 19/26114). Die Kombination aus automatisierter, kennzeichnungsfreier Weiterleitung von Daten aus der Eignungsprüfung (§24 Abs. 7 Nr. 2

<sup>16</sup> Quelle: Eine Notiz vom 17.02.2021 der niederländischen Kontrollgremien CTIVD und TIB, siehe: <https://english.ctivd.nl/documents/publications/2021/02/17/index>

<sup>17</sup> Siehe dazu u.a. die ausführlichere Stellungnahme der SNV vom 03 Dezember und die BT-Drucksachen 19/26120 und 19/26114.



BND-GE), der weit gefassten Erlaubnis des Führens gemeinsamer Dateien, sowie dem fehlenden Ausschluss von Kettenverlängerungen dieser Dateien und der deutlich geringeren Kontrolldichte der Datenverarbeitung beim MilNW, bieten Möglichkeiten, die eigenen Beschränkungen zu umgehen bzw. von unterschiedlichen Kontrolldichten zu profitieren. Dies sollte zukünftig verhindert werden, geht aber über die Novellierung des BND-GE hinaus.

## **Fazit**

Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum BND-Gesetz macht deutlich, dass die Reichweite und Intensität von Überwachung im Zuge der Digitalisierung eine völlig neue Dimension angenommen hat. Die demokratische Kontrolle der Überwachung konnte mit dieser Entwicklung bislang nicht Schritt halten.

Die jetzt eingeleitete Reform bietet nun die Gelegenheit, den Bundesnachrichtendienst endlich verfassungskonformen Regelungen zu unterwerfen, die unserer vernetzten Welt gerecht werden. Der Umfang, die Kontrollziele und die Technologie, die im Rahmen der administrativen Rechtskontrolle zum Einsatz kommen soll, bleiben dabei vielerorts zu unbestimmt. Zudem nimmt der Entwurf Doppelkontrollen der Datenverarbeitung durch den Bundesdatenschutzbeauftragten und den Unabhängigen Kontrollrat in Kauf. Dies ist nicht nur für den BND ineffizient sondern auch aus Kostengründen zu kritisieren. Unnötige Parallelstrukturen (auch mit Blick auf die G10-Kommission und dem UKR) sollten vermieden werden und die Erfahrung des oder der BfDI noch stärker eingebunden werden. Langfristig sollte der Gesetzgeber einen einheitlichen Rechtsrahmen für alle nachrichtendienstlichen Tätigkeiten des Bundes schaffen und überlegen, ob der Flickenteppich deutscher Kontrollgremien in eine ganzheitliche und überschaubare Struktur überführt werden könnte.

--

*gez. Dr. Thorsten Wetzling*



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

<b>Zusammenfassung</b>	3
<b>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)</b>	5
<b>1. Vorbemerkung</b>	5
<b>2. Verfassungsrechtliche Gesamtwürdigung</b>	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
<b>3. Unmittelbarer Änderungsbedarf im Einzelnen</b>	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

<b>4. Zukünftiger Reformbedarf</b>	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
<b>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)</b>	26
<b>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)</b>	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 unververtretbar, 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 Verkehrsdatenanalyse-System (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, Urt. 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, Urt. 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).

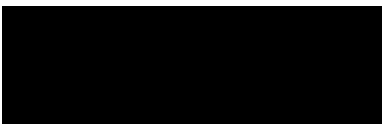
Besondere Beachtung verdient die Überlegung, das Genehmigungs- und Überprüfungsverfahren als kontradiktorisches Verfahren auszugestalten, in welchem eine

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.

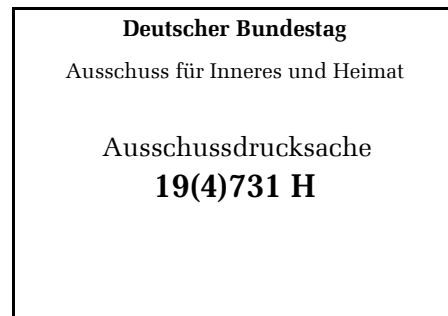
Dabei stehe die Verfassung einer Ausgestaltung als Verfahren unter zumindest partiellem Ausschluss des Betroffenen und der Öffentlichkeit nicht entgegen.

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)

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, hinzu deuten. 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 verfassungsunmittelbar** 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 Hinnahe 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



# Stellungnahme

## des Deutschen Anwaltvereins durch den Ausschuss Gefahrenabwehrrecht

**zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur  
Änderung des BND-Gesetzes zur Umsetzung der  
Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts sowie  
des Bundesverwaltungsgerichts vom 25.01.2021  
(BT-Drs. 19/26103)**

Stellungnahme Nr.: 23/2021

Berlin, im März 2021

### Mitglieder des Ausschusses

- Rechtsanwältin Lea Voigt, Bremen (Vorsitzende)
- Rechtsanwalt Wilhelm Achelpöhler, Münster
- Rechtsanwalt Dr. David Albrecht, Berlin
- Rechtsanwalt Dr. Eren Basar, Düsseldorf
- Rechtsanwalt Dr. Nikolas Gazeas, LL.M., Köln  
(Berichterstatter)
- Rechtsanwalt Dr. Andreas Grözinger, Köln (Berichterstatter)
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Stefan König, Berlin
- Rechtsanwältin Dr. Regina Michalke, Frankfurt / Main
- Prof. Dr. Mark A. Zöllner, München (ständiges Gastmitglied im  
Ausschuss, Berichterstatter)
- Prof. Dr. Annika Dießner, Berlin (ständiges Gastmitglied im  
Ausschuss)

### Zuständig in der DAV-Geschäftsstelle

- Rechtsanwältin Uta Katharina Schmidt
- Rechtsanwalt Max Gröning

**Deutscher Anwaltverein**  
Littenstraße 11, 10179 Berlin  
Tel.: +49 30 726152-0  
Fax: +49 30 726152-190  
E-Mail: [dav@anwaltverein.de](mailto:dav@anwaltverein.de)

**Büro Brüssel**  
Rue Joseph II 40, Boîte 7B  
1000 Brüssel, Belgien  
Tel.: +32 2 28028-12  
Fax: +32 2 28028-13  
E-Mail: [bruessel@eu.anwaltverein.de](mailto:bruessel@eu.anwaltverein.de)  
EU-Transparenz-Registernummer:  
87980341522-66

[www.anwaltverein.de](http://www.anwaltverein.de)

## **Verteiler**

---

Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat  
Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz

Deutscher Bundestag – Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz  
Deutscher Bundestag – Ausschuss für Inneres und Heimat

Arbeitsgruppe Recht und Verbraucherschutz der im Deutschen Bundestag vertretenen Parteien  
Arbeitsgruppe Inneres der im Deutschen Bundestag vertretenen Parteien

Justizministerien und -senatsverwaltungen der Länder  
Landesministerien und Senatsverwaltungen des Innern  
Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit  
Landesdatenschutzbeauftragte  
Innenausschüsse der Landtage  
Rechtsausschüsse der Landtage

Europäische Kommission - Vertretung in Deutschland  
Bundesrechtsanwaltskammer  
Deutscher Richterbund  
Bundesverband der Freien Berufe  
Gewerkschaft der Polizei (Bundesvorstand)  
Deutsche Polizeigewerkschaft im DBB  
Ver.di, Recht und Politik  
stiftung neue verantwortung e.V.  
Institut für Deutsches und Europäisches Strafprozessrecht und Polizeirecht (ISP)  
der Universität Trier  
Deutsches Institut für Menschenrechte  
Gesellschaft für Freiheitsrechte

Vorstand und Landesverbände des DAV  
Vorsitzende der Gesetzgebungs- und Geschäftsführenden Ausschüsse des DAV  
Vorsitzende des FORUM Junge Anwaltschaft des DAV

Frankfurter Allgemeine Zeitung  
Süddeutsche Zeitung  
Berliner Verlag GmbH  
Hamburger Abendblatt  
Der Tagesspiegel  
Der Spiegel  
Juris Newsletter  
JurPC  
Netzpolitik.org  
Heise  
LTO

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV versammelt mehr als 62.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte sowie Anwaltsnotarinnen und Anwaltsnotare, die in 252 lokalen Anwaltvereinen im In- und Ausland organisiert sind. Er vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

---

## A. Übersicht

A. Übersicht.....	3
B. Einleitung .....	5
C. Die Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung in der bisherigen Praxis .....	6
I. Datenerhebung.....	7
II. Datenübermittlung und Kooperation mit ausländischen Nachrichtendiensten	9
III. Kontrolle .....	9
D. Zentrale Feststellungen des BVerfG .....	11
I. Allgemeine Feststellungen.....	11
1. Weltweite Grundrechtsbindung.....	11
2. Vereinbarkeit der anlasslosen Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung mit der Verfassung .....	13
II. Datenerhebung .....	13
III. Übermittlung von Daten aus der strategischen Telekommunikationsüberwachung.....	16
IV. Kooperation mit ausländischen Nachrichtendiensten .....	17
V. Kontrolle .....	18
E. Zum Regierungsentwurf.....	21
I. Datenerhebung.....	21
1. Strategische Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung (§ 19 BNDG-E).....	21
2. Besondere Formen der strategischen Ausland-Fernmeldeaufklärung (§ 20 BNDG-E).....	24
3. Online-Durchsuchung (§ 34 BNDG-E).....	24
4. Unzureichender Schutz von Vertraulichkeitsbeziehungen (§§ 21, 35 BNDG-E).....	26
5. Ausufernde Überwachungskapazität (§§ 19 Abs. 8, BNDG-E).....	30
6. Unzulässige Überschreitung der zulässigen Höchstspeicherdauer von Verkehrsdaten (§ 26 Abs. 5 S. 2 BNDG-E).....	31

7.	Unzureichende Dokumentationspflichten .....	32
II.	Übermittlung und Kooperation .....	33
1.	Verfassungswidrigkeit der Übermittlungsvorschriften und Reformbedarf ..	33
2.	Übermittlung personenbezogener Daten an inländische Stellen .....	35
3.	Insbesondere: Übermittlung personenbezogener Daten an Private .....	36
III.	Kontrolle .....	37
2.	Anordnungs- statt Vollzugsvorbehalt .....	39
3.	Parlamentarische Kontrolle als zentrales Kontrollinstrument .....	39



## B. Einleitung

Mit Urteil vom 19.05.2020<sup>1</sup> erklärte der Erste Senat beim BVerfG die Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung nach dem BND-Gesetz (BNDG) für verfassungswidrig.

Zugleich erteilte das BVerfG der Rechtsauffassung des BND und der Bundesregierung, dass der BND bei der Überwachung der Telekommunikation von Ausländerinnen und Ausländern im Ausland nicht an die Grundrechte des Grundgesetzes gebunden sei, eine klare Absage. Bereits im ersten Leitsatz der Entscheidung heißt es: „*Die Bindung der deutschen Staatsgewalt an die Grundrechte nach Art. 1 Abs. 3 GG ist nicht auf das deutsche Staatsgebiet begrenzt*“.<sup>2</sup> Jedenfalls der Schutz des Art. 10 Abs. 1 und des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG als Abwehrrechte gegenüber einer Telekommunikationsüberwachung erstreckte sich auch auf Ausländer im Ausland. Das gelte unabhängig davon, ob die Überwachung vom Inland oder vom Ausland aus erfolge.

Da der Gesetzgeber dagegen von der Unanwendbarkeit der Grundrechte ausgegangen war, folgte die Verfassungswidrigkeit bereits aus der notorischen Verletzung des Zitiergebots aus Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG. Dennoch nahm das BVerfG auch ausführlich zu den „zentralen“ materiell-rechtlichen Defiziten der Vorschriften des BNDG Stellung und erklärte neben den Vorschriften zur strategischen Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung (§§ 6, 7, 19 Abs. 1 BNDG) auch die Vorschriften zur Übermittlung an andere Behörden (§ 24 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 S. 1, Abs. 3 BNDG), die Vorschriften zur Kooperation mit ausländischen Diensten (§§ 13 bis 15 BNDG) und die Vorschriften zur Kontrolle der Aufklärungstätigkeit des BND für verfassungswidrig. Zugleich gab das BVerfG dem Gesetzgeber detaillierte Maßstäbe für die Schaffung verfassungskonformer Normen an die Hand.

Schließlich hat das BVerfG dem Gesetzgeber aufgegeben, seine Vorgaben bis spätestens zum 31.12.2021 umzusetzen.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> BVerfGE 154, 152 = NJW 2020, 2235.

<sup>2</sup> BVerfG NJW 2020, 2235.

<sup>3</sup> BVerfG NJW 2020, 2235 (2269).

Das Bundeskanzleramt hat nunmehr einen Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes über den Bundesnachrichtendienst und zur Umsetzung der Vorgaben aus dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 19.05.2020 ausgearbeitet. Der Gesetzesentwurf bleibt indes weit hinter den Anforderungen, die das BVerfG an die Ausgestaltung eines verfassungsgemäßen BNDG stellt, zurück.

In dieser Stellungnahme werden die Kritikpunkte nicht abschließend angeführt. Es kann nur auf die aus Sicht des Deutschen Anwaltverein (DAV) besonders gravierenden Punkte hingewiesen werden, die einer Korrektur bedürfen.

### **C. Die Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung in der bisherigen Praxis**

Die Verfassungsbeschwerden richteten sich in erster Linie gegen die strategische Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung, die allein auf die Überwachung des Telekommunikationsverkehrs von im Ausland befindlichen Ausländerinnen und Ausländern abzielt.

Mit der strategischen Telekommunikationsüberwachung werden Telekommunikationsübertragungswege oder -netze mit dem Ziel überwacht, aus der Gesamtheit der in den Netzen übermittelten Telekommunikationsdaten diejenigen herauszufiltern, die eine nachrichtendienstliche Relevanz besitzen.

Sie ist typischerweise nicht an bestimmte Eingriffsschwellen, etwa einen Tatverdacht oder eine (konkrete) Gefahr gebunden, sondern soll es als Vorfeldmaßnahme in der Regel erst ermöglichen, Anhaltspunkte, Verdachtsmomente, allgemeine Erkenntnisse und Lagebilder zu Themen zu gewinnen, die durch das Auftragsprofil der Bundesregierung (§ 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BNDG) als für das außen- und sicherheitspolitische Handeln der Bundesrepublik bedeutsam ausgewiesen sind. Allerdings wird die strategische Telekommunikationsüberwachung auch zur gezielten Überwachung konkreter Einzelpersonen angewendet.

## I. Datenerhebung

Die einzelnen Schritte der Datenerhebung werden durch das BNDG umfassend geregelt:

Zunächst müssen die Telekommunikationsnetze, aus denen Daten erhoben werden sollen, vom Bundeskanzleramt im Wege einer sog. Netzanordnung gemäß § 6 Abs. 1 S. 2 BNDG bestimmt werden. Unzulässig war dagegen auch bisher die Erhebung von Daten deutscher Staatsbürger oder Inländer, § 6 Abs. 4 BNDG. In der Praxis werde die Vorschrift ausweislich der Feststellungen des BVerfG jedoch – entgegen dem Gesetzeswortlaut – so verstanden, dass auch Daten von Deutschen und Inländern zunächst erhoben, aber in der Folge „nach Möglichkeit“ ausgefiltert werden.<sup>4</sup>

Der eigentliche Zugriff auf Telekommunikationsdatenströme erfolgt, indem der BND mittels eigener Vorrichtungen Signale aus Telekommunikationsnetzen abfängt oder sich gemäß § 8 BNDG von Telekommunikationsdiensteanbietern Datenströme mittels einer Ausleitungsanordnung ausleiten lässt. Die vom BND am weltweit größten Internetknotenpunkt DE-CIX in Frankfurt am Main installierten technischen Systeme können gegenwärtig etwa fünf Prozent des dort durchgeleiteten Telekommunikationsverkehrs erfassen und verarbeiten.<sup>5</sup>

Die einmal erfassten Daten werden sodann an den BND übertragen, was einen mehrstufigen und vollautomatisierten Filterungs- und Auswertungsprozess in Gang setzt. Diese sog. DAFIS-Filterung des Datenstroms erfolgt anhand von Suchbegriffen (sog. Selektoren), § 6 Abs. 2 BNDG. Dadurch sollen etwa deutsche E-Mail-Adressen oder Verbindungen mit der Deutschlandvorwahl „0049“ von vornherein aussortiert werden. Bereits hier zeigen sich die erheblichen praktischen Schwierigkeiten einer automatisierten Datenfilterung. Denn nutzt ein Deutscher etwa ein E-Mail-Konto eines internationalen Anbieters wie „gmail.com“ oder „hotmail.com“, stehen die Chancen schlecht, dass die E-Mail am Ende der DAFIS-Filterung herausgefiltert wurde.

Umgekehrt bedeutet eine automatisierte Ausfilterung von deutschen E-Mail-Adressen, dass sich jeder Anhänger einer ausländischen terroristischen Gruppierung lediglich eine

---

<sup>4</sup> BVerfG – 1 BvR 2835/17, Rn. 10.

<sup>5</sup> BVerfG – 1 BvR 2835/17, Rn. 18.

deutsche E-Mail-Adresse anlegen müsste, um Datenerhebungen durch den BND zu umgehen.

Nach Angaben der Bundesregierung zielen fünf Prozent der Suchbegriffe konkret darauf ab, Erkenntnisse zu einzelnen Personen im Hinblick auf gegenüber ihnen zu ergreifende Maßnahmen zu erlangen.<sup>6</sup> Eine gezielte Datenerhebung in diesem Sinne kann etwa dadurch erfolgen, dass eine bekannt gewordene E-Mail-Adresse als Selektor verwendet wird, die der Zielperson in der Vergangenheit zugeordnet werden konnte. Auf diesem Weg erhält der BND sämtliche unter dieser E-Mail-Adresse gesendeten Nachrichten, die über einen der von ihm überwachten Knotenpunkte versandt worden sind.

In den übrigen Fällen sind die hinter den gesteuerten Suchbegriffen stehenden Personen nur zum Teil bekannt, ohne dass sie selbst und ihr Verhalten im Fokus des Aufklärungsinteresses stehen.

Im Wege der DAFIS-Filterung selektiert der Bundesnachrichtendienst aus dem erfassten Datenvolumen mittels einer sechsstelligen Zahl von Suchbegriffen die Inhaltsdaten von täglich circa 270.000 Telekommunikationsvorgängen zwischen Menschen (E-Mail, Telefonat, Chat-Nachrichten) und speichert sie zur weiteren händischen Auswertung durch die Mitarbeiter des BND.<sup>7</sup>

Erst auf der Ebene der händischen Auswertung wird die nachrichtendienstliche Relevanz durch die Mitarbeiter des BND überprüft. Außerdem sollen kernbereichsrelevante Daten gemäß § 11 BNDG gemäß der internen Dienstvorschrift SIGINT ebenso aussortiert werden wie besonders geschützte Kommunikation i.S. des § 53 StPO.

Von den 270.000 zunächst erhobenen Telekommunikationsvorgängen verbleiben nach Abschluss des Filtervorgangs täglich etwa 260 Datenverkehre, die an die „abnehmenden Bereiche“ weitergeleitet werden.<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> BVerfG – 1 BvR 2835/17, Rn. 23.

<sup>7</sup> BVerfG – 1 BvR 2835/17, Rn. 24.

<sup>8</sup> BVerfG – 1 BvR 2835/17, Rn. 25.

## **II. Datenübermittlung und Kooperation mit ausländischen Nachrichtendiensten**

Die Zusammenarbeit mit ausländischen Partnerdiensten macht einen großen Teil der Fernmeldeaufklärung durch den BND aus. Zwischen 50 und 60 Prozent der im Zuge der Datenerhebung verwendeten Selektoren kommen von sog. Partnerdiensten des BND.<sup>9</sup> Entsprechend groß ist die Bedeutung der in den §§ 13 – 15 BNDG geregelten Praxis der nachrichtendienstlichen Kooperation. Die Datenerhebung mit Suchbegriffen des Partnerdienstes läuft dabei im Wesentlichen in gleicher Weise ab, wie eine Datenerhebung mit eigenen Suchbegriffen. Zusätzlich werden die von ausländischen Diensten genannten Suchbegriffe vor ihrer Verwendung elektronisch auf einen Deutschen- oder Inländerbezug, auf einen Verstoß gegen die Grenzen gezielter Erfassungen nach § 6 Abs. 3 BNDG, auf einen Verstoß gegen Interessen der Bundesrepublik Deutschland sowie auf bestimmte, im Hinblick auf die jeweilige Kooperation und ihre Ziele definierte Formalkriterien geprüft.<sup>10</sup> Zusätzlich überprüft der Bundesnachrichtendienst für jede Kooperation monatlich etwa 300 Suchbegriffe stichprobenartig.<sup>11</sup>

Eine Übermittlung der danach erhobenen Daten erfolgt auf Grundlage und im Rahmen einer Kooperationsvereinbarung, § 13 Abs. 3 Nr. 4 – 6 BNDG, in der neben Verwendungsbeschränkungen auch Zusicherungen zur Gewährleistung eines rechtsstaatlichen Datenumgangs und Grundsätze zur Datenlöschung geregelt sind.<sup>12</sup> Im Falle einer automatisierten Datenübermittlung ist inländische und internationale Telekommunikation auszufiltern, § 15 Abs. 1 Nr. 1a BNDG. Die Filterung der Telekommunikation erfolgt ebenfalls automatisiert, wird jedoch anhand von Stichproben auf ihre Funktionstüchtigkeit kontrolliert.

## **III. Kontrolle**

Für die Kontrolle der Aktivitäten des BND war bisher kein einheitliches Aufsichtsgremium zuständig. Vielmehr waren die Kontrollaufgaben zwischen dem sog.

---

<sup>9</sup> BVerfG – 1 BvR 2835/17, Rn. 27.

<sup>10</sup> BVerfG – 1 BvR 2835/17, Rn. 27.

<sup>11</sup> BVerfG – 1 BvR 2835/17, Rn. 27.

<sup>12</sup> BVerfG – 1 BvR 2835/17, Rn. 28.

Unabhängigen Gremium, der G-10-Kommission und dem Bundesbeauftragten für Datenschutz aufgeteilt.

Die weitreichendsten Befugnisse hat hierbei das aus zwei Richterinnen und Richtern beim BGH und einem Bundesanwalt bzw. einer Bundesanwältin sowie drei Stellvertreterinnen bzw. Stellvertretern bestehende Unabhängige Gremium, das die nach § 6 Abs. 1 BNDG vom Bundeskanzleramt getroffenen Anordnungen sowie die Bestimmung der Suchbegriffe durch den BND auf Zulässigkeit und Notwendigkeit überprüfen kann, § 9 Abs. 4 und 5 BNDG.

In der Vergangenheit wurde sowohl vom Unabhängigen Gremium als auch vom Bundesdatenschutzbeauftragten gerügt, dass ihre Kontrolltätigkeit unter Berufung auf die mit den Partnerdiensten geschlossenen Vertraulichkeitsvereinbarungen („Third Party Rule“) praktisch eingeschränkt war.<sup>13</sup>

So bemängelte der Bundesdatenschutzbeauftragte in seiner offiziellen Stellungnahme an das BVerfG ausdrücklich, dass die verfassungsrechtlichen Kontrollvorgaben in der Praxis unzureichend umgesetzt werden. Es gebe teilweise ungeklärte und gespaltene Zuständigkeiten, es fehlten Sanktionsmöglichkeiten und es mangle an Austauschmöglichkeiten mit anderen Kontrollorganen. Auch bestünden unzureichende proaktive Informationspflichten und große Wissensasymmetrien gegenüber dem Bundesnachrichtendienst. In Bezug auf im Ausland von anderen Diensten erlangte Daten sei eine Datenschutzkontrolle oftmals unmöglich, da der Bundesnachrichtendienst den Zugriff auf diese Daten unter Berufung auf die „Third Party Rule“ verwehre. Auch sei es in der Praxis dazu gekommen, dass Beanstandungen des Bundesdatenschutzbeauftragten übergangen worden seien, ohne dass Möglichkeiten bestanden hätten, sie zumindest an die Öffentlichkeit zu bringen.<sup>14</sup> Das Regime objektiver und unabhängiger Kontrolle sei insgesamt unzureichend und insbesondere nicht dazu geeignet, den aufgrund der Geheimheit der Maßnahmen und in Ermangelung von Benachrichtigungspflichten faktisch fehlenden gerichtlichen Rechtsschutz zu ersetzen.<sup>15</sup>

---

<sup>13</sup> BVerfG – 1 BvR 2835/17, Rn. 32.

<sup>14</sup> BVerfG – 1 BvR 2835/17, Rn. 51.

<sup>15</sup> BVerfG – 1 BvR 2835/17, Rn. 52.

## D. Zentrale Feststellungen des BVerfG

### I. Allgemeine Feststellungen

#### 1. Weltweite Grundrechtsbindung

Das BVerfG hat klargestellt, dass den Grundrechten des Grundgesetzes extraterritoriale Geltung zukommt. Die Grundrechte entfalten ihren Schutzgehalt somit immer dann, wenn der deutsche Staat Hoheitsgewalt ausübt, unabhängig davon, wo oder gegenüber wem dies geschieht. Danach können sich also auch Ausländerinnen und Ausländer im Ausland auf den Schutz der Grundrechte berufen.

Der DAV begrüßt die Entscheidung des BVerfG. Bereits in seiner Stellungnahme vom Oktober 2016 (Stellungnahme Nr. 65/2016) hatte der DAV darauf hingewiesen, dass Art. 10 GG uneingeschränkt auch auf die Ausland-Auslands-Fernmeldeaufklärung anwendbar ist und die Konsequenzen dieses „Geburtsfehlers“ aufgezeigt.<sup>16</sup>

Diese Auslegung entspricht dem Anspruch eines umfassenden, den Menschen in den Mittelpunkt stellenden Grundrechtsschutzes.

Der BND und mit ihm die Bundesregierung hatten sich zuvor auf den Standpunkt gestellt, dass die gerügten Grundrechte für Ausländerinnen und Ausländer im Ausland und Deutsche, die lediglich in ihrer „Stellung als Funktionsträger ausländischer juristischer Personen“ betroffen seien, bereits keinen Schutz gewährten, weil die Grundrechte nach der Präambel des Grundgesetzes auf das deutsche Staatsgebiet und Staatsvolk beschränkt seien<sup>17</sup> – eine Rechtsauffassung wohlgermerkt, nach der die Verfassung deutschen Hoheitsträgern auch das Foltern von Terrorverdächtigen in sog. Terrorcamps nicht verböte, solange dies nur im Ausland geschähe.

Entsprechend deutlich fiel die Antwort des BVerfG aus. Bereits der erste Leitsatz der Entscheidung enthält eine fundamentale Klarstellung: „*Die Bindung der deutschen Staatsgewalt an die Grundrechte nach Art. 1 Abs. 3 GG ist nicht auf das deutsche Staatsgebiet begrenzt.*“<sup>18</sup> Auch im Ausland und gegenüber Ausländerinnen und Ausländern bewegen sich deutsche Hoheitsträger somit nicht im (grund-)rechtsfreien

---

<sup>16</sup> DAV Stellungnahme Nr. 65/2016, S. 4 f..

<sup>17</sup> BVerfG – 1 BvR 2835/17, Rn. 47 f.

<sup>18</sup> BVerfG NJW 2020, 2235.

Raum. Dieser Satz hat nicht nur unmittelbare Auswirkungen auf die Arbeit des BND, sondern auf sämtliche hoheitliche Aktivitäten im Ausland einschließlich aktueller Bundeswehreinsetze. Daran ändern auch die darauffolgenden Feststellungen des BVerfG nichts, in denen das BVerfG festhält: *„Der Schutz der einzelnen Grundrechte kann sich im Inland und Ausland unterscheiden. Jedenfalls der Schutz des Art. 10 Abs. 1 und des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG als Abwehrrechte gegenüber einer Telekommunikationsüberwachung erstreckt sich auch auf Ausländer im Ausland.“*

Zwar könnte aus der Formulierung, dass sich *„jedenfalls“* der Schutz des Art. 10 Abs. 1 und des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG auch auf Ausländer im Ausland erstrecke, der Schluss gezogen werden, dass das BVerfG dies für andere Grundrechte gerade nicht feststellen wollte. Hierbei handelt es sich allerdings lediglich um eine scheinbare Einschränkung, die deshalb erfolgte, weil andere Grundrechte schlicht nicht Gegenstand der vorliegenden Entscheidung waren. Vor dem Hintergrund der Bezugnahme auf Art. 1 Abs. 3 GG, der sich gerade auf sämtliche Grundrechte bezieht, lässt sich der Entscheidung somit ohne Weiteres die Aussage einer weltweiten Grundrechtsbindung deutscher Hoheitsträger entnehmen. Dies entspricht nicht zuletzt dem der Entscheidung zugrunde liegendem Grundrechtsverständnis, das die Menschen in den Mittelpunkt grundrechtlicher Schutzgarantien stellt.<sup>19</sup>

Die Konsequenz der Feststellung der extraterritorialen Grundrechtsbindung, nämlich dass die derzeitigen Regelungen zur Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung verfassungswidrig sind, folgte damit bereits aus der Verletzung des Zitiergebots aus Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG.

Dennoch hält das BVerfG die verfassungsgemäße Ausgestaltung einer anlasslosen Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung für möglich<sup>20</sup> und betont die hohe Bedeutung nachrichtendienstlicher Tätigkeit, die aufgrund wachsender Gefahren im Zusammenhang mit der Informationstechnik und der allgemeinen Internationalisierung noch zunehme.<sup>21</sup>

---

<sup>19</sup> BVerfG NJW 2020, 2235 (2241).

<sup>20</sup> BVerfG NJW 2020, 2235 (2248).

<sup>21</sup> BVerfG NJW 2020, 2235 (2243 f.).



## 2. Vereinbarkeit der anlasslosen Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung mit der Verfassung

Der Erste Senat beim BVerfG gab dem Gesetzgeber nicht nur weitreichende Maßstäbe zur Schaffung eines verfassungsgemäßen BNDG an die Hand, sondern signalisierte ihm darüber hinaus, dass die bisherige Überwachungspraxis der anlasslosen Ausland-Ausland Fernmeldeaufklärung „mit Art. 10 Abs. 1 GG nicht grundsätzlich unvereinbar“ sei.<sup>22</sup> Nicht zuletzt diese Feststellung demonstriert die Ausgewogenheit der Entscheidung.

Zugleich unterstrich das BVerfG, dass die Überwachungspraxis in geregelten und kontrollierbaren Bahnen verlaufen müsse. Eine globale und pauschale Überwachung lasse das Grundgesetz auch zu Zwecken der Auslandsaufklärung nicht zu.<sup>23</sup>

### II. Datenerhebung

Obwohl die Verfassungswidrigkeit weiter Teile des BNDG wegen des Verstoßes gegen das Zitiergebot aus Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG bereits feststand,<sup>24</sup> ging das BVerfG in der Folge auch auf die (zentralen) materiellen Verstöße ein und gab dem Gesetzgeber außergewöhnlich detaillierte Maßstäbe zur Schaffung eines verfassungsgemäßen Regelungswerks für die Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung an die Hand.

Zwar sei eine Befugnis zur Datenerhebung und Verarbeitung in Form der strategischen Telekommunikationsüberwachung im Grundsatz mit Art. 10 Abs. 1 GG vereinbar, hierfür bedürfe es aber einer hinreichend begrenzenden Ausgestaltung.<sup>25</sup> Das BVerfG betont, dass die strategische Telekommunikationsüberwachung ein Instrument von besonders schwerem Eingriffsgewicht sei, weil die Maßnahme heimlich durchgeführt werde, oftmals private und höchstvertrauliche Daten erhoben werden, die Maßnahme eine hohe Streubreite aufweist und die Daten an andere Dienste mit operativen Befugnissen weitergegeben werden. Zudem seien die im Zuge der Digitalisierung

---

<sup>22</sup> BVerfG NJW 2020, 2235 – LS 5.

<sup>23</sup> BVerfG NJW 2020, 2235 (2251).

<sup>24</sup> BVerfG NJW 2020, 2235 (2246 f.).

<sup>25</sup> BVerfG NJW 2020, 2235 (2248).

erlangten Analysemöglichkeiten enorm. Die Überwachung erfasse damit tief in den Alltag hineinreichende, auch höchst private und spontane Kommunikationsvorgänge.<sup>26</sup>

Dennoch sei eine anlasslose Überwachung, also eine Überwachung ohne objektivierbare Eingriffsschwelle, grundsätzlich möglich. Dies gelte selbst dann, wenn personenbezogene formale Suchbegriffe eingesetzt werden.<sup>27</sup> Das BVerfG begründet dies zum einen damit, dass dem BND selbst keine operativen Befugnisse zustehen,<sup>28</sup> zum anderen mit dem überragenden öffentlichen Interesse an einer wirksamen Auslandsaufklärung.<sup>29</sup> Das BVerfG bezieht sich insoweit insbesondere auf Aktivitäten, die auf eine Destabilisierung des Gemeinwesens abzielen oder eine Bedrohung der verfassungsmäßigen Ordnung darstellen und demonstriert hierbei seine Fähigkeit, Entscheidungen am Zeitgeist und den aktuellen Herausforderungen auszurichten.<sup>30</sup>

Beispielhaft nennt das BVerfG insoweit die Herausforderungen durch weltweit verflochtene Kreise organisierter Kriminalität und Geldwäsche wie auch Menschenhandel, elektronische Angriffe auf informationstechnische Systeme, den internationalen Terrorismus oder den Handel mit Kriegswaffen.<sup>31</sup>

Allerdings habe der Gesetzgeber die Zwecke für eine anlasslose Überwachung zu präzisieren.<sup>32</sup> Zudem müsse der Gesetzgeber Verfahrensregelungen schaffen, die die Ausrichtung auf die jeweiligen Zwecke rationalisierend strukturieren und damit kontrollierbar machen. Sowohl die Auswahl der Suchbegriffe als auch die Auswahl der Übertragungswege müssen einer unabhängigen Kontrolle zugänglich gemacht werden.<sup>33</sup> Der Gesetzgeber habe weiter dafür Sorge zu tragen, dass die Streubreite der Maßnahme eingeschränkt werde. So habe er dafür Sorge zu tragen, einschränkende Maßgaben zum Volumen der auszuleitenden Daten vorzugeben. Diese Maßgabe entspricht der Forderung des DAV in seiner Stellungnahme vom Oktober 2016 (Nr. 65/2016), in der unter Verweis auf § 10 Abs. 4 S. 4 G-10 dafür plädiert wurde, den

---

<sup>26</sup> BVerfG NJW 2020, 2235 (2248).

<sup>27</sup> BVerfG NJW 2020, 2235 (2250 f., 2253).

<sup>28</sup> BVerfG NJW 2020, 2235 (2251).

<sup>29</sup> BVerfG NJW 2020, 2235 (2250).

<sup>30</sup> BVerfG NJW 2020, 2235 (2250).

<sup>31</sup> BVerfG NJW 2020, 2235 (2250).

<sup>32</sup> BVerfG NJW 2020, 2235 (2251).

<sup>33</sup> BVerfG NJW 2020, 2235 (2252).

Anteil der auf den Übertragungswegen zur Verfügung stehenden Übertragungskapazitäten auf 20 % zu begrenzen.

Der DAV begrüßt ausdrücklich, dass das BVerfG ferner vorgegeben hat, dass besondere Anforderungen an den Schutz von Vertraulichkeitsbeziehungen – wie insbesondere zwischen Journalisten und ihren Informanten oder Rechtsanwälten und ihren Mandanten – zu stellen sind.<sup>34</sup>

Schließlich sei die Höchstspeicherdauer auf sechs Monate zu beschränken.<sup>35</sup>

Von besonderem Eingriffsgewicht sei die strategische Telekommunikationsüberwachung, wenn sie gezielt zur personenbezogenen Überwachung eingesetzt werde.<sup>36</sup> Zwar könne auch in diesen Fällen eine anlasslose Überwachung möglich sein, die Grenze einer möglichen Ermächtigung liege aber dort, wo der Einsatz eines personenbezogenen Suchbegriffs von vornherein mit annähernd vergleichbarer Sicherheit und Wirkung wie eine Einzelanordnung zu einer individualisierenden Überwachung des Telekommunikationsverkehrs führe.<sup>37</sup> Das BVerfG betont, dass der Gesetzgeber sicherstellen müsse, dass dann die diesbezüglichen Anforderungen gewahrt und nicht durch die strategische Überwachung unterlaufen werden.<sup>38</sup> Verwendet der BND somit Suchbegriffe, die auf die Überwachung der Telekommunikation einer bestimmten Person abzielen, hat der BND die entsprechenden Eingriffsschwellen einzuhalten. Das BVerfG verweist insoweit auf seine Entscheidung zur heimlichen Überwachung nach dem BKAG und somit auf die von ihm dort statuierten Eingriffsschwellen.<sup>39</sup> Entsprechend sind Überwachungsmaßnahmen, die sich gezielt gegen bestimmte Personen richten, einer gerichtssähnlichen *ex-ante* Kontrolle zu unterziehen.<sup>40</sup>

---

<sup>34</sup> BVerfG NJW 2020, 2235 (2253).

<sup>35</sup> BVerfG NJW 2020, 2235 (2253).

<sup>36</sup> BVerfG NJW 2020, 2235 (2249).

<sup>37</sup> BVerfG NJW 2020, 2235 (2253).

<sup>38</sup> BVerfG NJW 2020, 2235 (2253).

<sup>39</sup> BVerfGE 141, 220 (268 ff.).

<sup>40</sup> BVerfG NJW 2020, 2235 (2253).

### III. Übermittlung von Daten aus der strategischen Telekommunikation-überwachung

Bedeutsam sind ferner die vom BVerfG aufgestellten Maßstäbe zur Übermittlung von Daten aus der Ausland-Ausland-Fermeldeaufklärung. Das BVerfG stellt dabei erneut klar, dass die Übermittlung von Daten einen im Vergleich zur Erhebung eigenständigen Grundrechtseingriff darstellt. Übermittlungen bedürfen somit einer eigenen normenklaren und hinreichend bestimmten Rechtsgrundlage.<sup>41</sup>

Anders als die noch zu schaffende Rechtsgrundlage für die anlasslose Datenerhebung müsse eine Rechtsgrundlage für die Datenübermittlung jedenfalls dann eine Eingriffsschwelle vorsehen, wenn die Datenübermittlung nicht lediglich der politischen Information der Bundesregierung dient, sondern an operativ tätige Behörden erfolgen würden.<sup>42</sup>

Wörtlich heißt es in der Entscheidung:

*„Wenn schon die Datenerhebung für die Auslandsaufklärung selbst keine nachprüfbaren Eingriffsschwellen voraussetzt und damit ermöglichen soll, bereits weit im Vorfeld von konkreten Gefahren Bedrohungen und Gefährdungen zu ermitteln und nach ihnen proaktiv zu suchen, setzt dies verfassungsrechtlich im Gegenzug voraus, dass entsprechende Eingriffsschwellen wenigstens für die Übermittlung der hieraus gezogenen Erkenntnisse gelten müssen [...]. Danach kommt es für die Verfassungsmäßigkeit der Übermittlung auch hier darauf an, ob die Daten nach verfassungsrechtlichen Maßstäben für den Übermittlungszweck mit vergleichbar eingriffsintensiven Mitteln erhoben werden dürften“<sup>43</sup>*

Das BVerfG bemüht zutreffend den Gedanken der hypothetischen Datenneuerhebung<sup>44</sup> und nimmt Bezug auf die strafprozessualen und gefahrenabwehrrechtlichen Vorschriften zur Wohnraumüberwachung und Online-Durchsuchung und die dort geltenden Eingriffsschwellen.<sup>45</sup>

---

<sup>41</sup> BVerfG NJW 2020, 2235 (2255).

<sup>42</sup> BVerfG NJW 2020, 2235 (2256).

<sup>43</sup> BVerfG NJW 2020, 2235 (2256).

<sup>44</sup> BVerfG NJW 2020, 2235 (2256).

<sup>45</sup> BVerfG NJW 2020, 2235 (2256).

Sollen die Daten aus der strategischen Telekommunikationsüberwachung dagegen an eine ausländische Stelle übermittelt werden, bedarf es darüber hinaus einer Rechtsstaatlichkeitvergewisserung über den Umgang der ausländischen Stelle mit den ihnen übermittelten Daten, weil die Daten ab diesem Zeitpunkt nicht mehr den Anforderungen des Grundgesetzes unterliegen.<sup>46</sup> Eine Rechtsstaatlichkeitvergewisserung in diesem Sinne schließe neben der Wahrung der Menschenrechte bei der Nutzung der Information die Wahrung der datenschutzrechtlichen Garantien ein und müsse durch die Einholung belastbarer Zusagen der Empfänger sichergestellt werden.<sup>47</sup> Der Staat müsse sich zudem durch das jeweilige Empfängerland Auskunftsrechte zusichern lassen,<sup>48</sup> die eine nachvollziehbare Kontrolle der Einhaltung international-menschenrechtlicher Voraussetzungen ermöglichen, und sich selbst davon vergewissern, dass diese Anforderungen auch eingehalten werden.<sup>49</sup>

Aus diesen Maßstäben des BVerfG folgt nach Auffassung des DAV, dass ein Verzeichnis von ausländischen Partnerdiensten geschaffen werden muss, das solche ausländischen Partnerdienste führt, die der vom BVerfG geforderten Rechtsstaatlichkeitsvergewisserung gerecht werden. Zudem müssen Regelungen geschaffen werden, die sicherstellen, dass die Berichte über die Rechtsstaatlichkeit der Partnerdienste fortlaufend aktualisiert und geprüft werden. Zudem muss eine ausreichende Kontrolle dieser Rechtsstaatlichkeitsvergewisserung durch das Parlament, insbesondere durch das PKGr, sichergestellt werden.

#### **IV. Kooperation mit ausländischen Nachrichtendiensten**

Im Hinblick auf die Kooperation mit ausländischen Nachrichtendiensten hat das BVerfG entschieden, dass eine Zusammenarbeit bei der Telekommunikationsüberwachung so gestaltet sein müsse, dass der grundrechtliche Schutz nicht unterlaufen werde. Dies schließe insbesondere aus, dass ausländische Nachrichtendienste dem BND ihrerseits

---

<sup>46</sup> BVerfG NJW 2020, 2235 (2258).

<sup>47</sup> BVerfG NJW 2020, 2235 (2258).

<sup>48</sup> BVerfG NJW 2020, 2235 (2258).

<sup>49</sup> BVerfG NJW 2020, 2235 (2258).

etwaige Erkenntnisse aus auf Deutschland bezogenen Überwachungsmaßnahmen zur Verfügung stellen.<sup>50</sup>

Eine Zusammenarbeit müsse unter striktem Schutz der Inlandskommunikation erfolgen.<sup>51</sup>

Schließlich müssen die von einem ausländischen Nachrichtendienst bestimmten Suchbegriffe anhand der grundrechtlichen Grenzen ebenso kontrolliert werden wie die hieran anknüpfenden Trefferfälle.<sup>52</sup>

Daten von besonders schutzbedürftigen Personen wie Dissidenten, Whistleblowern, Rechtsanwälten und Journalisten seien von vornherein auszufiltern.<sup>53</sup>

## **V. Kontrolle**

Die wohl bedeutsamste Vorgabe des BVerfG an den Gesetzgeber ist die Forderung nach einer effektiven und unabhängigen Kontrolle sämtlicher Ebenen der strategischen Telekommunikationsüberwachung (Erhebung, Auswertung, Übermittlung, Kooperation, Löschung). Das BVerfG verlangt diese unabhängige Kontrolle insbesondere als Ausgleich dafür, dass Transparenz und individueller Rechtsschutz gegen die Maßnahmen des BND aufgrund der Geheimheit der Maßnahmen erheblich zurückgenommen sind.<sup>54</sup>

Zwar sieht das BNDG mit der G10-Kommission, dem Bundesdatenschutzbeauftragten und dem Unabhängigen Gremium Kontrollinstanzen vor. Eine effektive Kontrolle fand in der Vergangenheit indes nicht statt, was auch durch die Vertreter der jeweiligen Kontrollinstanzen gerügt worden war. Als Grund für den Mangel an effektiver Kontrolle wurde neben fehlenden Kontrollinstrumenten insbesondere die fehlende Kooperationsbereitschaft des BND angeführt, der etwa die Herausgabe von (ungeschwärzten) Dokumenten regelmäßig mit dem Hinweis auf die gegenüber

---

<sup>50</sup> BVerfG NJW 2020, 2235 (2260).

<sup>51</sup> BVerfG NJW 2020, 2235 (2260).

<sup>52</sup> BVerfG NJW 2020, 2235 (2261).

<sup>53</sup> BVerfG NJW 2020, 2235 (2261).

<sup>54</sup> BVerfG NJW 2020, 2235 (2262).

ausländischen Nachrichtendiensten abgegebene Vertraulichkeitserklärungen („Third Party Rule“) verweigerte.

Das BVerfG zwingt den Gesetzgeber nunmehr zur Schaffung einer echten Kontrolle des BND, die sämtliche Ebenen der Datenerhebung und -verarbeitung umfasst und in Teilen „gerichtsähnlich“ ausgestaltet sein muss.<sup>55</sup> Wörtlich heißt es in der Entscheidung:

*„Die strategische Telekommunikationsüberwachung ist danach mit den Anforderungen der Verhältnismäßigkeit nur vereinbar, wenn sie durch eine ausgebaute unabhängige objektivrechtliche Kontrolle flankiert ist.“*<sup>56</sup> Diese Kontrolle sei als kontinuierliche Rechtskontrolle auszugestalten, die einen umfassenden Kontrollzugriff ermöglicht.

Ausweislich der Entscheidung des BVerfG muss die Kontrolle des BND auf zwei Säulen gestützt werden. So differenziert das BVerfG in seiner Entscheidung zwischen der Kontrolle durch eine *gerichtsähnlich* ausgestaltete Stelle<sup>57</sup> und einer unabhängigen Rechtskontrolle *administrativen* Charakters<sup>58</sup>.

Die gerichtsähnliche Kontrolle habe die Schutzaufgabe zu erfüllen, die sonst dem Richtervorbehalt sowie auch nachträglichen Rechtsschutzmöglichkeiten, insbesondere Feststellungsklagen, zukomme. Entsprechend müsse mit ihr eine auf den Einzelfall bezogene Prüfung ermöglicht werden, die materiell und verfahrensmäßig einer gerichtlichen Kontrolle gleichwertig, insbesondere mindestens ebenso wirkungsvoll sei.<sup>59</sup> 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.<sup>60</sup>

---

<sup>55</sup> BVerfG NJW 2020, 2235 (2263).

<sup>56</sup> BVerfG NJW 2020, 2235 (2262 f.).

<sup>57</sup> BVerfG NJW 2020, 2235 (2263).

<sup>58</sup> BVerfG NJW 2020, 2235 (2263).

<sup>59</sup> BVerfG NJW 2020, 2235 (2263).

<sup>60</sup> BVerfG NJW 2020, 2235 (2264).

Die unabhängige Kontrolle administrativen Charakters soll dagegen eine Wächteraufgabe erfüllen. Namentlich soll sie den gesamten Prozess der strategischen Überwachung eigeninitiativ mittels Stichproben auf seine Rechtmäßigkeit überprüfen.

Ferner soll dem administrativen Kontrollorgan die Möglichkeit gegeben werden, das gerichtsähnliche Entscheidungsgremium anzurufen.<sup>61</sup>

Sowohl im Falle der gerichtsähnlichen Kontrolle als auch im Falle der administrativen Kontrolle sei eine kontinuierliche Kontrolle in institutioneller Eigenständigkeit zu garantieren. 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.<sup>62</sup> Der Gesetzgeber habe die Kontrolle zudem organisatorisch so auszugestalten, dass sie die „Third Party Rule“ nicht behindere.<sup>63</sup>

Schließlich ist beiden Kontrollinstanzen umfassend Zugang zu allen Unterlagen sowie jederzeit Zutritt zu den Diensträumen zu gewähren.<sup>64</sup> Die Kontrolle darf nicht unter Berufung auf die „Third Party Rule“ behindert werden.<sup>65</sup>

Der Gesetzgeber habe insoweit die Bedingungen dafür zu schaffen, dass die mit der Rechtskontrolle betrauten Instanzen nicht mehr als „Dritte“ im Sinne der „Third Party Rule“ angesehen werden.<sup>66</sup>

Der DAV, der bereits in seiner Stellungnahme vom Oktober 2016 (Stellungnahme Nr. 65/2016) die mangelhaften Kontrollmöglichkeiten im Hinblick auf die Arbeit des BND gerügt hatte,<sup>67</sup> begrüßt diese umfangreichen Vorgaben des BVerfG.

Aus den Vorgaben des BVerfG folgt, dass der Gesetzgeber das Unabhängige Gremium als gerichtsähnliche Kontrollinstanz nach den Maßgaben des Urteils ausgestalten und

---

<sup>61</sup> BVerfG NJW 2020, 2235 (2263).

<sup>62</sup> BVerfG NJW 2020, 2235 (2264).

<sup>63</sup> BVerfG NJW 2020, 2235 (2264).

<sup>64</sup> BVerfG NJW 2020, 2235 (2265).

<sup>65</sup> BVerfG NJW 2020, 2235 (2265).

<sup>66</sup> BVerfG NJW 2020, 2235 (2265).

<sup>67</sup> DAV Stellungnahme Nr. 65/2016, S. 7.



ausstatten muss. Neben umfangreichen Zugangsrechten sind insbesondere die personellen Voraussetzungen für eine effektive Kontrolle zu schaffen.

Darüber hinaus hat der Gesetzgeber eine unabhängige Rechtskontrolle administrativen Charakters zu schaffen.

## **E. Zum Regierungsentwurf**

Der nun vorgelegte Regierungsentwurf (im Folgenden: RegE) bleibt weit hinter den Anforderungen zurück, die das BVerfG an eine verfassungskonforme Ausgestaltung des BNDG stellt. Dies ist insbesondere deshalb bemerkenswert, weil das Bundesverfassungsgericht besonders detailreiche Maßstäbe zur Schaffung eines verfassungskonformen BNDG statuiert hat. Dass diese Maßstäbe nunmehr augenscheinlich ignoriert werden, kann nur als Provokation verstanden werden. Auch und insbesondere die avisierte personelle Ausstattung des Unabhängigen Kontrollrats ist ungenügend und führt dazu, dass eine effektive Kontrolle der Überwachungstätigkeit des BND von vornherein vereitelt wird.

### **I. Datenerhebung**

#### **1. Strategische Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung (§ 19 BNDG-E)**

§ 19 BNDG-E enthält die Rechtsgrundlage zur strategischen Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung.

##### *a) Unzureichende Konkretisierung der Zwecke*

Zwar legt § 19 BNDG-E erstmals – entsprechend den Vorgaben des BVerfG<sup>68</sup> – konkrete Zwecke fest, nach denen die strategische Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung zulässig sein soll. Diese soll namentlich zulässig sein für politische Zwecke (Abs. 1 Nr. 1) sowie zur Früherkennung von aus dem Ausland drohenden Gefahren von internationaler Bedeutung (Abs. 1 Nr. 2). Der Begriff der Gefahr wird sodann in Abs. 4 näher konkretisiert. Zu begrüßen ist, dass der Regierungsentwurf im Vergleich zum Referentenentwurf nun nicht mehr den

---

<sup>68</sup> BVerfG NJW 2020, 2235 (2251).

Auffangtatbestand der „vergleichbare(n) Fälle“ vorsieht, der entgegen dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot zu einer uferlosen Anwendung von § 19 BNDG geführt hätte.

Dennoch soll der BND die Massenüberwachung des § 19 BNDG auch zur Gewinnung von Erkenntnissen über Migrationsbewegungen in Richtung der Bundesrepublik Deutschland einsetzen dürfen.<sup>69</sup> Es liegt auf der Hand, dass der Entwurf u.a. auf die sog. Seenotrettung angewendet werden soll. Die Überwachung humanitärer Rettungsmissionen durch den deutschen Nachrichtendienst ist aus Sicht des DAV nicht akzeptabel.<sup>70</sup>

Dass der Regierungsentwurf in diesem Zusammenhang zudem offenbart, einer überkommenden Tätertypenlehre anzuhängen („Schleuser, Dokumentenfälscher, Menschenhändler“<sup>71</sup>), soll hier nur am Rande angemerkt werden.

#### *b) Unzureichende Kontrolle der verwendeten Selektoren*

Wesentlich schwerer wiegt indes, dass der Entwurf keine Kontrolle der im Rahmen der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung verwendeten Suchbegriffe bzw. Selektoren vorsieht. Hierin liegt ein klarer Verstoß gegen die Vorgaben des BVerfG, wonach auch die „Auswahl der Suchbegriffe“ einer unabhängigen Kontrolle zugänglich gemacht werden muss.<sup>72</sup>

Zwar enthalten § 23 Abs. 4 und 6 BNDG-E Regelungen, wonach der unabhängige Kontrollrat die Rechtmäßigkeit der Anordnung von strategischen Aufklärungsmaßnahmen vor deren Vollzug kontrolliert. Die schriftlichen Anordnungen enthalten aber gerade *nicht* die ausgewählten Suchbegriffe, die zur strategischen Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung verwendet werden sollen, sondern lediglich den Aufklärungszweck, das verfolgte Thema, den geografischen Fokus, die Dauer und eine Begründung (vgl. § 23 Abs. 2 BNDG-E) sowie die Aufklärungsmaßnahme, das Ziel und die Dauer der gezielten Datenerhebung (§ 23 Abs. 6 BNDG-E).

---

<sup>69</sup> RegE S. 65, 67.

<sup>70</sup> Die illegale Migration wird unter „Auswirkungen krisenhafter Entwicklung im Ausland“ bzw. unter „organisierte kriminelle Strukturen“ subsumiert, vgl. RegE S. 65, 67.

<sup>71</sup> RegE S. 67.

<sup>72</sup> BVerfG NJW 2020, 2235 (2252).

Entgegen der Vorgaben des BVerfG wird die Offenlegung der verwendeten Suchbegriffe im BNDG-E ausdrücklich ausgeschlossen. So heißt es in § 23 Abs. 6 S. 3 BNDG-E: *„Die Nennung einzelner Suchbegriffe [...] ist nicht erforderlich“*.

Das Bundeskanzleramt versucht somit augenscheinlich, durch eine sehr eigenwillige Interpretation der Vorgaben des BVerfG diese im Ergebnis zu umgehen. Schließlich hat das BVerfG explizit entschieden, dass die Auswahl der Suchbegriffe einer unabhängigen Kontrolle unterliegen müsse.<sup>73</sup> Damit sind aber nicht (nur) der Prozess der Auswahl der Suchbegriffe gemeint, sondern selbstverständlich auch die Suchbegriffe selbst. Die Regelung, dass die Suchbegriffe gerade nicht offengelegt werden (müssen), verletzt somit evident die Vorgaben des BVerfG, weil eine unabhängige Kontrolle der mittels Suchbegriffe durchgeführten Überwachung ohne Kenntnis von den ausgewählten Suchbegriffen praktisch schlicht unmöglich ist. Diesbezüglich ist aus Sicht des DAV zwingend nachzubessern.

*c) Unzureichende Verfahrensregelungen zur Sicherstellung der Zweckbindung*

Schließlich fehlen auch die vom BVerfG geforderten Verfahrensregelungen, die die Ausrichtung auf die jeweiligen Zwecke rationalisierend strukturieren und damit auch kontrollierbar machen.<sup>74</sup> Mangels Kenntnis der Kontrollinstanzen von der Auswahl der Suchbegriffe können diese auch nicht kontrollieren, ob die Überwachung tatsächlich auf den dargelegten Zweck ausgerichtet ist. Auch insoweit ist zwingend nachzubessern.

---

<sup>73</sup> BVerfG NJW 2020, 2235 (2252).

<sup>74</sup> BVerfG NJW 2020, 2235 (2252).

## **2. Besondere Formen der strategischen Ausland-Fernmeldeaufklärung (§ 20 BNDG-E)**

Mit § 20 BNDG-E soll eine Rechtsgrundlage zur gezielten Datenerhebung geschaffen werden. Zwar sind Datenerhebungen mit dem Ziel der umfassenden Aufklärung von Personen in § 20 Abs. 2 BNDG-E ausdrücklich nicht vorgesehen, und nach § 20 Abs. 3 BNDG-E ist die individualisierte Überwachung des gesamten Telekommunikationsverkehrs einer Person unzulässig. Jedoch soll die gezielte Erhebung von personenbezogenen Daten von Personen bei Vorliegen der Voraussetzungen des Absatzes 3 weiterhin möglich bleiben.<sup>75 76</sup> Zudem wird der Anwendungsbereich der Norm durch § 20 Abs. 2 BNDG-E in unzulässiger Weise auf „mögliche Verursacher“ erweitert.

Der Regierungsentwurf verlangt für die gezielte Erhebung von personenbezogenen Daten, dass „tatsächliche Anhaltspunkte“ dafür vorliegen, dass die hiervon betroffenen Personen Verursacher sind. Auch wenn der nun vorgelegte Entwurf von einer bloßen Möglichkeit einer Verursachereigenschaft Abstand genommen hat, spricht die Entwurfsbegründung dennoch von „Personen, die als mögliche Verursacher von Gefahren“ beeinträchtigt werden.<sup>77</sup> § 20 Abs. 2 BNDG sollte deshalb zur weitergehenden Konkretisierung den gefahrenabwehrrechtlichen Begriff des Störers verwenden.

## **3. Online-Durchsuchung (§ 34 BNDG-E)**

Die §§ 34 ff. BNDG-E sollen dem BND die Befugnis zur sog. Online-Durchsuchung geben. Nach § 34 BNDG-E soll es dem BND möglich sein, zur Erfüllung seiner Aufgaben ohne Wissen der betroffenen Person auf der Grundlage einer zuvor angeordneten individuellen Aufklärungsmaßnahme mit technischen Mitteln in von Ausländern im Ausland genutzte informationstechnische Systeme einzugreifen und aus ihnen gespeicherte personenbezogene Daten zu erheben, soweit dies erforderlich ist für den Zweck der politischen Unterrichtung der Bundesregierung (Nr. 1) oder der

---

<sup>75</sup> § 20 Abs. 3 BNDG-E lautet: „Die individualisierte Überwachung des gesamten Telekommunikationsverkehrs einer Person ist unzulässig.“

<sup>76</sup> Die noch im Ref-E vorgesehene Subjektivierung durch das „Ziel“ der umfassenden Aufklärung von Personen wurde gestrichen.

<sup>77</sup> RegE S. 75

Früherkennung von aus dem Ausland drohenden Gefahren<sup>78</sup> von internationaler Bedeutung (Nr. 2).

Es ist bereits grundsätzlich zweifelhaft, ob einem Auslandsgeheimdienst, der für die Früherkennung von Gefahren zuständig ist, überhaupt eine derart eingriffsintensive Maßnahme zur Verfügung gestellt werden sollte.

Zwar hatte das BVerfG in seinem Urteil zur Verfassungswidrigkeit des BNDG entschieden, dass eine Online-Durchsuchung nicht zwingend ausgeschlossen sein soll. Allerdings bedürfe es hierfür (ebenso wie zur Durchführung anderer Einzelanordnungen) „belastbarer Eingriffsschwellen“.<sup>79</sup> Die „belastbaren Eingriffsschwellen“ hatte das BVerfG bereits in seiner Entscheidung zur Online-Durchsuchung eindeutig formuliert und entschieden, dass

*„[e]in derartiger Eingriff [...] nur vorgesehen werden [darf], wenn die Eingriffsermächtigung ihn davon abhängig macht, dass tatsächliche Anhaltspunkte einer konkreten Gefahr für ein überragend wichtiges Rechtsgut vorliegen. Überragend wichtig sind zunächst Leib, Leben und Freiheit der Person. Ferner sind überragend wichtig solche Güter der Allgemeinheit, deren Bedrohung die Grundlagen oder den Bestand des Staates oder die Grundlagen der Existenz der Menschen berührt. Hierzu zählt etwa auch die Funktionsfähigkeit wesentlicher Teile existenzsichernder öffentlicher Versorgungseinrichtungen.“<sup>80</sup>*

Danach setzt eine Online-Durchsuchung wenigstens „tatsächliche Anhaltspunkte einer konkreten Gefahr“ für die genannten besonders schützenswerten Rechtsgüter voraus. Auch in seiner Entscheidung zur Verfassungswidrigkeit des BNDG verweist das BVerfG in diesem Zusammenhang auf seine Entscheidung zum BKAG, in welcher es die Eingriffsschwellen definiert hat, die nunmehr in § 49 BKAG Niederschlag gefunden haben. Die in den §§ 34 ff. BNDG-E geregelten Eingriffsschwellen bleiben jedoch weit hinter diesen zurück. Diese evidente Missachtung der eindeutigen Vorgaben des BVerfG stellt letztlich eine unnötige Provokation dar, die das verfassungsrechtliche Haltbarkeitsdatum einer solchen Neuregelung erheblich verringern dürfte.

---

<sup>78</sup> RegE S. 46.

<sup>79</sup> BVerfG NJW 2020, 2235 (2249).

<sup>80</sup> BVerfGE 120, 274 Rn. 243.

§ 49 BKAG erlaubt – entsprechend der eindeutigen Vorgaben des BVerfG – eine Online-Durchsuchung grundsätzlich nur zur Abwehr einer tatsächlich bestehenden Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer Person oder solche Güter der Allgemeinheit, deren Bedrohung die Grundlagen oder den Bestand des Bundes oder eines Landes oder die Grundlagen der Existenz der Menschen berührt. § 34 BNDG-E enthält keine solche Eingriffsschwelle. Vielmehr soll eine Online-Durchsuchung „zur Früherkennung“ von aus dem Ausland „drohenden Gefahren“ sowie zur politischen Unterrichtung der Bundesregierung zulässig sein. Die von § 49 BKAG unter Zugrundelegung der Rechtsprechung des BVerfG statuierte Eingriffsschwelle soll danach gleich in zweifacher Hinsicht abgesenkt werden. Dies erscheint aus Sicht des DAV nicht hinnehmbar.

§ 34 BNDG-E verstößt somit in eklatanter Weise gegen die vom BVerfG aufgestellten Maßstäbe. Der DAV fordert daher, die Maßnahme der Online-Durchsuchung in der vorgesehenen Form nicht umzusetzen und sich die Frage zu stellen, ob eine solche Eingriffsbefugnis, gepaart mit der staatlichen Befugnis zum uneingeschränkten Hacking überhaupt erforderlich ist.

#### **4. Unzureichender Schutz von Vertraulichkeitsbeziehungen (§§ 21, 35 BNDG-E)**

§ 21 BNDG-E und § 35 BNDG-E enthalten zwar Regelungen zum Schutz von Vertraulichkeitsbeziehungen im Zuge der Datenerhebung. Der Schutz von Vertraulichkeitsbeziehungen ist jedoch mangelhaft ausgestaltet und damit faktisch wirkungslos. An dieser Stelle muss dringend nachgebessert werden.

##### *a) Fehlende Definition von Journalisten*

In dem Gesetz selbst wird die Berufsgruppe der Journalisten (ebenso wie alle anderen Berufsgruppen) nicht definiert. Die Regelung dieser zentralen Frage, wer Journalist ist, soll dem BND in einer (geheimen) Dienstvorschrift überlassen werden. Gerade bei Journalisten kann dies zu einer Umgehung des verfassungsrechtlich gebotenen Schutzes führen. Es ist daran zu erinnern, dass nicht selten in autoritären Regimes

kritischen Journalisten der Status als solcher aberkannt wird. Es dürfte den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht gerecht werden, diese wesentliche Frage nicht im Gesetz selbst zu regeln. Der im Entwurf gewählte Weg konterkariert zudem die Möglichkeiten effektiver Kontrolle.

*b) Unzureichender Schutz von Vertraulichkeitsbeziehungen im Falle der Massenüberwachung nach § 19 BNDG-E*

Der durch §§ 21 und 35 BNDG-E gewährte besondere Schutz von Vertraulichkeitsbeziehungen beschränkt sich auf die Fälle der „gezielten“ Datenerhebung. Werden Datenerhebungen dagegen lediglich nach § 19 BNDG-E und nicht gezielt i.S.d. § 20 Abs. 2 BNDG-E zur Überwachung von Vertraulichkeitsbeziehungen verwendet, werden diese auch nicht besonders geschützt. Der DAV fordert, einen effektiven Schutz von Vertraulichkeitsbeziehungen für Überwachungsmaßnahmen gemäß § 19 BNDG-E zu schaffen. Die Beschränkung besonderer Schutzmaßnahmen auf die Maßnahmen der gezielten Überwachung ist ungenügend.

*c) Unzulässige Beschränkung des besonderen Schutzes auf Kommunikation innerhalb einer Vertraulichkeitsbeziehung*

§ 21 BNDG-E soll Vertraulichkeitsbeziehungen unter einen besonderen Schutz stellen. Der Anwendungsbereich ist allerdings deutlich zu eng ausgestaltet.

Zwar erklärt § 21 BNDG-E die gezielte Verwendung von Suchbegriffen nach § 19 Absatz 5 BNDG-E zum Zweck der ausschließlichen Erhebung von personenbezogenen Daten, die aus einer Kommunikation innerhalb einer Vertraulichkeitsbeziehung stammen, für *grundsätzlich* unzulässig. Vertraulichkeitsbeziehungen sollen aber nur solche Beziehungen von Geistlichen, Rechtsanwälten und Journalisten *zu Dritten* sein, die dem Schutz des § 53 Absatz 1 Satz 1 Nr. 1, 2, 3 und 5 sowie S. 2 StPO unterfallen. Dritte, die dem Schutz des § 53 Absatz 1 Satz 1 Nr. 1, 2, 3 und 5 sowie S. 2 StPO unterfallen, sind ihrerseits solche Personen, die die Hilfe und Sachkunde der Berufsangehörigen i.S. des § 53 StPO in Anspruch nehmen.<sup>81</sup>

---

<sup>81</sup> Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 63. Aufl. 2020, § 53 Rn. 1.

Das hätte zur Folge, dass etwa die Kommunikationsbeziehung des betroffenen Rechtsanwalts zu seinen Rechtsanwaltskollegen und Anwaltsgehilfen ebenso vom Schutz des § 21 BNDG-E ausgeschlossen sein soll, wie die Kommunikation zwischen Journalisten und ihrer Redaktion. Diese Auslegung wird auch durch die Entwurfsbegründung bestätigt. Hier heißt es: „*Die Bestimmung bezweckt somit im Hinblick auf Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte den Schutz der Vertraulichkeitsbeziehung zum Mandanten und der ihnen in dieser Eigenschaft anvertrauten Informationen.*“<sup>82</sup>

Dadurch wird der durch § 21 BNDG-E vermeintlich erzeugte besondere Schutz von vornherein ausgehöhlt, weil damit die *Weitergabe* von Informationen aus der geschützten Kommunikation überwacht werden kann. Ein Journalist, der Informationen eines Informanten an seine Redaktion weiterleitet, müsste also befürchten, dass diese vom BND abgefangen werden. Ebenso dürfte ein Rechtsanwalt Informationen, die ihm sein Mandant mitgeteilt hat, nicht an sein Sekretariat zwecks Speicherung übermitteln oder in sonstiger Weise darüber kommunizieren, weil es sich nicht um Kommunikation mit der Person handelt, die ihre Hilfe und Sachkunde in Anspruch genommen hat.

Zwar schützen auch die Vorschriften zum Schutz von Vertraulichkeitsbeziehungen in der StPO nur die Kommunikation zwischen der Vertrauensperson und dem Betroffenen. In diesem Fall muss die Vertrauensperson aber nicht befürchten, ihrerseits überwacht zu werden, weil es hierfür einen gegen sie gerichteten qualifizierten Anfangsverdacht und eine entsprechende Überwachungs(einzel-)anordnung geben muss. Im Falle der Massenüberwachung nach § 19 BNDG-E wird die Kommunikation von Vertrauenspersonen mit ihren Kolleginnen und Kollegen oder anderen Berufshelfern, z.B. die Kommunikation zwischen einem Journalisten und seiner Redaktion oder einer Anwältin und ihrem Sekretariat, automatisch miterfasst, sofern sie über einen vom BND überwachten Internetknotenpunkt abläuft.

Die Beschränkung des besonderen Schutzes von Vertraulichkeitsbeziehungen ist somit im Falle einer Massenüberwachung wie der strategischen Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung von vornherein wirkungslos.

---

<sup>82</sup> RegE S. 76.



Der DAV fordert daher, nicht nur die Vertraulichkeitsbeziehung und somit die Kommunikationsbeziehung zu Dritten besonders zu schützen, die dem Schutz des § 53 StPO unterfallen, sondern *sämtliche* Kommunikationsbeziehungen der in § 53 StPO genannten Berufsgruppen, sofern sie in ihrer beruflichen Funktion tätig werden. Nur eine solche gesetzliche Ausgestaltung entspricht den Vorgaben des BVerfG und berücksichtigt die tatsächliche Praxis der Arbeitsweise von Angehörigen besonders geschützter Berufsgruppen. Auch das BVerfG hat nicht (nur) die Kommunikationsbeziehung eines Angehörigen dieser Berufs- oder Personengruppe als besonders schutzwürdig angesehen. Vielmehr erklärt das BVerfG Angehörige der in § 53 StPO genannten Berufsgruppen als solche für besonders schutzwürdig.

Wörtlich führt das BVerfG aus:

*„Die Nutzung von Suchbegriffen, die zu einer gezielten **Erfassung der Telekommunikationsanschlüsse solcher Personen** führen, kann nicht schon allein damit gerechtfertigt werden, dass hierdurch potentiell nachrichtendienstlich relevante Informationen erlangt werden können. Die journalistische Tätigkeit rechtfertigt nicht, Personen einem höheren Risiko der Überwachung auszusetzen als andere Grundrechtsträger und sie wegen ihrer Kontakte und Recherchen zum Objekt der Informationsabschöpfung zur Verfolgung von Sicherheitsinteressen zu machen (vgl. BVerfGE 107, 299 <336>). Entsprechendes gilt für Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte.“<sup>83</sup>*

Besonders schützenswert ist also nicht (nur) die Kommunikation innerhalb einer Vertraulichkeitsbeziehung, sondern die Kommunikation eines Berufsangehörigen i.S. des § 53 StPO als solche, sofern der oder die Berufsangehörige in dieser Eigenschaft kommuniziert.

d) *Streichung des Zwecks der „ausschließlichen“ Erhebung von personenbezogenen Daten*

---

<sup>83</sup> BVerfG NJW 2020, 2235 (2254).

Der DAV begrüßt im Übrigen, dass der Regierungsentwurf nun in § 21 Abs. 1 BNDG-E den Anwendungsbereich nicht mehr – wie noch im Referentenentwurf vorgesehen – auf die gezielte Verwendung von Suchbegriffen nach § 19 Abs. 5 BNDG-E zum Zweck der „ausschließlichen Erhebung von personenbezogenen Daten, die aus einer Kommunikation innerhalb einer Vertraulichkeitsbeziehung stammen“, beschränkt. Diese Streichung war aufgrund der besonderen Schutzbedürftigkeit der Vertrauensbeziehung sachlich zwingend geboten. Andernfalls würde der besondere Schutz des § 21 BNDG-E schon dann entfallen, wenn die gesamte Kommunikation eines Rechtsanwalts oder einer Rechtsanwältin überwacht werden würde, weil die Überwachung aufgrund der miterfassten Privatkommunikation keine „ausschließliche“ Erhebung von Daten aus einer Vertraulichkeitsbeziehung wäre.

*e) Gesteigerte Anforderungen an die Überwachung von Berufsgeheimnisträgern*

Der DAV begrüßt im Grundsatz ebenfalls, dass die gezielte Überwachung von Personen i.S. des § 53 StPO nur unter den restriktiven Voraussetzungen des § 21 Abs. 2 BNDG-E zulässig sein soll. Gemäß § 21 Abs. 2 S. 1 BNDG-E ist die Verwendung von Suchbegriffen nach Absatz 1 ausnahmsweise zulässig, sofern tatsächliche Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die in Absatz 1 Satz 2 aufgeführte Person Täter oder Teilnehmer einer der in § 29 Abs. 3 genannten Straftaten ist oder dies zur Verhinderung einer dort näher ausgeführten erheblichen Gefahr notwendig ist. Allerdings laufen diese gesteigerten Anforderungen aufgrund der dargestellten (unzulässigen) Beschränkung des Anwendungsbereichs von § 21 BNDG-E ins Leere.

## **5. Ausufernde Überwachungskapazität (§§ 19 Abs. 8, BNDG-E)**

Auch die vom Regierungsentwurf in vorgesehene Beschränkung des Volumens der strategischen Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung auf 30 Prozent der bestehenden Telekommunikationsnetze ist nach wie vor unzureichend, § 19 Abs. 8 BNDG-E.<sup>84</sup>

Nach der Rechtsprechung des BVerfG liegt ein übergreifendes Ziel der sich aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ergebenden Anforderungen darin, die strategische Telekommunikationsüberwachung trotz ihrer Streubreite als hinreichend fokussiertes Instrument auszugestalten und damit begrenzt zu halten. Eine globale und pauschale

---

<sup>84</sup> Der § 26 BNDG-E als Pendant enthält keine entsprechende Regelung..

Überwachung lässt das Grundgesetz auch zu Zwecken der Auslandsaufklärung nicht zu. Dafür hat der Gesetzgeber zunächst einschränkende Maßgaben zum Volumen der für die jeweiligen Übertragungswege auszuleitenden Daten vorzugeben und sicherzustellen, dass das von der Überwachung abgedeckte geographische Gebiet begrenzt bleibt. Da sich die technischen Möglichkeiten der Datenverarbeitung schnell ändern, reicht es nicht, hierfür allein auf tatsächlich bestehende Kapazitätsgrenzen zu verweisen.<sup>85</sup>

Nach §§ 19 Abs. 8 S. 2, BNDG-E sollen bis zu 30 Prozent der weltweiten Telekommunikationsnetze überwacht werden dürfen. § 19 Abs. 8 S. 2 BNDG-E enthält damit nicht die vom BVerfG geforderte Beschränkung des Überwachungsvolumens, sondern faktisch eine Erweiterung.

Auch wenn der Regierungsentwurf im Vergleich zum Referentenentwurf eine Herabsetzung des Anteils der überwachten Kommunikation von 50 Prozent auf 30 Prozent vorsieht, überschreitet er die in § 10 Abs. 4 S. 2 G 10 vorgesehene Kapazitätsgrenze von 20 Prozent um einen Drittel.

Zudem fehlt dem Regierungsentwurf die vom BVerfG geforderte Begrenzung der Überwachungsmaßnahme auf ein bestimmtes geographisches Gebiet. Der DAV fordert deshalb, die Überwachungskapazität in Gleichlauf mit § 10 Abs. 4 S. 2 G 10 auf 20 Prozent zu reduzieren und eine Pflicht zur geographischen Beschränkung der Überwachung einzuführen. Andernfalls könnte etwa 100 Prozent der Telekommunikation eines kleinen Staates überwacht werden, ohne dass dies dazu führen würde, dass das Überwachungsvolumen von 30 Prozent der *weltweiten* Kommunikation ausgeschöpft würde.

## **6. Unzulässige Überschreitung der zulässigen Höchstspeicherdauer von Verkehrsdaten (§ 26 Abs. 5 S. 2 BNDG-E)**

§ 26 Abs. 5 S. 2 BNDG-E sieht die Möglichkeit zur Speicherung von Verkehrsdaten über den Zeitraum von sechs Monaten hinaus vor, „*soweit sie für die Aufgabenerfüllung des Bundesnachrichtendienstes erforderlich ist*“.

---

<sup>85</sup> BVerfG NJW 2020, 2235 (2251).

Auf diese Weise schafft § 26 Abs. 5 S. 2 BNDG-E die Möglichkeit zur faktisch unbegrenzten Vorratsdatenspeicherung, weil eine Überprüfung der Erforderlichkeit der weiteren Speicherung gem. § 26 Abs. 5 S. 2 i.V.m. § 29 BNDG-E nur alle 7 Jahre vorgesehen ist. Die Unzulässigkeit einer solchen grenzenlosen Vorratsdatenspeicherung ist evident.

Der DAV fordert daher § 26 Abs. 5 S. 2 BNDG-E als Ausnahme zur Höchstspeicherfrist von 6 Monaten ersatzlos zu streichen. Eine Ausnahme von der Höchstspeicherfrist ist nach der Rechtsprechung des BVerfG auch nicht vorgesehen. Dort heißt es lediglich:

*„Der Gesetzgeber hat sicherzustellen, dass die hierfür erfassten Datenströme substantiell begrenzt bleiben und eine Höchstspeicherungsdauer von sechs Monaten (vgl. auch BVerfGE 125, 260 <322>) nicht überschritten werden darf.“<sup>86</sup>*

Die Einführung einer Ausnahme aus dem schlichten Grund ihrer „Erforderlichkeit“ ist offenkundig unzulässig. Auch hier werden die Vorgaben des BVerfG missachtet.

## **7. Unzureichende Dokumentationspflichten**

Eine wirksame Kontrolle ist auf eine detaillierte, ausreichende Dokumentation angewiesen. Wo eine solche nicht vorhanden ist, kann nicht wirksam kontrolliert werden. Der vorgelegte Gesetzesentwurf schwächt eine effektive Kontrolle an vielen Stellen bereits systemisch durch fehlende oder mangelhafte Dokumentations- und Kennzeichnungspflichten. Dies betrifft vor allem die verwendeten Selektoren (s. dazu bereits oben unter I.1.c.) Sie erfasst jedoch auch andere Bereiche. Ein legitimer Sachgrund für die fehlende Kennzeichnungspflicht bei Daten aus einer Online-Durchsuchung (§ 34 BNDG-E) ist ebenso wenig ersichtlich. Die fehlende Kennzeichnungspflicht von Daten aus einer strategischen Fernmeldeüberwachung macht zudem allenfalls bei Übermittlungen ins Ausland Sinn, um den BND zu schützen, nicht jedoch bei Übermittlungen im Inland, insbesondere wenn eine solche an andere deutsche Nachrichtendienste erfolgt. Ohne Kennzeichnungspflicht läuft der Zweckbindungsgrundsatz ins Leere. So kann etwa das Bundesamt für

---

<sup>86</sup> BVerfG NJW 2020, 2235 (2253).

Verfassungsschutz (BfV), das Daten durch den BND übermittelt bekommt, besondere Übermittlungsbeschränkungen nicht beachten, wenn es nicht weiß, wo die personenbezogenen Daten herrühren. Das BfV könnte dann – faktisch ungefiltert – alle Daten nach seinen eigenen Übermittlungsvorschriften an Polizei und Staatsanwaltschaft weitergeben. Hierdurch würden – auch verfassungsrechtlich zwingend vorgesehene – Übermittlungsschwellen umgangen.

## II. Übermittlung und Kooperation

Die Übermittlungsvorschriften werden im BNDG-E in den §§ 29, 38 und 39 geregelt. Während § 29 und § 38 BNDG-E die Übermittlung an inländische Stellen normieren, enthält § 39 BNDG-E eine Befugnis zur Datenübermittlung an ausländische Stellen. Die Übermittlungsvorschriften genügen nicht durchgängig den verfassungsrechtlichen Anforderungen. Die Monita werden nachfolgend nur pars pro toto skizziert.

### 1. Verfassungswidrigkeit der Übermittlungsvorschriften und Reformbedarf

Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem BND-Urteil zwar nur die mit der Verfassungsbeschwerde angegriffenen Übermittlungsvorschriften des BNDG (§ 24 Abs. 1 Satz 1, 24 Abs. 2 Satz 1 BNDG) für verfassungswidrig erklärt. Der Erste Senat hat jedoch klar gemacht, dass nahezu sämtliche Übermittlungsvorschriften in den Nachrichtendienstgesetzen die verfassungsrechtlichen Anforderungen verfehlen:<sup>87</sup>

„**Insgesamt** genügen die Übermittlungsvorschriften, die überwiegend auf den in ihrer Fassung schon älteren und an die Entwicklung der Rechtsprechung nicht hinreichend angepassten Strukturen des Bundesverfassungsschutzgesetzes und anderer Sicherheitsgesetze beruhen, den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht. In formeller Hinsicht fehlt es überdies für alle Übermittlungstatbestände an einer Pflicht zur Protokollierung der Übermittlung (oben Rn. 229) sowie zur Nennung der für die Übermittlung in Anspruch genommenen Rechtsgrundlage (oben Rn. 229).“

---

<sup>87</sup> BVerfG NJW 2020, 2235 (2268) Rn. 319 – Hervorhebung diesseits.

Derzeit erfolgen nahezu sämtliche Übermittlungen des BND, aber auch aller anderen deutschen Nachrichtendienste, auf weitgehend verfassungswidrigen Rechtsgrundlagen.

Es besteht daher dringender Anlass zur Behebung des aktuell verfassungswidrigen Zustandes der Übermittlungsvorschriften in allen Nachrichtendienstgesetzen, namentlich im BVerfSchG, im BNDG, im MADG und im G10. Diese enthalten schon seit jeher Wertungswidersprüche. Vor allem genügen sie jedoch weitgehend materiell nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen an den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und den Bestimmtheitsgrundsatz bzw. das Gebot der Normenklarheit.<sup>88</sup> In formaler Hinsicht fehlt es an der verfassungsrechtlich gebotenen Protokollierungspflicht. Diese Feststellung, die spätestens seit dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum ATDG<sup>89</sup> klar erkennbar wurde, ist durch das BNDG-Urteil des Bundesverfassungsgerichts nunmehr offenkundig angesprochen worden.

Nach Ansicht des DAV muss der verfassungswidrige Zustand wegen der zum Teil gravierenden Grundrechtseingriffe, die mit einer Übermittlung einhergehen,<sup>90</sup> dringend behoben werden. Der DAV bedauert, dass die Bundesregierung und mit ihr der aktuelle Gesetzgeber diese wichtige und aktuell weitgehend verfassungswidrige Materie offensichtlich dem Gesetzgeber der neuen Legislaturperiode zur verfassungsrechtlich angemahnten Überarbeitung überlassen will. Dadurch dürfte der verfassungswidrige Zustand um mindestens ein weiteres Jahr, wenn nicht noch länger aufrechterhalten bleiben. Bei Licht betrachtet dürften aktuell wegen der erklärten Verfassungswidrigkeit Übermittlungen durch die Nachrichtendienste weitgehend nicht mehr stattfinden, was natürlich kein tragbarer Zustand ist.

---

<sup>88</sup> Eingehend zu den einzelnen Übermittlungsvorschriften aller Nachrichtendienstgesetze und zu Fragen der Verfassungswidrigkeit *Gazeas*, Übermittlung nachrichtendienstlicher Erkenntnisse an Strafverfolgungsbehörden, 2014, S. 286 ff., 560 ff. *et passim*.

<sup>89</sup> BVerfG, Urteil vom 24. April 2013 – 1 BvR 1215/07, Rn. 123 (ATDG).

<sup>90</sup> S. dazu nur *Gazeas*, Übermittlung nachrichtendienstlicher Erkenntnisse an Strafverfolgungsbehörden, 2014, S. 286 ff.

## 2. Übermittlung personenbezogener Daten an inländische Stellen

§§ 29 Abs. 1 Nr. 1, 38 Abs. 1 Nr. 1 BNDG-E sehen eine verfassungsrechtlich so nicht zulässige Privilegierung für Daten aus einer strategischen Ausland-Fernmeldeaufklärung vor. Ausweislich der Vorgaben des BVerfG ist Voraussetzung für eine Übermittlung zu Zwecken der Gefahrenabwehr eine konkretisierte Gefahrenlage und im Falle einer Übermittlung zu Zwecken der Strafverfolgung ein hinreichend konkretisierter Tatverdacht. Diese Übermittlungsschwellen werden in dem RegE nicht beachtet. § 29 Abs. 1 Nr. 1 BNDG-E knüpft das Vorliegen tatsächlicher Anhaltspunkte lediglich an die Erforderlichkeit der Übermittlung zum Schutz der Rechtsgüter an. Die vom BVerfG geforderte konkretisierte Gefahrenlage als qualifizierte Übermittlungsschwelle wird hierdurch unterlaufen. Dasselbe gilt für die Übermittlungsbefugnis in § 38 Abs. 1 Nr. 1 BNDG-E und für die Übermittlung zu repressiven Zwecken. Hier sollten „bestimmte Tatsachen“ als Anknüpfungspunkt gewählt werden, um den verfassungsrechtlichen Anforderungen an einen hinreichend konkretisierten Tatverdacht zu genügen.

Soweit § 29 Abs. 4 BNDG-E durch das Wort „insbesondere“ eine nicht abschließende Aufzählung der Übermittlungszwecke beabsichtigt, dürfte dies gegen den Bestimmtheitsgrundsatz verstoßen und zudem die Übermittlungsschwellen des § 29 Abs. 4 Nr. 2 BNDG-E umgehen. Die Öffnungsklausel „insbesondere“ sollte daher gestrichen werden.

Der gewählte Straftatenkatalog für die Übermittlung personenbezogener Daten an Strafverfolgungsbehörden in § 29 Abs. 3 genügt den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht durchgängig. Nr. 1 ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Hier wird an den Katalog der besonders schweren Straftaten angeknüpft, wie sie in § 100b Abs. 2 StPO legaldefiniert sind. Die in § 29 Abs. 3 Nr. 2 BNDG vorgesehene Übermittlung zur Verfolgung von „vorsätzlichen Straftaten nach den §§ 17 und 18 des Außenwirtschaftsgesetzes“ unterschreitet hingegen die verfassungsrechtlichen Mindestanforderungen und verstößt damit gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Denn § 17 Abs. 4 und § 18 Abs. 1-6 AWG enthalten Straftaten, die zum Teil nur dem Bereich der einfachen bis mittleren Kriminalität zuzuordnen sind, so

etwa § 18 Abs. 5a AWG, der einen Strafraum von bis zu einem Jahr Freiheitsstrafe oder Geldstrafe vorsieht. Die Verfolgung einer solchen Straftat dient ersichtlich keinem herausragenden öffentlichen Interesse, das den mit der Übermittlung verbundenen gravierenden Grundrechtseingriff verfassungsrechtlich zu rechtfertigen geeignet ist.<sup>91</sup> Dies ist bei dem Katalog in Nr. 2 allein bei § 18 Abs. 7 und 8 AWG der Fall. Der Straftatenkatalog muss daher zwingend entsprechend angepasst werden, um nicht dem Verdikt der Verfassungswidrigkeit zu unterfallen.

### **3. Insbesondere: Übermittlung personenbezogener Daten an Private**

§§ 29 Abs. 6, 30 Abs. 4, 39 Abs. 5 BNDG-E lassen eine Übermittlung von Informationen an „andere inländische Stellen“ bzw. „andere ausländische Stellen“ und somit private Unternehmen zu. Nach der Entwurfsbegründung sind insoweit insbesondere private Stiftungen, Vereine und Kapitalgesellschaften gemeint.<sup>92</sup>

Zwar ist die Übermittlung personenbezogener Daten an andere Stellen nur unter strengen Voraussetzungen möglich, namentlich dann, wenn tatsächliche Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Übermittlung erforderlich ist zur Verhinderung einer unmittelbar bevorstehenden Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer Person, lebenswichtige Güter der Allgemeinheit oder den Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes oder die Sicherheit eines Mitgliedstaates der Europäischen Union, der Europäischen Freihandelsassoziation oder des Nordatlantikvertrages. Allerdings wird die Art und Weise der Überlassung der Daten unzureichend geregelt. Insbesondere bleibt unklar, für welche Dauer Privaten die übermittelten personenbezogenen Daten zur Verfügung gestellt werden.

Der DAV fordert daher, die Übermittlung von geheimdienstlichen Informationen an Private zu konkretisieren und damit in Übereinstimmung mit dem verfassungsrechtlich gebotenen Bestimmtheitsgrundsatz auszugestalten.

---

<sup>91</sup> Vgl. BVerfG, Urteil vom 24. April 2013 – 1 BvR 1215/07, Rn. 123 (ATDG); s. zu den verfassungsrechtlich zulässigen Straftatenkatalogen *Gazeas*, Übermittlung nachrichtendienstlicher Erkenntnisse an Strafverfolgungsbehörden, 2014, S. 275 ff., 327 ff., 566 ff.

<sup>92</sup> RegE S. 94.



### III. Kontrolle

#### 1. Unabhängiger Kontrollrat

Der DAV begrüßt die vorgeschlagene Schaffung eines Unabhängigen Kontrollrats, der als Fortentwicklung des Unabhängigen Gremiums sowohl für die gerichtsähnliche als auch für die administrative Rechtskontrolle zuständig sein soll (§ 40 Abs. 2 BNDG-E). Dieser sollte allerdings stärker ausgestaltet werden, da andernfalls die Gefahr besteht, dass eine effektive Kontrolle von vornherein faktisch vereitelt wird.

Der Regierungsentwurf hält die Schaffung von 62 Planstellen zur Deckung des Bedarfs von gerichtsähnlicher Rechtskontrolle, administrativer Rechtskontrolle und Verwaltung für ausreichend. Dem ist zu widersprechen.

In der Praxis soll der BND in die Lage versetzt werden, 30 Prozent des gesamten weltweiten Telekommunikationsverkehrs zu überwachen. Unabhängig davon, dass die avisierte Überwachungskapazität mit 30 Prozent weiterhin zu hoch ist,<sup>93</sup> ist kaum vorstellbar, wie eine Handvoll Personen die Rechtmäßigkeit der Überwachung von täglich mehreren Milliarden Daten überprüfen können soll. Selbst wenn man unterstellt, dass der Regierungsentwurf dem Unabhängigen Kontrollrat effektive Kontrollmöglichkeiten an die Hand gibt, besteht die Gefahr, dass eine effektive Kontrolle schon mangels ausreichender Personalausstattung nicht vorgenommen werden kann. Der Mitarbeiterstab des Unabhängigen Kontrollrats ist daher deutlich auszubauen. Aufgrund der erheblichen Überwachungskapazität des BND muss der Mitarbeiterstab des Unabhängigen Kontrollrats in einer vergleichbaren Größenordnung zum Mitarbeiterstab des Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit liegen, der gegenwärtig etwa 320 Planstellen umfasst.

Außerdem sollte eine dreijährige Evaluationsfrist eingeführt werden, so dass gesteigerter Bedarf rechtzeitig erkannt und zeitnah gedeckt werden kann.

Die Auswahl der Mitglieder des Unabhängigen Kontrollrats, wie sie im Entwurf vorgesehen ist, ist ebenso zu kritisieren wie der eingeschränkte Kreis, aus dem sie gewählt werden sollen. Warum nur Richterinnen und Richter des BGH und nicht auch

---

<sup>93</sup> Siehe oben, S. 13 ff.

solche des BVerwG zu Mitgliedern des gerichtsähnlichen Kontrollorgans ernannt werden können, ist mitnichten nachvollziehbar. Über eine sachnahe besondere Kompetenz auf diesen Rechtsgebieten verfügen Richterinnen und Richter am BVerwG zweifelsohne. Nicht nachvollziehbar ist zudem, warum – in Fortschreibung des Unabhängigen Gremiums – eine Vertreterin bzw. ein Vertreter des Generalbundesanwalts das richterähnliche Amt bekleiden soll, ohne dass es einen entsprechenden Gegenpol gibt. Als größtes Manko in der vorgesehenen Besetzung ist nach Ansicht des DAV zu monieren, dass – wie auch bisher im Unabhängigen Gremium – keine Vertreterin oder Vertreter für die Interessen der von den Überwachungsmaßnahmen Betroffenen vorgesehen ist. Ein solcher Vertreter als Bürgeranwalt/Bürgeranwältin, Menschenrechtsanwältin/Menschenrechtsanwalt oder Ombudsperson wäre schon deshalb essentiell, um eine Gerichtsähnlichkeit zu erreichen und eine ausgewogene unabhängige Kontrolle sicherzustellen. Zwar sieht die Entscheidung des BVerfG die Einführung eines „Anwalts“ des Betroffenen und somit die Einführung eines streitigen Verfahrens nicht ausdrücklich vor. Für die Ermöglichung eines streitigen Verfahrens spricht aber der vom BVerfG bemühte Grundgedanke, dass die gerichtsähnliche Kontrolle gerade eine Kompensation dafür sein soll, dass dem Betroffenen mangels Kenntnis von der Überwachung oder anschließender Benachrichtigung ein individueller Rechtsschutz gerade versagt sein wird. Auch die (negativen) Erfahrungen ausländischer Jurisdiktionen sprechen für die Schaffung eines streitigen Verfahrens.<sup>94</sup> So forderte der ehemalige Vorsitzende Richter des US-amerikanischen Foreign Intelligence Surveillance Court (FISC), *James Robertson*, der am 20.12.2005 aus Protest gegen die damals gängige Überwachungspraxis zurückgetreten war, die Einführung des streitigen Verfahrens, in dem den Regierungsvertretern eine Partei gegenübersteht, die die Interessen der vom Behördenhandeln Betroffenen vertritt.<sup>95</sup> Nur ein Streitiges Verfahren stellt aus Sicht des DAV sicher, dass die Rechte der von den Maßnahmen Betroffenen nicht unverhältnismäßig stark eingeschränkt werden. Überdies ist daran zu erinnern, dass es nicht Ziel des Gesetzgebers sein sollte, nur das Mindestmaß des verfassungsrechtlich Notwendigen zu beachten. Die entsprechenden Vorschläge in den Anträgen der Fraktion der FDP (BT-Drs. 19/19509, S. 3) und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN (BT-Drs. 19/26221, S. 8) sind zu begrüßen.

---

<sup>94</sup> Vgl. bereits DAV Stellungnahme 65/2016.

<sup>95</sup> <https://www.theguardian.com/law/2013/jul/09/fisa-courts-judge-nsa-surveillance>.

Überdies sollte erwogen werden, ob nicht dem PKGr selbst ein originäres Vorschlagsrecht für Mitglieder des Unabhängigen Kontrollgremiums eingeräumt werden sollte, statt dieses Vorschlagsrecht originär und exklusiv der Präsidentin/dem Präsidenten des BGH sowie dem Generalbundesanwalt zu überlassen. Dies gilt auch für den Fall, dass der Kreis der zu wählenden Mitglieder sinnvollerweise um Richterinnen und Richter aus der Verwaltungsgerichtsbarkeit ergänzt wird.

## **2. Anordnungs- statt Vollzugsvorbehalt**

Schließlich ist die Art und Weise der Kontrollbefugnisse unzureichend ausgestaltet. Das BVerfG hat entschieden, dass vor bestimmten besonders eingriffsintensiven Maßnahmen eine gerichtsähnliche ex-ante Kontrolle einzuführen ist. Im Regierungsentwurf ist diese Anforderung nunmehr derart umgesetzt worden, dass die Maßnahmen weiterhin vom BND selbst angeordnet werden dürfen und lediglich der Vollzug unter den Vorbehalt gerichtsähnlicher Kontrolle gestellt wird (§ 23 Abs. 4 BNDG-E). Diese Konstruktion wird erhebliche Auswirkungen auf die Entscheidungspraxis haben, weil eine gerichtsähnliche Person, die eine eingriffsintensive Maßnahme selbst anordnen muss, eher geneigt sein wird, die Maßnahme vorher umfassend zu prüfen als eine Person, die eine bereits angeordnete Maßnahme lediglich freizeichnen muss.

Der DAV fordert daher, die besonders eingriffsintensiven Maßnahmen, die bisher lediglich einem Vollzugsvorbehalt unterstehen, in der Form umzugestalten, dass nur der Unabhängige Kontrollrat diese Maßnahmen auf Antrag der Verantwortlichen des BND anordnen kann.

## **3. Parlamentarische Kontrolle als zentrales Kontrollinstrument**

Bei alledem ist zu bedenken, dass das Parlament das wichtigste Kontrollorgan der Nachrichtendienste bleibt. Denn die Kontrolle durch das Parlament geht viel weiter als eine bloße Kontrolle der Rechtmäßigkeit, wie sie durch den Unabhängigen Kontrollrat vorgesehen ist. Der DAV hält einen Ausbau der parlamentarischen Kontrolle daher für sinnvoll und nötig. Hierbei müssen vor allem die faktischen Kontrollmöglichkeiten insbesondere durch das PKGr verbessert werden. Der DAV begrüßt insoweit die beiden

Anträge der Fraktionen der FDP (BT-Drs. 19/19509) und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN (BT-Drs. 19/26221) und die darin unterbreiteten Vorschläge. Der DAV empfiehlt, sich damit näher auseinander zu setzen.



**BfDI**

Der Bundesbeauftragte  
für den Datenschutz und  
die Informationsfreiheit

Deutscher Bundestag  
Ausschuss für Inneres und Heimat

Ausschussdrucksache  
**19(4)682**

**Prof. Ulrich Kelber**  
Bundesbeauftragter  
für den Datenschutz und  
die Informationsfreiheit

POSTANSCHRIFT Der Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit  
Postfach 1468, 53004 Bonn

Vorsitzende des  
Ausschusses für Inneres und Heimat  
des Deutschen Bundestages  
Frau Andrea Lindholz

HAUSANSCHRIFT Graurheindorfer Straße 153, 53117 Bonn

FON (0228) 997799-5000

FAX (0228) 997799-5550

E-MAIL referat34@bfdi.bund.de

INTERNET [www.bfdi.bund.de](http://www.bfdi.bund.de)

DATUM Bonn, 18.12.2020

GESCHÄFTSZ. 34-681/024#0024

nachrichtlich:  
Sekretariat des  
Ausschusses für Inneres und Heimat  
des Deutschen Bundestages

**Bitte geben Sie das vorstehende Geschäftszeichen  
bei allen Antwortschreiben unbedingt an.**

nur per E-Mail:  
Andrea.Lindholz@Bundestag.de  
Innenausschuss@Bundestag.de

BETREFF **Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Änderung des BND-Gesetzes**  
ANLAGEN Stellungnahme des Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit

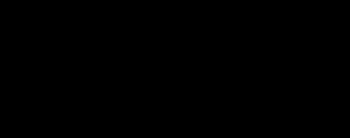
Sehr geehrte Frau Vorsitzende,

der vom Bundeskanzleramt erstellte Gesetzentwurf zur Änderung des BND-Gesetzes (BNDG-E) wurde am 16.12.2020 vom Bundeskabinett beschlossen.

Gegen den BNDG-E bestehen aus meiner Sicht trotz einzelner Verbesserungen, die in den Ressortberatungen erzielt werden konnten, weiterhin erhebliche datenschutzrechtliche Bedenken. Meine fortbestehenden, wesentlichen Kritikpunkte habe ich in der anliegenden Stellungnahme ausgeführt. Ich wäre Ihnen dankbar, wenn Sie den Ausschussmitgliedern meine Stellungnahme für die weitere parlamentarische Beratung zuleiten könnten.

Für etwaige Rückfragen stehe ich dem Ausschuss selbstverständlich gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen



Ulrich Kelber



**BfDI**

Der Bundesbeauftragte  
für den Datenschutz und  
die Informationsfreiheit

Bonn, den 18.12.2020

## **Stellungnahme**

### **des Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit**

#### **an den Ausschuss für Inneres und Heimat des Deutschen Bundestages zum Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Änderung des BND-Gesetzes**

Der vom Bundeskanzleramt erstellte Gesetzentwurf zur Änderung des BND-Gesetzes (BNDG-E) wurde am 16.12.2020 vom Bundeskabinett beschlossen. Meine Kritikpunkte habe ich in drei Stellungnahmen im Rahmen der Ressortabstimmung vorgetragen. Gegen den BNDG-E bestehen aus meiner Sicht trotz einzelner Verbesserungen in den Ressortberatungen weiterhin die nachfolgenden, wesentlichen Bedenken.

#### **I. Beratung im Ressortkreis**

Der Gesetzentwurf wurde seit der ersten Befassung im Ressortkreis Ende September 2020 nach nur drei Monaten in das Kabinett eingebracht. Den engen Zeitplan habe ich wiederholt gegenüber dem Bundeskanzleramt kritisiert. Innerhalb dieses Zeitraums hat das Bundeskanzleramt den Ressorts vier verschiedene, jeweils erheblichen Änderungen unterliegende Entwürfe zugeleitet, für die jeweils nur wenige Tage Zeit zum Kommentieren eingeräumt wurde. Es war ausgeschlossen, das komplexe Regelwerk innerhalb dieser Zeitspanne mit der gebotenen Sorgfalt zu prüfen.

Der enge Zeitrahmen wird der hohen Grundrechtsrelevanz des BNDG-E nicht gerecht. Zur Vermeidung verfassungsrechtlicher Risiken wäre die Einhaltung des Grundsatzes Gründlichkeit vor Schnelligkeit dringend geboten gewesen. Das Vorgehen des Bundeskanzleramtes verstößt in eklatanter Weise gegen die Vorgaben der Gemeinsamen Geschäftsordnung der Bundesministerien. Deutliche Kritik am Zeitplan des Bundeskanzleramtes wurde auch in der Verbändeanhörung geübt.

Eine Folge des Zeitdrucks war, dass keine ausreichende Beratung der während der Ressortbefassung ergangenen Entscheidung des EuGH (Az: C-623/17) in der Rechtssache „Privacy International“ vom 06.10.2020 erfolgte. Der EuGH hat in seiner Entscheidung die EU-Rechtswidrigkeit nationaler Regelungen festgestellt, die Betreiber elektronischer

Kommunikationsnetze die Pflicht auferlegen, den Sicherheits- und Nachrichtendiensten eines Mitgliedstaats in allgemeiner und unterschiedsloser Weise Verkehrs- und Standortdaten zum Zwecke des Schutzes der nationalen Sicherheit zu übermitteln. Diese Entscheidung hätte im Hinblick auf möglichen Änderungsbedarf des BNDG-E berücksichtigt werden müssen. Dieses Versäumnis sollte im parlamentarischen Verfahren nachgeholt werden.

## **II. Materiell-rechtliche Bedenken**

Die aus meiner Sicht vorrangig verbleibenden materiell-rechtlichen Bedenken möchte ich im Folgenden darstellen, damit diese in die weiteren Beratungen des BNDG-E einfließen können. Auf eine Darstellung sämtlicher von mir in meinen drei Stellungnahmen gegenüber dem Bundeskanzleramt geäußerten Kritikpunkte habe ich verzichtet.

### **1. Politische Unterrichtung der Landesregierung**

Die im dritten Referentenentwurf des BNDG-E vorgesehene Verarbeitung von Daten aus der strategischen Ausland-Fermeldeaufklärung (A-FMA) zum Zweck der politischen Unterrichtung einer Landesregierung wurde aus der Kabinettfassung des § 19 Abs. 1 Nr. 1 BNDG-E gestrichen, jedoch soll der BND gem. § 29 Abs. 1 Nr. 2 BNDG-E weiterhin an das Bundesamt für Verfassungsschutz, die Verfassungsschutzbehörden der Länder und an den Militärischen Abschirmdienst personenbezogene Daten aus der strategischen A-FMA übermitteln dürfen, welche „zum Zweck der Unterrichtung [...] einer Landesregierung“ gekennzeichnet sind.

Das Gleiche gilt bei Daten aus dem Eingriff in informationstechnische Systeme mittels sogenannter Computer-Network-Exploitation gem. § 34 Abs. 1 BNDG-E. Die entsprechende Übermittlungsvorschrift sieht gem. § 38 Abs. 1 Nr. 2 BNDG-E ebenfalls die Übermittlung von personenbezogenen Daten „zum Zweck der Unterrichtung [...] einer Landesregierung“ vor.

Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) hat in seiner Entscheidung (1 BvR 2835/17<sup>1</sup>) vom 19.05.2020 zur strategischen A-FMA ausschließlich die politische Unterrichtung der Bundesregierung in außen- und sicherheitspolitischen Fragestellungen durch den Bundesnachrichtendienst (BND) erlaubt. Die Ergebnisse aus der strategischen A-FMA

---

<sup>1</sup> Alle nicht anders gekennzeichneten Angaben zu Randnummern beziehen sich auf das Urteil des BVerfG vom 19.05.2020 - 1 BvR 2835/17.

sollen „*allein der Information der Bundesregierung*“ dienen (Rn. 160) und zwar „*auf Regierungsebene*“ (Rn. 226), also der höchsten politischen Entscheidungsebene. Zudem soll die „*Versorgung der Bundesregierung mit Informationen für ihre außen- und sicherheitspolitischen Entscheidungen [helfen] [...], sich im machtpolitischen Kräftefeld der internationalen Beziehungen zu behaupten.*“ (Rn. 162). Dies schließt die Landesregierungen nicht mit ein.

Ich empfehle daher, den Zusatz bei den Übermittlungsvorschriften „*[...] einer Landesregierung*“ sowohl in § 29 Abs. 1 Nr. 2 als auch in § 38 Abs. 1 Nr. 2 BNDG-E zu streichen.

## **2. Privilegierung der Inlandsnachrichtendienste und anderer inländischer öffentlicher Stellen durch Kenntnisnahme von Daten zur politischen Unterrichtung der Bundesregierung**

Die in den §§ 29 Abs. 1, 2 und 38 Abs. 1, 2 BNDG-E enthaltenen Übermittlungsvorschriften für Daten aus der strategischen A-FMA bzw. dem Eingriff in informationstechnische Systeme „zum Zweck der politischen Unterrichtung“ sehen zu Unrecht Privilegierungen der Inlandsnachrichtendienste und der anderen inländischen öffentlichen Stellen (inklusive der Polizeien) vor.

Die vom BVerfG vorgesehene Unterscheidung zwischen Daten „zur Gefahrenfrüherkennung“ und von Daten „zur politischen Unterrichtung der Bundesregierung“ und die damit verbundenen unterschiedlichen Anforderungen an die Kriterien (Schwellen) für die Übermittlung dieser Daten an den jeweils zulässigen Adressatenkreis werden durch derartige Übermittlung unterschritten.

Wie dargestellt, sieht das BVerfG ausschließlich die Bundesregierung auf höchster Ebene als Adressat einer Übermittlung von Daten zur politischen Unterrichtung durch den BND an (s. II. 1.). Nach den Vorgaben des Gerichts soll die Bundesregierung beim Rückgriff auf die Daten zur politischen Unterrichtung diese nicht „*an nachgeordnete Behörden im In- und Ausland zu anderen, insbesondere auch operativen Zwecken [weitergeben]*“ (Rn. 226).

Durch die grundsätzlich fehlende Erlaubnis der Bundesregierung, diese Daten aus der strategischen A-FMA an nachgeordnete Behörden weitergeben zu dürfen, darf auch der BND diese Daten nicht an Inlandsnachrichtendienste und andere inländische öffentliche Stellen als „Zwischenempfänger“ bei der politischen Unterrichtung der Bundesregierung weitergeben. Eine solche Einbindung entspricht auch nicht der Stellung des BND als einzigem Auslandsnachrichtendienst des Bundes.

Offen bleibt zudem, auf welchen gesetzlichen Grundlagen eine solche Unterrichtung der Bundesregierung durch diese Stellen als „Zwischenempfänger“ erfolgen können soll. Der



gewählte Umweg dieser Daten lässt daher den Schluss zu, dass vorrangig nicht zur Unterrichtung der Bundesregierung, sondern zur Kenntnisnahme an diese Stellen übermittelt werden soll. Abseits des Weiterverarbeitungsverbots gem. § 29 Abs. 12 BNDG-E könnten von diesen Stellen eigene neue Ansätze zur Erhebung dieser Daten auf Grundlage der Kenntnisnahme generiert werden, obwohl das BVerfG die Daten zur politischen Unterrichtung hierfür nicht vorsieht.

Die in §§ 29 Abs. 1, 2 und 38 Abs. 1, 2 BNDG-E vorgesehene Möglichkeit, dass die Inlandsnachrichtendienste bzw. andere inländische öffentliche Stellen Kenntnis von Daten aus der strategischen A-FMA bzw. dem Eingriff in informationstechnische Systeme erlangen, die allein mit dem Zweck der politischen Unterrichtung der Bundesregierung vom BND erfasst werden, sollte daher im Gesetzentwurf gestrichen werden, da sie nicht den vom BVerfG vorgegebenen Grenzen zur Übermittlung dieser Daten an Stellen außerhalb der Bundesregierung entspricht.

### **3. Privilegierung der Inlandsnachrichtendienste durch Kenntnisnahme von Daten zur Gefahrenfrüherkennung**

Der BNDG-E sieht in §§ 29 Abs. 1 Nr. 1, 38 Abs. 1 Nr. 1 zudem eine Übermittlungsprivilegierung für Daten aus der strategischen A-FMA und des Eingriffs in informationstechnische Systeme zur Gefahrenfrüherkennung an die Inlandsnachrichtendienste vor.

Nach dem BVerfG dürfen personenbezogene Daten aus der strategischen A-FMA nur dann an „andere Stellen“ – was die Inlandsdienste umfasst – übermittelt werden, wenn die Übermittlung durch eine normenklare und hinreichend bestimmte Rechtsgrundlage an den Schutz von Rechtsgütern und an Eingriffsschwellen gebunden wird. Übermittlungen sind danach nur zum Schutz besonders gewichtiger Rechtsgüter gerechtfertigt und setzen als Übermittlungsschwelle eine konkretisierte Gefahrenlage oder, bei Übermittlungen zu Zwecken der Strafverfolgung, einen hinreichend konkretisierten Tatverdacht voraus (Rn. 211).

Entgegen dieser Vorgaben knüpft § 29 Abs. 1 Nr. 1 BNDG-E das Vorliegen tatsächlicher Anhaltspunkte indes nicht an das Vorliegen einer konkretisierten Gefahrenlage für besonders gewichtiger Rechtsgüter an, sondern lediglich an die „Erforderlichkeit“ zum Schutz dieser Rechtsgüter. Hiermit wird die vom BVerfG geforderte Schwelle (Gefahrenkonkretisierung) für Übermittlung von Daten zur Gefahrenfrüherkennung unterlaufen, weshalb die Norm entsprechend unter Einfügung des Kriteriums der „konkretisierten Gefahrenlage“ für besonders gewichtige Rechtsgüter anzupassen ist.

Entsprechendes gilt gem. § 38 Abs. 1 Nr. 1 BNDG-E auch für die Übermittlungen aus dem Eingriff in informationstechnische Systeme, da auch hier ebenfalls lediglich auf die „Erforderlichkeit“ zum Schutz besonders gewichtiger Rechtsgüter statt auf eine konkretisierte Gefahr für diese Rechtsgüter abgestellt wird.

Auch wenn der in § 34 BNDG-E normierte „Eingriff in informationstechnische Systeme von Ausländern im Ausland“ erstmals mit dem gegenständlichen Gesetzentwurf geregelt wird, müssen für diesen, da er aufgrund seines individuellen Charakters eine erheblich größere Eingriffsintensität besitzt, als Maßnahmen der strategischen A-FMA, die vorgenannten Schwellen des BVerfG für Übermittlungen der durch einen solchen Eingriff erlangten Daten an andere inländische Behörden erst recht gelten.

#### **4. Inlandsübermittlungen zur Gefahrenabwehr**

§ 29 Abs. 4 BNDG-E bedarf, wie auch die übrigen entsprechend zur Gefahrenabwehr ausgestalteten Übermittlungsvorschriften, zusätzlich noch einer Anpassung durch die Streichung des Wortes „insbesondere“, welches Rechtsunsicherheit durch einen nicht abschließenden Charakter der Übermittlungsvorschriften suggeriert. Die Zusatzregelung in § 29 Abs. 4 Nr. 1 BNDG-E bedarf ebenfalls noch der Streichung, da andernfalls eine Umgehung der Übermittlungsschwellen des § 29 Abs. 4 Nr. 2 BNDG-E droht.

#### **5. Inlandsübermittlungen zur Strafverfolgung**

Der im BNDG-E in den Übermittlungsvorschriften gem. §§ 29, 38 BNDG-E enthaltene, nachrichtendienstrechtlich geprägte Begriff der „tatsächlichen Anhaltspunkte“ sollte in Bezug auf Datenübermittlungen an inländische Strafverfolgungsbehörden (§§ 29 Abs. 3, 38 Abs. 3 BNDG-E) durch die vom BVerfG gewählte Formulierung der „konkreten und in gewissem Umfang verdichteten Umstände als Tatsachenbasis für den Verdacht“ ersetzt werden (Rn. 222).

Ohne entsprechende Änderung im Gesetzestext wird durch die nachrichtendienstrechtlich auszulegende Formulierung der „tatsächlichen Anhaltspunkte“ eine im Verhältnis zu den Vorgaben des BVerfG zu frühzeitige Übermittlung an Strafverfolgungsbehörden ermöglicht, da bei der Auslegung der „tatsächlichen Anhaltspunkte“ auf die nachrichtendienstliche Erfahrungs- und Erwartungshaltung abgestellt wird. Das BVerfG hat aber ausdrücklich klargestellt, dass die Übermittlungsschwelle „wie bei einer Wohnraumdurchsuchung gem. § 100c StPO“ auszugestalten ist (Rn. 222). Damit ist die Übermittlungsschwelle strafprozessual zu verstehen und auszugestalten.

Eine Übermittlung zur Strafverfolgung kann damit erst dann in Betracht kommen, wenn auch die Strafverfolgungsbehörden unter vergleichbaren Umständen, „wie“ etwa bei einer akustischen Wohnraumüberwachung im Sinne des § 100c StPO, an derartige Daten bzw. Erkenntnisse gelangen könnten. Damit soll eine dem Trennungsgebot nicht entsprechende Vorverlagerung des Übermittlungszeitpunkts in den nachrichtendienstrechtlich geprägten Erkenntnisbereich der „tatsächlichen Anhaltspunkte“ vermieden werden.

Ergänzend weise ich darauf hin, dass die § 29 Abs. 3 Nr. 2 BNDG-E aufgeführten §§ 17, 18 AWG noch einer vom BVerfG vorgesehenen Begrenzung auf besonders schwere Straftatbestände bedürfen.

## **6. Verweis auf Aufgabenerfüllung bei Übermittlungen**

Die gesetzliche Formulierung „zur Erfüllung seiner Aufgaben“ wurde vom BVerfG bei der für verfassungswidrig erachteten Übermittlungsvorschrift des § 24 BNDG als unbestimmt angesehen: „Eine allgemeine Bezugnahme auf die gesamten Aufgaben des Bundesnachrichtendienstes [...] lässt jedoch nicht erkennen, zu welchen Zwecken hier eine Datenübermittlung erlaubt werden soll“ (Rn. 311, 215). Trotzdem wird im BNDG-E bei den Übermittlungsvorschriften in §§ 29 Abs. 1, 2, 30 Abs. 1, 38 Abs. 1, 2, 39 Abs. 1 BNDG-E weiterhin allgemein auf die Aufgabenerfüllung des BND abgestellt. Dies sollte revidiert und die Aufgaben präzisiert werden.

## **7. Allgemeine Inlandsübermittlungsvorschriften werden nicht angepasst**

Äußerst bedenklich ist, dass die Regelungen des § 24 BNDG nicht angepasst und in § 11 BNDG-E unverändert fortbestehen. Dabei wurde § 24 BNDG vom BVerfG auch aus anderen Gründen, abseits der verfassungsrechtlichen Vorgaben zur strategischen A-FMA, für verfassungswidrig erachtet (Rn. 311 ff.). Der BNDG-E sieht damit in bemerkenswerter Weise die Aufrechterhaltung dieser Regelungen vor, obwohl das BVerfG dem Gesetzgeber eine Neuregelung bis zum Ablauf der Fortgeltungsanordnung spätestens zum 31. Dezember 2021 auferlegt hat. Als praktische Folge der Nichtanpassung wird der BND nach Ablauf der Fortgeltungsanordnung insoweit keine allgemeinen Übermittlungen mehr vornehmen können.

## **8. Verkehrsdatum/Metadatum; Recht auf informationelle Selbstbestimmung**

In § 26 BNDG werden ohne Legaldefinition „Verkehrsdaten“ und „personenbezogene Verkehrsdaten“ aufgeführt, während in der Gesetzesbegründung ergänzend „personenbezogene Metadaten“ und „sonstigen Metadaten“ „neben Verkehrsdaten“ genannt werden (Begründung S. 85 ff.). Infolge fehlender Legaldefinitionen wird in § 26 BNDG-E eine Be-

stimmtheit des Begriffs der (personenbezogenen) Verkehrsdaten suggeriert, die nicht vorhanden ist. Es kommt hierdurch zu Unklarheiten, ab welcher Schwelle eine Abgrenzung zu den Inhaltsdaten der Kommunikation erfolgt. Die Begriffsunklarheit führt so auch zu Folgeproblemen beim Schutz vom BND erhobener Verkehrsdaten von inländischen Grundrechtsträgern. Faktisch wird in sehr vielen Fällen der zunächst erteilte Schutz der Verkehrsdaten von § 26 Abs. 3 S. 2 BNDG-E bei Daten der Maschine-zu-Maschine-Kommunikation wieder aufgehoben. Mit der Maschine-zu-Maschine-Kommunikation ist die Kommunikation eines personalisierten Endgeräts gemeint, welche keinen menschlichen Kommunikationspartner hat.

In der Gesetzesbegründung wird diese Kommunikationsform in bagatellisierender Weise als „bloße Maschine-zu-Maschine-Kommunikation“ bezeichnet (Begründung S. 86). Es wird damit das Bestehen einer unwichtigen Kommunikationsform suggeriert, obwohl diese die meistgenutzte Kommunikationsform der Zukunft mit dem „internet of things“ als Teilaspekt des dort zu erwartenden Kommunikationsumfangs sein dürfte. Tatsächlich sind in jedem Endgerät (z.B. Synchronisation eines Smartphones) große Anteile von Maschinenkommunikation enthalten. Dabei generiert die Maschine-zu-Maschine-Kommunikation mitunter private und tiefer eingreifende und umfassendere Erkenntnismöglichkeiten als diese durch eine Telefonüberwachung generiert werden können, selbst wenn die Kommunikation nicht von einem Menschen ausgelöst wurde.

§ 26 Abs. 3 S. 3 BNDG-E sieht zusätzlich die Möglichkeit vor, dass diese Verkehrsdaten zur Erfüllung der Aufgaben des BND weiterverarbeitet werden dürfen, wenn diese im Sinne des Gesetzes unkenntlich gemacht werden. Das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) hat im VERAS-Urteil bereits die Praxis des BND der Unkenntlichmachung der Verkehrsdaten bei Grundrechtsträgern für nicht hinreichend erklärt, weil über Koinzidenz des Kommunikationszeitpunkts/-zeitraums und des Kommunikationsorts eine Repersonalisierung möglich sei (BVerwG 6 A 6.16, Rn. 26). Das wird im BNDG-E nicht geändert und sogar erleichtert.

Durch einfache Koinzidenzbetrachtung kann vom BND weiterhin zwischen den ungeschützten Daten gem. § 26 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 BNDG-E und den unkenntlich gemachten Daten gem. § 26 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 BNDG-E auf die Person zurückgeschlossen werden bzw. die personenbeziehbaren Daten ermittelt werden. Die Zuweisung erfolgt über eine scheinbar zufällige aber doch konstante Kennung „desselben Telekommunikationsmerkmals“ durch „immer denselben Hashwert“ (Begründung S. 88). Folglich ist von einer aufhebbaren Pseudonymisierung auszugehen, da der BND den Personenbezug mit eigenen Daten über einen schlichten Datenvergleich wiederherstellen kann.

Aus den vorgenannten Gründen sollten Legaldefinitionen eingeführt werden. Die Pseudonymisierung muss durch eine Anonymisierung ersetzt werden, um einer umfangreichen Überwachung von inländischen Grundrechtsträgern zu begegnen, welche besonderen verfassungsrechtlichen Risiken ausgesetzt ist.

## **9. Überwachtes Internetaufkommen**

Die Beschränkung des überwachten Internetverkehrsaufkommens aus den undefiniert gelassenen „bestehenden Telekommunikationsnetzen“ bedarf der Überarbeitung. Zwar wurde die prozentuale Grenze von 50% auf nominal 30% gem. § 19 Abs. 8 BNDG-E verringert. Dies führt jedoch zu keiner vom BVerfG geforderten tatsächlichen Beschränkung. Die Gesetzesbegründung erklärt den an sich unscharfen Begriff der „bestehenden Telekommunikationsnetze“ mit der Kapazität aller weltweiten Telekommunikationsnetze und nicht mit der effektiv genutzten Datenrate der für den BND praktisch erreichbaren und überwachbaren Telekommunikationsnetze. Insofern muss beachtet werden, dass ein erheblicher Teil der Kapazität von geschätzten 50% im jeweiligen Netz etwa zur Abfederung von Lastspitzen vorgehalten werden. Damit nimmt die nominale Beschränkung auf die unrealistisch hohe Gesamtkapazität sämtlicher weltweit bestehender Telekommunikationsnetze Bezug. So können die vom BND erreichbaren und überwachbaren Telekommunikationsnetze mit denen, die praktisch außerhalb seines Zugriffs sind, verrechnet werden. Die prozentuale Grenze von 30% der weltweiten Netzkapazität dürfte eher einer 100%igen Überwachungserlaubnis der effektiven Datenströme in den erreichbaren Telekommunikationsnetzen entsprechen.

Um auch hier verfassungsrechtlichen Risiken zu begegnen, sollte im Gesetz die Beschränkung auf eine taugliche Bezugsgröße erfolgen. Die Verwendung effektiver Datenraten auf den dem BND zur Verfügung stehenden Übertragungswegen anstelle von Datenkapazitäten würde beispielsweise in die richtige Richtung führen.

## **10. Eingriff in informationstechnische Systeme / Quellen-TKÜ**

Die §§ 34, 38 BNDG-E beinhalten gesetzlich neue, besonders intensive Grundrechtseingriffe durch den Eingriff in informationstechnische Systeme / Computer-Network-Exploitation samt der Ermächtigung zur Durchführung einer Quellen-TKÜ und den daraus folgenden Inlandsübermittlungen.

Die Erhebungsschwellen zur politischen Unterrichtung gem. § 34 Abs. 2 BNDG-E und zur Gefahrenfrüherkennung gem. § 34 Abs. 3 BNDG-E sind verfassungsrechtlichen Risiken ausgesetzt. Es empfiehlt sich jedenfalls für die Gefahrenfrüherkennung trotz des Auslandsbe-

zuges eine Anhebung der Erhebungsschwelle mindestens annähernd auf das Niveau der Schwellenvorgabe, welche im Urteil des BVerfG zur Onlinedurchsuchung (BVerfG 1 BvR 966/09, Rn. 212) festgesetzt wurde. In dieser Entscheidung wurde ohne Auslandsbezug für den zielgerichteten Eingriff in das Recht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme das Erfordernis von „*tatsächlichen Anhaltspunkten für eine im Einzelfall drohende konkrete Gefahr für ein überragend wichtiges Rechtsgut*“ gefordert (BVerfG 1 BvR 966/09, Rn. 212). Auf dieses Urteil hat das BVerfG im Urteil zur strategischen A-FMA ausdrücklich Bezug genommen, indem es klargestellt hat, dass das Urteil zur Onlinedurchsuchung auch für die Nachrichtendienste Geltung entfaltet (Rn. 141).

Auch die Übermittlungsvorschrift gem. § 38 BNDG-E sehe ich verfassungsrechtlichen Risiken ausgesetzt. In der Gesetzesbegründung wird zwar ausgeführt, dass die Übermittlung gem. § 38 BNDG-E auch gegenüber den bereits erhöhten Schwellen der §§ 29 ff. BNDG-E ein eigenes Übermittlungsregime erfordert, das der Eingriffsschwere vor dem Hintergrund des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes Rechnung trägt (Begründung S. 114). Hinter diesem Anspruch bleibt aber insbesondere § 38 BNDG-E zurück, welcher lediglich bei der Übermittlung zur Strafverfolgung „Tatsachen, die die Annahme rechtfertigen“ anstatt „tatsächlicher Anhaltspunkte“ im Vergleich zu § 29 BNDG-E als leicht stärker ausgestaltete Übermittlungsschwelle vorsieht.

Im Übrigen ist es dringend notwendig, dass das „informationstechnische System“ als eine zentrale Begrifflichkeit nicht nur im BNDG-E eine gesetzliche Definition erfährt.

## **11. Kooperation der Kontrollorgane**

Die Kooperationsregelung gem. § 58 Abs. 2 BNDG-E zwischen den Kontrollorganen bedarf der Nachbesserung. Mir ist nach dieser Regelung keine inhaltliche Kooperation mit den anderen Kontrollorganen möglich.

Ein Austausch lediglich über „allgemeine Angelegenheiten“ der Kontrolltätigkeit, wie in § 58 Abs. 2 BNDG-E vorgesehen, ist unzureichend. Selbstverständlich muss zwischen den Kontrollorganen ein inhaltlicher Austausch möglich sein, um Kontrolllücken bzw. „Doppelkontrollen“ vermeiden zu können. Durch die Vorgabe eines Austausches nur über „allgemeine Angelegenheiten“ werden die Effektivität und Synergien bei Kontrollen erschwert.

Im Übrigen sollte die Überschrift des § 58 BNDG-E noch angepasst werden. Es muss heißen: „Zusammenarbeit zwischen dem Unabhängigen Kontrollrat [...]“.

## **12. Fragliche Distanz des Unabhängigen Kontrollrats zum BND**

Die vom BVerfG geforderte notwendige Distanz des Unabhängigen Kontrollrats zum BND könnte durch die gesetzlich geregelten Einflussmöglichkeiten des Bundeskanzleramtes beeinträchtigt werden.

Gem. § 41 Abs. 5 BNDG-E ist das Bundeskanzleramt vor Erlass einer Geschäftsordnung und Verfahrensordnung des unabhängigen Kontrollrats anzuhören. Gem. § 41 Abs. 1 BNDG-E sind als Dienstsitze Berlin und Pullach vorgesehen. Unklar bleibt dabei, ob der Unabhängige Kontrollrat auf den Liegenschaften des BND den Dienstsitz oder Büros annehmen soll und so die notwendige Distanz faktisch unterlaufen wird. Gem. § 55 Abs. 3 BNDG-E ist das Bundeskanzleramt vor Veröffentlichung einer abstrakten Unterrichtung des Bundestages zunächst anzuhören. Gem. § 57 Abs. 2 BNDG-E darf der unabhängige Kontrollrat dem Bundeskanzleramt und damit der dem BND übergeordneten Behörde die Personalverwaltung und Personalwirtschaft übertragen. Schon aufgrund der Herausforderung, die gerichtsähnliche Kontrolle von Grund auf in kürzester Zeit aufbauen zu müssen, ist davon auszugehen, dass dem unabhängigen Kontrollrat keine andere Wahl bleiben wird, als dieses Angebot anzunehmen. Von besonderer Bedeutung ist dies deshalb, weil das BVerfG im Urteil bereits *„auf eine ausgewogene Zusammensetzung der Kontrollinstanzen“* wert gelegt hat, bei welcher *„zur Sicherstellung der gebotenen Unabhängigkeit auf die Wahrung einer hinreichenden Distanz zum Bundesnachrichtendienst“* zu achten ist (Rn. 287).

In der gegenwärtigen Fassung des BNDG-E erscheint die erforderliche Distanz noch nicht hinreichend abgesichert, weshalb der Gesetzentwurf insoweit nachgebessert werden sollte.

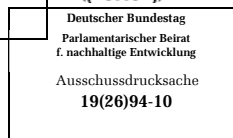
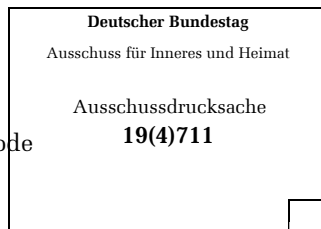
## **13. Fehlende Anordnungsbefugnis des BfDI**

Der BfDI kann auch nach dem aktuellen BNDG-E weiterhin lediglich Beanstandungen aussprechen, die bereits durch die Äußerung einer gegenteiligen Rechtsauffassung unberücksichtigt bleiben können. Im Sinne einer wirksamen Kontrolle sollte der BfDI entsprechend § 69 Abs. 2 BKAG konkrete Anordnungsbefugnisse gegenüber dem BND bei festgestellten Datenschutzverstößen erhalten.

## **14. Übergangsregelungen**

Der Wortlaut des § 69 Abs. 1 S. 2 BNDG-E ist missverständlich gewählt und bedarf der klarstellenden Aufnahme des BfDI im Hinblick auf die mir zustehenden Kontrollrechte, da der Wortlaut die Rechtskontrolle ausschließlich durch die administrative Kontrolle vorsieht.

19. Wahlperiode



Deutscher Bundestag

Parlamentarischer Beirat für  
nachhaltige Entwicklung

---

## **Gutachtliche Stellungnahme, hier: keine Prüfbitte**

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

---

Bundestags-Drucksache: 19/26103

Bundesrats-Drucksache: 13/21

Im Rahmen seines Auftrags zur Überprüfung von Gesetzentwürfen und Verordnungen der Bundesregierung auf Vereinbarkeit mit der nationalen Nachhaltigkeitsstrategie hat sich der Parlamentarische Beirat für nachhaltige Entwicklung gemäß Einsetzungsantrag (BT-Drs. 19/1837) in seiner 66. Sitzung am 27. Januar 2021 mit dem Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des BND-Gesetzes zur Umsetzung der Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts sowie des Bundesverwaltungsgerichts (BT-Drs. 19/26103) befasst.

Folgende Aussagen zur Nachhaltigkeit wurden in der Begründung des Gesetzentwurfes getroffen:

„Der Gesetzentwurf steht im Einklang mit den Leitgedanken der Bundesregierung zur nachhaltigen Entwicklung im Sinne der Nationalen Nachhaltigkeitsstrategie. Die Wirkungen des Gesetzentwurfes zielen auf eine nachhaltige Entwicklung, weil er den Bundesnachrichtendienst mit rechtssicheren Befugnissen zum Schutz der Bürgerinnen und Bürger ausstattet und gleichzeitig den Datenschutz nach Maßgabe des Urteils des Bundesverfassungsgerichts stärkt.“

#### **Formale Bewertung durch den Parlamentarischen Beirat für nachhaltige Entwicklung:**

Eine Nachhaltigkeitsrelevanz des Gesetzentwurfes ist gegeben. Der Bezug zur nationalen Nachhaltigkeitsstrategie ergibt sich hinsichtlich folgender Indikatoren:

- Indikator 16.1 - Kriminalität: Straftaten.

Die Darstellung der Nachhaltigkeitsprüfung ist plausibel.

**Eine Prüfbitte ist daher nicht erforderlich.**

Berlin, 27. Januar 2021

Sybille Benning, MdB  
Berichterstatlerin

Dr. Christoph Hoffmann, MdB  
Berichterstatter



# STELLUNGNAHME VON AMNESTY INTERNATIONAL ZUM ENTWURF EINES GESETZES ZUR ÄNDERUNG DES BND-GESETZES, DRUCKSACHE 19/26103

Berlin, 17.02.2021

## A. VORWORT

Die Bundesregierung hat mit der anstehenden Neufassung des BND-Gesetzes die Gelegenheit, mit einem **gesetzgeberischen "Neustart"** die Überwachungsbefugnisse des BND sowie seine Kontrolle neu zu fassen. Es gilt die von Überwachungsvorgängen betroffenen Menschenrechte angemessen zu schützen und dabei auch international mit gutem Beispiel voranzugehen. Dem vorliegenden Entwurf gelingt dies an vielen Stellen noch nicht, auch die Maßgaben des Bundesverfassungsgerichts werden nicht vollständig umgesetzt. Diese Maßgaben tragen auch dazu bei, dass Deutschland seine **völkerrechtliche Verpflichtung zur Achtung der Menschenrechte** in diesem sensiblen Bereich staatlichen Handelns erfüllen kann. In diesem Sinne stellen die nachfolgend kritisierten **Defizite der Umsetzung des Urteils Indizien für eine Verletzung menschenrechtlicher Pflichten Deutschlands** dar (insbesondere des Rechts auf Privatleben, wie es sich etwa aus Art. 8 EMRK, Art. 12 IPbpR ergibt), die beseitigt werden müssen.

Es sei darauf hingewiesen, dass die **Frage der menschenrechtlichen Vereinbarkeit anlassloser Massenüberwachung für Zwecke der nationalen Sicherheit** derzeit auch Gegenstand eines laufenden Verfahrens vor dem EGMR ist.<sup>1</sup> Die nachfolgende Kommentierung orientiert sich im Wesentlichen an der bereits erfolgten Rechtsprechung des BVerfG, auf deren Grundlage die Änderung des BND-Gesetzes erfolgen muss.

Der Gesetzentwurf **schränkt die bestehenden Überwachungsbefugnisse des BND kaum ein und erweitert sie an einigen Stellen sogar** (etwa bei der erweiterten „Eignungsprüfung“ und dem Einsatz von Hacking für die Überwachung verschlüsselter Kommunikation). Die vom Bundesverfassungsgericht geforderte sogenannte **"Überwachungsgesamtrechnung"** hat die Bundesregierung noch immer nicht erstellt. Sie wäre nach Ansicht von Amnesty International eine notwendige Grundlage für Entscheidungen über weitere gesetzgeberische Eingriffe in das Menschenrecht auf Privatsphäre.

Aus zeitlichen Gründen nimmt Amnesty International nur zu ausgewählten Regelungen des vorliegenden Gesetzentwurfs Stellung. Dies bedeutet nicht, dass die Organisation bezüglich aller anderen Regelungen keine menschenrechtlichen Bedenken hat.

## B. ZUSAMMENFASSUNG DER SCHWERWIEGENDSTEN DEFIZITE UND VORSCHLÄGE ZUR ABHILFE

<sup>1</sup> 10 Human Rights Organisations and others v. United Kingdom (no. 24960/15), siehe auch Amnesty-Stellungnahme für den EGMR, Online: <https://www.amnesty.org/en/documents/eur45/0646/2019/en/>



(Begründungen sowie weitere Punkte werden im folgenden Volltext ausgeführt)

- **Ungenügende Beschränkungen der strategischen Aufklärung:**
  - Die Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer strategischen Aufklärungsmaßnahme gemäß § 19 BNDG-E sind - auch gegenüber dem Urteil des BVerfG - zu weit gefasst. Nachschärfungen sind erforderlich, insbesondere hinsichtlich der genannten Gefahrenbereiche.
  - Das zulässige Datenvolumen ist mit 30 Prozent der Telekommunikationsnetze nicht wirksam beschränkt, da die Anzahl der überwachten Netze nichts über das überwachte Datenvolumen aussagt. Die Begrenzung sollte stattdessen anhand der Datenmenge definiert und um eine Begrenzung des abgedeckten geographischen Gebiets ergänzt werden.
  
- **Ungenügende Verwendungsbeschränkung:** Die Differenzierung zwischen den Aufklärungszwecken (§ 19 Abs. 10 BNDG-E) ist zu grob, stattdessen sollte nach den unter § 19 Abs. 4 benannten konkreten Aufklärungszwecken differenziert werden.
  
- **Die geplante „Eignungsprüfung“ stellt ein Einfallstor für unkontrollierte, anlasslose Massenüberwachung dar.** Die Anordnung kann immer wieder verlängert werden und die Möglichkeiten für eine Weiterverarbeitung und langfristige Speicherung der erhobenen Daten wurden ausgeweitet. Nicht nachvollziehbar ist, warum die Anordnungen und Weiterverarbeitungsbefugnisse nicht der Kontrolle durch den Unabhängigen Kontrollrat unterliegen. Zusätzlich unterliegen Eignungsprüfungen nicht der Beschränkung auf 30 Prozent der Telekommunikationsnetze. Die Möglichkeit einer Eignungsprüfung muss gestrichen oder wenigstens in Überwachungsvolumen und Dauer deutlich begrenzt sowie der Kontrolle unterworfen werden.
  
- **Die Regelungen für Datenübermittlungen** an inländische (§ 29) sowie ausländische (§ 30) Stellen geben Anlass zu einer Reihe von Bedenken bzgl. zu niedrig angesetzter Übermittlungsschwellen, möglicher Automatisierung, fehlender Begrenzungen und Beschränkungen und Zweifeln an der Normenklarheit und Verhältnismäßigkeit (siehe Volltext). Zusätzlich genügt die Regelung in § 30 Abs. 6 BNDG-E, aus der sich ergibt, in welchen Fällen Daten nicht an ausländische Stellen weitergegeben werden dürfen, nicht den Anforderungen des BVerfG. Sie kann Betroffene auch nicht hinreichend vor weiteren Menschenrechtsverletzungen in Folge der Weitergabe sie betreffender Daten an eine ausländische Stelle schützen.
  
- **Eingriffe in informationstechnische Systeme (Hacking)** sind nach Ansicht von Amnesty unverhältnismäßig im Bereich der politischen Unterrichtung der Bundesregierung (§ 34 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BNDG-E), auch bei der Gefahren-Früherkennung erscheint die Verhältnismäßigkeit nur schwer vorstellbar. Sofern dennoch an dieser Befugnisserweiterung für den BND festgehalten werden soll, müssen dringend zusätzliche Maßnahmen bzgl. der Anordnungen, Minimierung von Manipulationsrisiken und Protokollierung eingeführt werden. Zusätzlich muss ein Schwachstellenmanagement vorgesehen werden, also ein Prozess, der die Verhältnismäßigkeit der Ausnutzung einer Schwachstelle prüft und dabei die damit verbundenen Risiken einer fortdauernden Geheimhaltung für die Allgemeinheit angemessen berücksichtigt. Amnesty setzt sich für zahlreiche Menschenrechtsverteidiger\_innen weltweit ein,



deren Kommunikation unter Ausnutzung nicht bekannter Sicherheitslücken überwacht wurde und wird.<sup>2</sup>

- **Die Perspektive der von Überwachung Betroffenen sollte im unabhängigen Kontrollrat dringend gestärkt werden.** Dafür sollte ein kontradiktorisches Verfahren eingeführt werden (auch, um die vom BVerfG geforderte "Gerichtsähnlichkeit" zu erreichen), möglichst durch explizite Aufnahme eines "Anwalts/Anwältin der Menschenrechte". Zudem ist die Einrichtung eines Expert\_innenbeirats empfehlenswert.
- **Die Kontrolle durch den Kontrollrat ist lückenhaft:**
  - Dem gerichtsähnlichen Kontrollorgan sollten auch die Suchmerkmale (Selektoren) zur Prüfung vorgelegt werden.
  - Die Prüfkompetenzen des Kontrollrates sollten auf Verkehrsdaten und sogenannte "Sachdaten ohne Personenbezug" ausgeweitet werden.
  - Unbedingt müssen die sogenannten "Eignungsprüfungen" nach §24 einer Kontrolle durch beide Organe des Unabhängigen Kontrollrates unterworfen werden.
  - Im Bereich der internationalen Kooperationen besteht Präzisierungsbedarf bei der Kontrolle (siehe Volltext).
- **Der Weg zu einer Beanstandung durch den Kontrollrat dauert zu lange**, er sollte vereinfacht und verkürzt werden, zudem es bedarf es der Aufnahme explizierter Sanktionsmöglichkeiten für den Kontrollrat und einer Stärkung der Kontrolle durch den BfDI durch die Möglichkeit von Anordnungen.

## B. AUSFÜHRLICHE BETRACHTUNG DES GESETZENTWURFES

### ZUR STRATEGISCHEN AUSLAND-FERNMELDEAUFLÄRUNG, § 19 BNDG-E:

- **Die Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer strategischen Aufklärungsmaßnahme** gemäß § 19 BNDG-E sind gegenüber den klaren Maßgaben des BVerfG noch **zu weit gefasst**. So bleibt die Formulierung hinsichtlich der Gefahrenfrüherkennung (§ 19 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 4 BNDG-E) deutlich hinter den Vorgaben des BVerfG zurück. Danach müsse die Aufklärungstätigkeit auf den Schutz hochrangiger Gemeinschaftsgüter gerichtet sein, deren Verletzung schwere Schäden für den äußeren und inneren Frieden oder die Rechtsgüter Einzelner zur Folge hätte (BVerfG, Rn. 176). Die derzeit vorgesehene Regelung spiegelt diese hohen Anforderungen noch nicht ausreichend wider, sondern verlangt lediglich, dass die Informationen „von außen- und sicherheitspolitischer Bedeutung für die Bundesrepublik Deutschland“ sind und tatsächliche Anhaltspunkte für die Möglichkeit vorliegen, Erkenntnisse zu bestimmten, benannten Gefahrenbereichen oder zum Schutz bestimmter benannter Rechtsgüter zu gewinnen. Insbesondere bei den benannten **Gefahrenbereichen sind Nachschärfungen** zwingend erforderlich, um die Maßgaben des BVerfG angemessen umzusetzen. Besonders deutlich wird dies an den Formulierungen in § 19 Abs. 4 Nr. 1 lit. b (krisenhafte Entwicklungen im Ausland

<sup>2</sup> Siehe Amnesty International, Bericht „Gezielte Überwachung von Menschenrechtsverteidigern“, 2020, online: [https://www.amnesty.de/sites/default/files/2020-09/Amnesty-Bericht-Gezielte-Ueberwachung-von-Menschenrechtler\\_innen-August-2020.pdf](https://www.amnesty.de/sites/default/files/2020-09/Amnesty-Bericht-Gezielte-Ueberwachung-von-Menschenrechtler_innen-August-2020.pdf)



und deren Auswirkungen) und § 19 Abs. 4 Nr. 1 lit. h BNDG-E (hybride Bedrohungen): Hier wird in keiner Weise näher bestimmt, welche besondere Qualität die bezeichneten Gefahren im Einzelfall haben müssen und von welchen Schäden auszugehen sein muss, um eine strategische Aufklärungsmaßnahme zu rechtfertigen. In ähnlicher Weise gilt dies für die ebenfalls sehr weitgehende Einbeziehung von Gefahren für die Landes- oder Bündnisverteidigung und für Auslandseinsätze der Bundeswehr oder verbündeter Streitkräfte (§ 19 Abs. 4 Nr. 1 lit. a BNDG-E): Die Formulierung definiert die Verteidigung und Auslandseinsätze pauschal als Gefahrenbereich. Statt dessen sollte daran angeknüpft werden, zur Beseitigung welcher Gefahren für ein Gemeinschaftsgut in diesem Bereich (z. B. der Gefahr eines bewaffneten Angriffs auf die Bundesrepublik Deutschland) das Instrument der strategischen Aufklärungsmaßnahme eingesetzt werden darf und welche Schäden für den äußeren oder inneren Frieden Deutschlands damit verbunden sein müssen.

- Die auch vom BVerfG (vgl. Urt. v. 19.5.2020, Rn. 169) geforderte **Begrenzung des erfassten Datenvolumens** je Übertragungsweg kann mit einer **Begrenzung nach der Anzahl der Telekommunikationsnetze nicht erreicht werden**. Die in § 19 Abs. 8 BNDG-E genannte Grenze von 30 Prozent der bestehenden Telekommunikationsnetze ist bereits für sich genommen sehr weit, da sie – insbesondere unter Berücksichtigung des Fortfalls der Inlandsbeschränkung in § 19 Abs. 1 BNDG-E und der expliziten Befugnis zum Hacking ausländischer Telekommunikationsnetze in § 19 Abs. 6 BNDG-E – nur so ausgelegt werden kann, dass sie sich auf alle weltweit bestehenden Telekommunikationsnetze bezieht. Zum anderen besagt eine Beschränkung nach Netzen nichts über die über diese Netze fließenden **Datenmengen**. Schon die Einbeziehung der Backbone-Netze weniger internationaler Tier-1-Provider – deren Kommunikationsverkehr nach diesen Vorgaben dann vollständig überwacht werden dürfte – **kann zu einer Erfassung nahezu sämtlicher internationaler Telekommunikation führen. Dies stellt keine wirksame Begrenzung des Datenvolumens dar, wie sie vom BVerfG intendiert war**. Vielmehr muss die Begrenzung anhand der konkret überwachten Datenmenge definiert werden.
- Auch an einer vom BVerfG geforderten Begrenzung des von der Überwachung abgedeckten **geographischen Gebiets** fehlt es; dass eine solche stattfindet, muss ebenfalls bereits durch den Gesetzgeber sichergestellt werden (BVerfG, Urt. v. 19.5.2020, Rn. 169).
- Die Methoden zur automatisierten **Ausfilterung von Kommunikation unter Beteiligung von Inländern und Deutschen** müssen nach den Vorgaben des BVerfG kontinuierlich fortentwickelt werden und dabei auf dem Stand von **Wissenschaft und Technik** gehalten werden (BVerfG, Urt. v. 19.5.2020, Rn. 173). § 19 Abs. 7 BNDG-E sieht hingegen lediglich vor, dass hierbei der Stand der Technik zu berücksichtigen ist. Dies beschränkt die Fortentwicklungsverpflichtung auf die bereits verfügbaren Filtertechniken und es wird versäumt, dem BND auch die vom BVerfG vorgesehene Pflicht aufzuerlegen, nach dem Stand der Wissenschaft mögliche Fortentwicklungen auch selbst zu betreiben.
- Werden **Daten von Inländern oder Deutschen trotz der Filterung erhoben**, dürfen sie nach § 19 Abs. 7 Satz 4 BNDG-E unter anderem auch dann weiterverarbeitet werden, wenn tatsächliche Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass dadurch eine erhebliche Gefahr für die Sicherheit eines anderen EU-, EFTA- oder NATO-Mitgliedstaates abgewendet werden kann. Weder aus dem Gesetzestext noch aus der Begründung ist hinreichend ersichtlich, wie dies mit den **Vorgaben des BVerfG**, das in diesem Zusammenhang lediglich Gefahren für die Sicherheit des Bundes



oder eines Landes benennt, in Einklang gebracht werden kann. Dies gilt auch für andere Regelungen, die auf Gefahren für diese Staaten Bezug nimmt, um bestimmte Maßnahmen ausnahmsweise für zulässig zu erklären, wie etwa die Regelung zur Zulässigkeit gezielter Überwachungsmaßnahmen gegen **Berufsgeheimnisträger** in § 21 Abs. 2 Nr. 2 lit. c BNDG-E und zur Zulässigkeit der Weiterverarbeitung von personenbezogenen Daten, die im Rahmen einer **Eignungsprüfung** erhoben wurden (§ 24 Abs. 7 BNDG-E).

- Die in § 19 Abs. 10 BNDG-E geregelte Differenzierung zwischen den Aufklärungszwecken ist zu grob, um eine zweckgemäße **Verwendungsbeschränkung** herbeiführen zu können. Sie entspricht auch nicht den Anforderungen des BVerfG, das im Rahmen von Aufklärungsmaßnahmen im Sinne von § 19 Abs. 1 Nr. 2 BNDG-E die **Definition von „hinreichend begrenzte(n) und differenzierte(n) Zwecke(n)“** verlangt (vgl. BVerfG, Urt. v. 19.5.2020, Rn. 175). Für jedes erhobene Datum sollte nachgewiesen werden können, zu welchem oder welchen dieser Zwecke die Erhebung erfolgte. Der pauschale Verweis auf die „Früherkennung von aus dem Ausland drohenden Gefahren von internationaler Bedeutung“ genügt deshalb nicht. Vielmehr ist weitergehend nach den **unter § 19 Abs. 4** benannten, konkreten Aufklärungszwecken zu differenzieren. Daten, die etwa zur Aufklärung terroristischer Gefahren erhoben wurden, dürfen nicht ohne weiteres zur Aufklärung von Angriffen auf kritische Infrastrukturen verwendet werden, wenn dieser Zweck nicht ebenfalls für die konkrete Aufklärungsmaßnahme angegeben wurde. Während § 23 Abs. 3 BNDG-E dies richtigerweise berücksichtigt, fehlt eine Bezugnahme auf die granulareren Aufklärungszwecke im Rahmen der Datenkennzeichnung, wie sie geboten wäre (BVerfG, Urt. v. 19.5.2020, Rn. 182). Auch ist nicht nachvollziehbar, weshalb eine **Kennzeichnung bei Übermittlung entfallen** soll. Im Gegenteil muss gerade bei einer Übermittlung transparent sein, zu welchem Zweck die Daten ursprünglich erhoben wurden und zu welchem Zweck sie nun übermittelt werden, um die Rechtmäßigkeit der Übermittlung auch im Nachhinein überprüfen zu können.
- Die Geltung der Maßgaben in § 19 BNDG für die nachfolgenden Vorschriften ist unklar. Insbesondere in § 20 Abs. 1 und 2 und § 21 Abs. 1 BNDG-E sollte klargestellt werden, dass die Erhebung von Daten von Deutschen auf der Grundlage dieser Vorschrift **nicht zulässig ist**. Denn für diese gelten die Voraussetzungen einer Telekommunikationsüberwachung nach den für Inländer geltenden Vorschriften.

#### ZUR SOGENANTEN „EIGNUNGSPRÜFUNG“, § 24 BNDG-E

Die vorgesehenen „Eignungsprüfungen“ geben gleich mehrfach Anlass zur Besorgnis:

- Zum einen handelt es sich bei der Vorschrift um eine Erweiterung der Befugnis zur Erhebung von personenbezogenen Daten über die in § 19 BNDG-E geregelten Grenzen hinaus. Dies ergibt sich jedoch nur mittelbar aus Sinn und Zweck der Regelung und weckt daher Zweifel daran, ob die grundsätzlich abschließende Formulierung in § 19 BNDG-E, die auf die Ausnahmen gemäß § 24 BNDG-E nicht verweist, dem Gebot der **Normenklarheit und Bestimmtheit** entspricht.
- Zum anderen besteht die **erhebliche Gefahr**, dass die Befugnis zur Eignungsprüfung in dem in § 24 BNDG-E geregelten Umfang zu einer letztlich **in wesentlichen Teilen unkontrollierten Dauervollüberwachung der betroffenen Telekommunikationsnetze** mit Blick auf die in § 24 Abs. 7 BNDG-E gestatteten Zwecke führt. Denn anders als in der Vorgängerregelung, die lediglich eine einmalige Anordnung für sechs Monate vorsieht (§ 12 Abs. 2 Satz 3 BNDG), kann die Anordnung gemäß § 24 Abs. 2 Satz 3 BNDG-E **immer wieder um jeweils sechs**



**Monate verlängert** werden. Ob die Voraussetzungen des § 24 Abs. 1 BNDG-E bei der erstmaligen oder bei einer verlängernden Anordnung tatsächlich vorliegen, kann durch den Unabhängigen Kontrollrat **nicht überprüft** werden, da dieser nicht hierfür nicht zuständig ist (vgl. § 42 BNDG-E). Damit hängt die Durchführung und potentiell dauerhafte Verlängerung einer Eignungsprüfung für ein bestimmtes Telekommunikationsnetz allein von der Entscheidung der nach § 24 Abs. 3 BNDG-E zur Anordnung befugten Personen – also einer **allein BND-internen Entscheidung** - ab. Die sogenannte Eignungsprüfung wird somit zum potentiellen Einfallstor für eine der Kontrolle entzogene anlasslose Massenüberwachung.

- Gegenüber der Vorgängerregelung wurden zudem die Fälle, in denen die Daten aus Eignungsprüfungen **weiterverarbeitet** werden dürfen, beträchtlich erweitert. Gemäß § 24 Abs. 7 Abs. 1 BNDG-E dürfen Daten schon dann weiterverarbeitet werden, wenn tatsächliche Anhaltspunkte für eine erhebliche Gefahr für die in lit. a und b genannten Rechtsgüter bestehen. Weder ist Voraussetzung, dass sich diese tatsächlichen Anhaltspunkte aus den im Rahmen der Eignungsprüfung erhobenen Daten ergeben, noch muss die Weiterverarbeitung (anders als noch gemäß der Vorgängerregelung in § 12 Abs. 5 BNDG) irgendeinen Beitrag zur Abwendung dieser Gefahr leisten. Eine derart unbestimmte Formulierung dürfte den Anforderungen an eine **normenklare und präzise** Eingriffsregelung nicht entsprechen. Über die Vorgängerregelung hinaus geht ferner die hinzugefügte Befugnis zur **Übermittlung der Daten an die Bundeswehr**, wenn tatsächliche Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass dies zum Schutz bestimmter Rechtsgüter erforderlich ist (§ 24 Abs. 7 Nr. 2 BNDG-E). Diese Übermittlung darf gemäß § 24 Abs. 7 Satz 2 BNDG-E auch automatisiert erfolgen. Es fehlen jedoch Maßgaben dazu, wie im Rahmen einer automatisierten Übermittlung effektiv geprüft werden soll, ob tatsächliche Anhaltspunkte für eine Erforderlichkeit zum Schutz dieser Rechtsgüter vorliegen. Schließlich erlaubt § 24 Abs. 6 Satz 2 BNDG-E die **fortdauernde Speicherung von Daten**, deren Inhalt für den BND nicht lesbar ist und die zu Forschungszwecken benötigt werden, für einen Zeitraum von zehn Jahren. Hierzu dürfte sämtliche mithilfe eines zum Erhebungspunkt als sicher eingestuftem Algorithmus verschlüsselte Kommunikation zählen. Eine nähere Bestimmung der Forschungszwecke, zu denen von einer Löschung der Daten nach Ablauf der in § 24 Abs. 6 Satz 1 BNDG-E geregelten Fristen abgesehen werden kann, fehlt. Auch ist nicht ersichtlich, auf welche Rechtsgrundlage sich der BND bei der weiteren Verarbeitung dieser Daten zu den nicht näher spezifizierten Forschungszwecken stützen kann. Auch die Weiterverarbeitungsbefugnisse **unterliegen nicht der Kontrolle** durch den Unabhängigen Kontrollrat.
- Schließlich besteht die Gefahr, dass mit der Eignungsprüfung die **Beschränkung der Ausland-Fernmeldeaufklärung auf 30 Prozent der bestehenden Telekommunikationsnetze (§ 19 Abs. 8 BNDG-E) umgangen** werden kann. Denn diese Quote findet keine Anwendung auf die für die Durchführung der Eignungsprüfung ausgewählten Telekommunikationsnetze. Auch eine andere quantitative Schranke für die Erhebung und Auswertung personenbezogener Daten aus Telekommunikationsnetzen zur Eignungsprüfung ist nicht ersichtlich.

#### **UMGEHUNG DES VERBOTS DER ERHEBUNG VON VERKEHRSDATEN VON DEUTSCHEN UND INLÄNDERN**

Die Regelung in § 26 Abs. 3 Satz 2 BNDG-E stellt **eine unzulässige Umgehung des grundsätzlichen Verbots der Erhebung von Verkehrsdaten von Deutschen und Inländern** dar:

- Nummer 1 erlaubt die Verarbeitung von personenbezogenen Verkehrsdaten, die trotz ihres Personenbezugs "ohne unmittelbaren Bezug zu einem konkreten menschlichen

Kommunikationsvorgang anfallen". Eine derartige Differenzierung ist nach den **Vorgaben des BVerfG unzulässig** und würde zu einer Erhebung personenbezogener Daten über Deutsche oder Inländer führen, die von vornherein "mit allen zur Verfügung stehenden technischen Mitteln technisch herausgefiltert und spurenlos gelöscht werden müssen, bevor eine manuelle Auswertung erfolgt" (BVerfG Rn. 173). Soweit eine solche Filterung technikbedingt eine Datentrennung nicht vollständig gewährleisten kann, dürfen die Daten von Deutschen oder Inländern nicht genutzt werden und sind unverzüglich zu löschen (Rn. 174). Dies steht einer weiteren Verarbeitung entgegen.

- Nummer 2 erlaubt die **Verarbeitung von personenbezogenen Verkehrsdaten von Deutschen und Inländern** ohne Einschränkung, soweit sie unverzüglich nach ihrer Erhebung automatisiert unkenntlich gemacht werden. Dies **widerspricht den Vorgaben des BVerfG**, nach denen bereits die Erhebung von Verkehrsdaten, die sich auf Deutsche oder Inländer beziehen, unzulässig ist, soweit die Ausfilterung technisch möglich ist. Nummer 2 differenziert jedoch nicht nach der technischen Möglichkeit einer Ausfilterung, sondern erlaubt die Erhebung ohne Einschränkung. Auch soweit Verkehrsdaten selbst mit allen zur Verfügung stehenden Mitteln technisch nicht herausgefiltert werden können und deshalb zunächst erhoben werden dürfen, dürfen sie anschließend "nicht genutzt werden und sind unverzüglich zu löschen" (Rn. 174). Selbst wenn man in einer Anonymisierung eine zulässige Form der Löschung personenbezogener Daten sähe, ist darauf hinzuweisen, dass eine Anonymisierung, die den in § 26 Abs. 3 Satz 3 BNDG-E aufgestellten Anforderungen genügt, dem BND in vielen Fällen nicht gelingen dürfte. Denn er verfügt über weitreichende Befugnisse zur Erhebung weiterer Daten, die zur **Identifizierung der betroffenen Personen** – ggf. durch Kombination der Datensätze – führen können.

#### **ÜBERPRÜFUNG DER ERFORDERLICHKEIT DER SPEICHERUNG PERSONENBEZOGENER INHALTSDATEN**

- Der in § 27 Abs. 1 Satz 1 BNDG-E vorgesehene Zeitraum für die Überprüfung überschreitet nach Ansicht von Amnesty die Grenzen der **Verhältnismäßigkeit** bei Weitem. Eine Überprüfung des fortdauernden Bestehens eines die Erhebung rechtfertigenden Zwecks gemäß § 19 Abs. 1 BNDG-E hat **laufend und in kurzen Zeitabständen** zu erfolgen, um sicherzustellen, dass Daten nicht länger als erforderlich gespeichert werden.

#### **ÜBERMITTLUNG VON PERSONENBEZOGENEN DATEN AN INLÄNDISCHE STELLEN, §29 BND-GE**

- Die in § 29 Abs. 1 Nr. 1 und 2, Abs. 2, Abs. 3, Abs. 4 Nr. 2, Abs. 5, Abs. 6, Abs. 7, Abs. 8 Nr. 2 BNDG-E verwendete Formulierung, nach der Voraussetzung für eine Übermittlung sein soll, dass "tatsächliche Anhaltspunkte" dafür bestehen, dass diese zum Schutz bestimmter Rechtsgüter erforderlich sei, entspricht nicht den Vorgaben des BVerfG, das im Rahmen der verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung verlangt, dass die Übermittlung zur Erreichung eines legitimen Zwecks **tatsächlich erforderlich** ist (vgl. BVerfG, Rn. 216), und es nicht genügen lässt, dass hierfür lediglich tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen. Das Vorliegen tatsächlicher Anhaltspunkte kann vielmehr nur bei der Beurteilung eine Rolle spielen, ob eine hinreichend konkret absehbare Gefahrenlage besteht, die die Übermittlungsschwelle überschreitet: Als Mindestvoraussetzung müssen hierfür tatsächliche Anhaltspunkte für die Entstehung einer konkreten Gefahr für die Schutzgüter bestehen (BVerfG, Rn. 222). Hierauf bezieht sich die Gesetzesformulierung jedoch nicht. Der Wortlaut ist daher anzupassen, um die vom BVerfG konkretisierten verfassungsrechtlichen Maßgaben umzusetzen. Andernfalls würde die Übermittlungsbefugnis über die Fälle hinaus ausgedehnt, bei denen die Übermittlung zum Schutz der benannten Rechtsgüter tatsächlich erforderlich ist.



- § 29 Abs. 1 Nr. 2 BNDG-E **umfasst die Weitergabe von Daten an BfV, Verfassungsschutzbehörden der Länder und MAD** zum Zweck der Unterrichtung der Bundes- oder einer Landesregierung und erlaubt dies schon dann, "wenn tatsächliche Anhaltspunkte dafür bestehen, dass dies zur Erfüllung seiner Aufgaben oder der Aufgaben der Empfänger erforderlich ist". Das BVerfG gestattet indes eine **Übermittlung ohne besonders qualifizierte Anforderungen** an Rechtsgüterschutz und Übermittlungsschwellen **lediglich an die Bundesregierung** (BVerfG Rn. 223 ff.) und nur, soweit dies "zur Wahrnehmung ihrer außen- und sicherheitspolitischen Verantwortung" (Rn. 223) erfolgt. Die Pflege der auswärtigen Beziehungen ist jedoch Aufgabe des Bundes (Art. 32 Abs. 1 GG). Im Bereich der Außen- und Verteidigungspolitik steht dem Bund die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz zu (Art. 72 Abs. 1 Nr. 1 GG). Schon aus diesem Grund kann eine Übermittlung zum Zweck der Unterrichtung einer Landesregierung ohne zusätzliche Voraussetzungen nicht zulässigerweise erfolgen, unabhängig davon, ob die Daten mit dem Zweck der politischen Unterrichtung oder der Gefahrenfrüherkennung gekennzeichnet wurden.
- Erst recht gilt das unter dem vorangegangenen Aufzählungspunkt Gesagte hinsichtlich der in § 29 Abs. 2 BNDG-E enthaltenen Befugnis einer **Übermittlung** von Daten zu dem genannten Zweck **an andere inländische öffentliche Stellen**, deren Aufgaben mangels konkreter Benennung nicht eingrenzbar sind. Eine derart weite Befugnisnorm dürfte daher nicht nur **gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, sondern schon gegen das Erfordernis einer "normenklaren und hinreichend bestimmten Rechtsgrundlage"** (Rn. 213; BVerfGE 65, 1, 46; vgl. insb. BVerfGE 100, 313, 389) verstoßen.
- § 29 Abs. 4 BNDG-E ist in mehrerlei Hinsicht **zu unbestimmt formuliert**, um den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Bestimmtheit der Eingriffsnorm gerecht zu werden: Zum einen ergibt sich aus der Verweisung auf Absatz 2 nicht, ob damit sämtliche inländischen öffentlichen Stellen bezeichnet werden sollen oder nur solche, an die der BND auch unter den weiteren Voraussetzungen des Absatzes 2 Daten übermitteln darf. Zum anderen gestattet § 29 Abs. 4 Nr. 1 BNDG-E die Übermittlung, "soweit dies in anderen Rechtsvorschriften vorgesehen ist", ohne diese Rechtsvorschriften jedoch hinreichend klar zu benennen. Das BVerfG verlangt, "Verweisungen [müssen] begrenzt bleiben, dürfen nicht durch die Inbezugnahme von Normen, die andersartige Spannungslagen bewältigen, ihre Klarheit verlieren und in der Praxis nicht zu übermäßigen Schwierigkeiten bei der Anwendung führen" (Rn. 215). Durch die offene Formulierung besteht die Gefahr einer **uferlosen Verweisung** auf eine Vielzahl bestehender und möglicherweise erst künftig entstehender Normen, deren Gesamtzahl kaum eingrenzbar ist und deren Anwendbarkeit sich nicht in allen Fällen ohne erhebliche Schwierigkeiten erschließt.
- § 29 Abs. 5 Satz 2 BNDG-E erlaubt die Übermittlung von Daten an die **Bundeswehr** unter bestimmten Voraussetzungen auch **automatisiert**. Dies erscheint grundrechtlich bedenklich, da zweifelhaft ist, wie die erforderliche **Prüfung des Vorliegens der Übermittlungsvoraussetzungen bei einer automatisierten Übermittlung sichergestellt** werden kann. Allein die Einschränkung auf Daten, die im Rahmen von Aufklärungsmaßnahmen nach § 19 Abs. 4 Nr. 1 lit. a oder Nr. lit. a BNDG-E erhoben wurden, kann nicht hinreichend sicher gewährleisten, dass auch die Übermittlung dieser Daten an die Bundeswehr verfassungsrechtlich gerechtfertigt ist.
- Die in § 29 Abs. 6 Satz 3 BNDG-E geregelte Übermittlungsbefugnis entspricht in ihrer Ausgestaltung nicht den vom BVerfG definierten verfassungsrechtlichen Anforderungen an Übermittlungen durch den BND. Die Regelung enthält **weder eine Begrenzung hinsichtlich der Rechtsgüter**, zu deren Schutz die Übermittlung erfolgt, noch eine nennenswerte **Beschränkung**





**hinsichtlich der Übermittlungsschwelle**, die überschritten sein muss. Es ist nicht ersichtlich, weshalb die Intensität des dadurch bewirkten Grundrechtseingriff nur deshalb geringer sein soll, weil die Daten zur Konkretisierung einer Anfrage an eine andere Stelle dienen, der die Daten bereits bekannt sind, wenn die Daten der ersten Stelle vor der Übermittlung nicht bekannt sind. Entsprechend kann auch hinsichtlich der Anforderungen an eine Rechtfertigung der Übermittlung kein anderer Maßstab gelten als für eine Übermittlung in den übrigen in § 29 BNDG-E genannten Konstellationen. Überdies dürfte die Bezugnahme auf eine "Anfrage an eine andere Stelle" aufgrund ihrer Weite und Unschärfe weder dem Gebot der **Normenklarheit noch dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit** entsprechen, da sich aus den verwendeten Begriffen keine taugliche Eingrenzung der Sachverhalte ergibt, auf die die Norm Anwendung finden soll.

- § 29 Abs. 15 BNDG-E sollte um eine **Klarstellung ergänzt** werden, durch die effektiv verhindert wird, dass es unter Hinweis auf behauptete Unvollständigkeiten bereits übermittelter Daten zu weitreichenden **dauerhaften Übermittlungen weiterer Daten** an den Empfänger kommt, zu deren Übermittlung der BND nach den § 29 Abs. 1-7 BNDG-E nicht befugt wäre (z. B. weil der Übermittlungszweck für diese Daten nicht oder nicht mehr vorliegt).

### ÜBERMITTLUNG VON PERSONENBEZOGENEN DATEN AN AUSLÄNDISCHE, ÜBER- UND ZWISCHENSTAATLICHE STELLEN

- Wie bereits oben zu § 29 Abs. 1 Nr. 1 und 2, Abs. 2, Abs. 3, Abs. 4 Nr. 2, Abs. 5, Abs. 6, Abs. 7, Abs. 8 Nr. 2 BNDG-E angemerkt, stellt die Anforderung, nach der "tatsächliche Anhaltspunkte" dafür bestehen müssen, dass eine Übermittlung zum Schutz bestimmter Rechtsgüter erforderlich sei, aus Sicht von Amnesty keine ausreichende Übermittlungsschwelle dar. Die **Forderung nach einer Wortlautanpassung erstreckt sich** folglich auch auf die Verwendung der Formulierung in § 30 Abs. 1, Abs. 2, Abs. 3, Abs. 4 und Abs. 5 BNDG-E.
- Die zu § 29 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2 BNDG-E geäußerte Kritik hinsichtlich des Fehlens hinreichend qualifizierter Anforderungen an **Rechtsgüterschutz und Übermittlungsschwellen** gilt auch für die insoweit gleichlaufende Bestimmung in § 30 Abs. 1 BNDG-E.
- Die zu § 29 Abs. 6 Satz 3 BNDG-E geäußerte Kritik hinsichtlich des Fehlens hinreichend qualifizierter Anforderungen an **Rechtsgüterschutz und Übermittlungsschwellen und des Verstoßes gegen das Gebot der Normenklarheit** gilt ebenso für die entsprechende Regelung einer Übermittlung an ausländische Stellen gemäß § 30 Abs. 4 Satz 4 BNDG-E.
- Die Regelung in § 30 Abs. 6 BNDG-E, aus der sich ergibt, **in welchen Fällen Daten nicht an ausländische Stellen weitergegeben werden dürfen**, bleibt hinter den Anforderungen des BVerfG an die normenklare gesetzliche Regelung einer **Rechtsstaatlichkeitsvergewisserung** zurück (BVerfG, Rn. 238 ff.). Die Vorschrift erlegt dem BND **keinerlei aktive Vergewisserungspflicht auf**, sondern macht die Prüfung der Rechtsstaatlichkeitsanforderungen davon abhängig, dass das Überwiegen von schutzwürdigen Interessen des Betroffenen für den BND "erkennbar" ist. Die insoweit sehr detaillierten Vorgaben des BVerfG zum Verfahren und der abgestuften materielle Prüftiefe (einschließlich der Pflicht zur Durchführung einer betroffenenenspezifischen Prüfung und einer eigenständigen Abwägung bei Daten aus Vertraulichkeitsbeziehungen), sind im Gesetzentwurf **nur unzureichend berücksichtigt**. Auch die Pflicht zur Prüfung des Datenschutzniveaus hat in die Regelung in § 30 Abs. 6 BNDG-E nicht in ausreichender Klarheit Eingang gefunden. Insbesondere die Gewährleistung der Einhaltung von Grundsätzen der Verarbeitung personenbezogener Daten wie des



Zweckbindungsgrundsatzes und des Grundsatzes der Datenminimierung **stellt eine fundamentale Schutzvorkehrung zugunsten des Betroffenen dar, die das BVerfG (Rn. 236) für jede Übermittlung an ausländische Staaten fordert, die sich aus § 30 Abs. 6 BNDG-E jedoch nicht ergibt.** Dadurch besteht die Gefahr, dass sich der BND bei der Übermittlung von Daten an ausländische Stellen nicht im gebotenen Umfang von dem im betreffenden ausländischen Staat bestehenden Datenschutzniveau leiten lässt und lediglich "(i)n Zweifelsfällen" verbindliche diesbezügliche Zusicherungen berücksichtigt (§ 30 Abs. 6 Satz 3 BNDG-E). Die Regelung kann die Betroffenen auch nicht hinreichend vor möglichen weiteren **Menschenrechtsverletzungen** in Folge der Weitergabe sie betreffender Daten an eine ausländische Stelle schützen.

#### **EINGRIFF IN INFORMATIONSTECHNISCHE SYSTEME VON AUSLÄNDERN IM AUSLAND (ONLINE-DURCHSUCHUNG UND QUELLEN-TKÜ), § 34 BNDG-E**

Durch § 34 BNDG-E soll der BND künftig die Befugnis erhalten, im Rahmen einer angeordneten gezielten Überwachungsmaßnahme die Datenerhebung mit Hilfe der Online-Durchsuchung und der Quellen-Telekommunikationsüberwachung (Quellen-TKÜ) durchzuführen. Derartige Maßnahmen erfordern die Überwindung der Integrität des informationstechnischen Systems (IT-Systems), von dem die Daten erhoben werden sollen, durch technische Mittel (Hacking). Damit verbunden sind besonders intensive Eingriffe in Grund- und Menschenrechte, insbesondere das Recht auf Achtung des Privatlebens. Aus Sicht von Amnesty bestehen **erhebliche grundsätzliche Zweifel an der Verhältnismäßigkeit eines Einsatzes derartiger Technologien im Rahmen der Vorfeldaufklärung:**

- **Unverhältnismäßig** ist aus Sicht von Amnesty jedenfalls der Rückgriff auf eine solche Maßnahme im Bereich der politischen Unterrichtung der Bundesregierung (§ 34 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BNDG-E), in dem es **nicht um die Aufklärung einer abstrakten Gefahrenlage** geht, die von der betroffenen Person ausgeht, sondern **lediglich um das Interesse der Bundesregierung, über Geschehnisse und Situationen von außen- und sicherheitspolitischer Bedeutung informiert** zu werden. Auch die durch § 34 Abs. 2 BNDG-E vorgesehene Beschränkung auf Informationen von "herausgehobener außen- und sicherheitspolitischer Bedeutung für die Bundesrepublik Deutschland" kann am grundsätzlichen Überwiegen der Rechte der betroffenen Person nichts ändern. Lediglich ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass der Wortlaut schon zu **unbestimmt** ist, um die grundlegende Anforderung an eine hinreichend klare und präzise gesetzliche Grundlage zu erfüllen: Ein Maßstab, der zur Beurteilung der "Herausgehobenheit" herangezogen werden könnte, ist auch aus der Begründung zum Gesetzentwurf nicht ersichtlich; der Begriff wird neben § 34 BNDG-E an keiner anderen Stelle im BNDG verwendet.
- Gemäß § 34 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BNDG-E ist der Eingriff in IT-Systeme und die Datenerhebung aus ihnen ebenfalls zulässig, wenn dies erforderlich ist zur "**Früherkennung** von aus dem Ausland drohenden Gefahren von internationaler Bedeutung". Es erscheint nur schwer vorstellbar, dass der Einsatz eines derart eingriffintensiven Instruments wie dem der Quellen-TKÜ - erst recht nicht dem der Online-Durchsuchung - so weit im Vorfeld einer konkreten Gefahr bei einer Abwägung der damit verfolgten legitimen Ziele im Aufgabenbereich des BND mit den gewichtigen grundrechtlichen Positionen der betroffenen Personen **als verhältnismäßig gerechtfertigt werden kann**. Auch in diesem Kontext genügt die Beschränkung auf "Fälle von herausgehobener außen- und sicherheitspolitischer Bedeutung für die Bundesrepublik Deutschland" gemäß § 34 Abs. 3 BNDG-E weder den Anforderungen an eine **normenklare und hinreichend bestimmte** gesetzliche Regelung noch an die Definition **substantieller Eingriffsschwellen**, die dem Eingriffsgewicht der Maßnahme Rechnung tragen.



- Unabhängig von den genannten grundsätzlichen Zweifeln an der Verhältnismäßigkeit der Maßnahmen im Aufgabenbereich des BND sind an ihre Anordnung und Durchführung unter Zugrundelegung internationaler Menschenrechtsstandards dringend **zusätzliche Anforderungen** zu stellen, die bislang im BNDG-E keinen Niederschlag gefunden haben:
  - Die **Anordnung** gemäß § 37 Abs. 1 BNDG-E muss die betroffene Person bzw. das Zielsystem **konkret benennen**. Obwohl die Anforderungen in § 34 Abs. 2, 3 und 5 BNDG-E voraussetzen, dass diese Angaben vorliegen, wird die Benennung in der Anordnung nach dem Wortlaut des § 37 Abs. 2 BNDG-E nicht ausdrücklich gefordert.
  - Die **technischen und organisatorischen Maßnahmen** zur Gewährleistung eines den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit genügenden Eingriffs sind nach Einschätzung von Amnesty nur unzureichend definiert. Die in § 34 Abs. 4 BNDG-E beschriebenen Anforderungen an die Vornahme der erforderlichen technischen Modifikationen des Zielsystems können nicht sicherstellen, dass die Daten unverfälscht erhoben werden. Gerade in einem System, dessen Integrität von außen durch technische Mittel überwunden werden kann, kann eine **Verfälschung der Daten durch Dritte bzw. das kompromittierte Zielsystem selbst nicht ausgeschlossen werden**. Es **bedarf daher zusätzlicher Maßnahmen**, mit denen die Manipulationssicherheit bestmöglich gewährleistet wird bzw. sichergestellt ist, dass verbleibende Unsicherheiten aufgrund nachfolgender Maßnahmen nicht zu Lasten der betroffenen Person gehen:
  - Die **Mindestanforderungen an die Protokollierung** in anderen Gesetzen, die eine Befugnis zur Online-Durchsuchung vorsehen, sind auch hier einzuhalten. Hierzu sollte der Wortlaut von § 100a Abs. 6 StPO in die Regelung des § 34 BNDG-E aufgenommen werden.
  - Die Protokollierung sollte **revisionssicher** sein und über die Anforderungen in § 100a Abs. 6 StPO hinaus auch sämtlicher Schritte **bei der Anwendung** des technischen Mittels umfassen, um eine lückenlose Überprüfung des Handelns seitens der Behörde zu ermöglichen. Erhobene Daten müssen unverzüglich nach der Erhebung **in unveränderlicher Weise gespeichert** werden; die Manipulationsfreiheit sollte durch geeignete Maßnahmen (z. B. durch Verwendung einer Prüfsumme) dokumentiert werden. Das verwendete technische Mittel muss gewährleisten, dass unzulässige Eingriffe in die Funktionsweise durch Dritte nach dem Stand der Technik ausgeschlossen sind.
  - Es sollte organisatorisch sichergestellt sein, dass die **Evaluation** der erhobenen Daten das verbleibende Manipulationsrisiko hinreichend berücksichtigt. Insbesondere dann, wenn Daten an andere in- oder ausländische Stellen weitergegeben werden sollen, die auch operative Befugnisse haben, muss sichergestellt sein, dass die Aussagekraft und ggf. der Beweiswert der erhobenen Daten in Anbetracht dieses Risikos bewertet werden.
  - Die **Anordnung** gemäß § 37 Abs. 1 BNDG-E muss das zur Durchführung der Maßnahme vorgesehene **technische Mittel konkret benennen**, um sicherzustellen, dass nur technische Mittel zum Einsatz kommen, die die grund- und menschenrechtlichen Anforderungen erfüllen.
  - Es muss sichergestellt werden, dass die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit einer **Ausnutzung von geheim gehaltenen Sicherheitslücken** zur Ermöglichung der Maßnahme nach einem Prozess zum **Schwachstellenmanagement** erfolgt, also eines Prozesses, der die Verhältnismäßigkeit der Ausnutzung einer Schwachstelle prüft und dabei die damit verbundenen **Risiken einer fortdauernden Geheimhaltung für die**



**Allgemeinheit** angemessen berücksichtigt. Der Prozess sollte vorsehen, dass bekannte Sicherheitslücken nach einem anerkannten Verfahren **frühestmöglich veröffentlicht** werden. **Amnesty setzt sich für zahlreiche Menschenrechtsverteidiger\_innen weltweit ein, deren Kommunikation unter Ausnutzung nicht bekannter Sicherheitslücken überwacht wurde und wird.**<sup>3</sup> Angesichts potentiell globaler Auswirkungen ist Amnesty der Auffassung, dass die Ausnutzung bisher unbekannter Schwachstellen – wenn überhaupt – nur dann zulässig sein kann, wenn ein Schwachstellenmanagement etabliert wurde.

#### **"GERICHTSÄHNLICHKEIT", SCHUTZ VON MENSCHENRECHTEN UND STÄRKUNG DER BETROFFENENPERSPEKTIVE BEI DER KONTROLLE**

- Um die vom Bundesverfassungsgericht geforderte **"Gerichtsähnlichkeit"** der Kontrolle zu erreichen und menschenrechtliche Erwägungen bei der Entscheidung über Überwachungsvorgänge in der Praxis zu stärken, bedarf es dringend einer **Stärkung der Perspektive der von Überwachung Betroffenen**. Da das gerichtsähnliche Organ mögliche Anordnungen des BND prüft, liegt ihm naturgemäß erst einmal **nur die Perspektive des BND** vor. Die teilweise Besetzung des Organs mit **Bundesanwälten** könnte diese Perspektive tendenziell noch verstärken. **Daher sollte ein kontradiktorisches Verfahren eingeführt werden**. Dies ist auch mit der derzeit geplanten Besetzung des Organs möglich, das Gremium würde aber deutlich von der expliziten Aufnahme eines **"Anwalts/Anwältin der Menschenrechte"** profitieren, der/die über einen entsprechenden fachlichen Hintergrund verfügt.
- Wie in der dem Entwurf vorausgehenden Debatte wiederholt vorgeschlagen, sollte dem Kontrollrat zudem ein **Expert\_innenbeirat** zur Seite gestellt werden. Dieser sollte insbesondere über technische Expertise verfügen sowie über Kenntnisse der **Grund- und Menschenrechte und ihrer Lage in den Ländern, die Objekt der Aufklärung, und in denen, die Partner der nachrichtendienstlichen Zusammenarbeit und Zielländer von Datenübermittlungen** sind. Auch eine verstärkte technische Expertise ist notwendig, um es dem Kontrollrat zu ermöglichen, Selektoren zu beurteilen, die oft in ohne technische Expertise nicht lesbarer Form vorliegen.

#### **BENACHRICHTIGUNGEN UND ZUGANG ZU EFFEKTIVEN RECHTSMITTELN**

- Internationale Menschenrechtsstandards machen es aus Sicht von Amnesty erforderlich, dass - anders als in § 59 Abs. 1 BNDG-E vorgesehen - auch im Kontext von Überwachungsmaßnahmen, die sich im Ausland aufhaltende Ausländer betreffen, eine **Benachrichtigung der von der Maßnahme betroffenen Personen** zu erfolgen hat, sobald dies möglich ist, ohne den Erfolg der Maßnahme zu gefährden. Die Benachrichtigung muss auch eine Begründung für die Maßnahme und die erhobenen Daten enthalten und statthafte Rechtsbehelfe gegen die Maßnahme benennen. Soll **von der Benachrichtigung abgesehen** werden, ist dies von einer gerichtsähnlichen Stelle (z. B. dem gerichtsähnlichen Kontrollorgan des Unabhängigen Kontrollrats) **zu genehmigen**.
- Den betroffenen Personen müssen darüber hinaus **effektive Rechtsmittel** zur Verfügung stehen, um gegen Menschenrechtsverletzungen durch die Ausübung der eingeräumten Befugnisse vorgehen zu können. **Diese fehlen im Gesetzentwurf bislang völlig** und können aus Sicht von

<sup>3</sup> Siehe Amnesty International, Bericht „Gezielte Überwachung von Menschenrechtsverteidigern“, 2020, online: [https://www.amnesty.de/sites/default/files/2020-09/Amnesty-Bericht-Gezielte-Ueberwachung-von-Menschenrechtler\\_innen-August-2020.pdf](https://www.amnesty.de/sites/default/files/2020-09/Amnesty-Bericht-Gezielte-Ueberwachung-von-Menschenrechtler_innen-August-2020.pdf)



Amnesty unter menschenrechtlicher Perspektive auch nicht durch eine institutionalisierte gerichtsähnliche Kontrolle kompensiert werden.

#### LÜCKEN DER KONTROLLE DURCH DEN KONTROLLRAT

- Dem gerichtsähnlichen Kontrollorgan sollen nach BND-GE keine Suchmerkmale (Selektoren) zur Prüfung mit vorgelegt werden. Damit bleibt die Prüfung von Anordnungen unvollständig, denn ohne Kenntnis der Selektoren ist schwer einzuschätzen, ob eine Maßnahme geeignet und verhältnismäßig ist. **Dringend sollten daher Selektoren in den Prüfumfang mit aufgenommen werden.** Unklar bleibt im BND-GE, ob und wann das administrative Kontrollorgan eine Selektorenprüfung vornehmen kann, wenn die "originäre Zuständigkeit" des gerichtsähnlichen Kontrollorgans berührt ist, dem die Selektoren jedoch nicht vorgelegt wurden. Auch wenn der administrativen Kontrolle hier ein Einblick möglich ist, kann sie doch **kaum überprüfen**, ob die verwendeten Selektoren im Sinne der vom gerichtsähnlichen Kontrollorgan genehmigten Anordnung sind, wenn Selektoren kein Teil dieser Anordnung waren. Es ist daher unklar, worauf (von Extremfällen abgesehen) sich eine solche Prüfung von Selektoren durch die administrative Kontrolle beziehen soll.
- Eine weitere Kontrolllücke stellt in §56 BND-GE der Bereich der **internationalen Kooperationen** dar, sofern die IT-Systeme nicht der alleinigen Verfügungsbefugnis des BND unterliegen. Zwar findet sich hierfür eine Angabe in der Begründung (das Kopieren der betroffenen Daten in eine BND-eigene Datei, vgl. S.113 BND-GE), die jedoch auch **explizit in den Gesetzestext aufgenommen** werden sollte. Dieser enthält selbst nur die vage Formulierung, dass das Bundeskanzleramt in diesen Fällen „geeignete Maßnahmen“ ergreife. Zusätzlich sollte ausdrücklich vorgesehen werden, dass der Kontrollrat über solche Systeme **automatisch unterrichtet** wird, da aus dem Text nicht ersichtlich wird, ob das Kopieren nur auf Bitte des Kontrollrates erfolgt (der dafür erst einmal Kenntnis der gemeinsam geführten Dateien haben müsste) oder proaktiv.
- Dass der potentiell umfangreiche Bereich der **Eignungsprüfungen** nach §24 BND-GE der Kontrolle durch den Kontrollrat gänzlich entzogen ist, ist unverständlich, unbedingt sollte – wie bereits dargelegt - **auch die Eignungsprüfung einer Kontrolle durch beide Organe des Unabhängigen Kontrollrates unterworfen** werden.

#### ERSCHWERTE MÖGLICHKEIT DER BEANSTANDUNGEN UND FEHLENDE SANKTIONSMÖGLICHKEITEN DURCH KONTROLLRAT UND BFDI

- Der Weg zu einer Beanstandung durch den Kontrollrat dauert **deutlich zu lange** und ist durch seine verschiedenen Schritte für den Kontrollrat enorm arbeitsintensiv. Durch diese Schritte, darunter mehrere Möglichkeiten zur Stellungnahme durch das Bundeskanzleramt, das hierbei teilweise drei Monate Zeit für eine Antwort hat, ergibt sich ein **potentiell mehrmonatiger Prozess**. Es steht zu befürchten, dass in diesem Zeitraum beispielweise ein **unrechtmäßiger Überwachungsprozess vollständig durchgeführt, ausgewertet und abgeschlossen** werden kann,



ohne dass der Kontrollrat dies unterbinden könnte. Dies eröffnet auch die Möglichkeit von **Missbrauch**. Es bleibt zudem unklar, ob der Kontrollrat im Falle erfolgter Beanstandungen über weitere Sanktionsmöglichkeiten verfügt. Der Prozess sollte entschlackt, die mögliche Antwortfrist des Bundeskanzleramts verkürzt und **Sanktionsmöglichkeiten vorgesehen** werden.

- Eine Aufnahme von **Sanktionsmöglichkeiten wäre auch für den BfDI** im Bereich der Nachrichtendienste wünschenswert, dem im BND-GE bedauerlicherweise weiterhin keine Möglichkeit für **konkrete Anordnungsbefugnisse** eingeräumt wird, wie sie etwa das BKA-Gesetz vorsieht. Der BfDI bleibt damit auf das vergleichsweise schwache Instrument der Beanstandungen beschränkt.

#### FRAGMENTIERUNG DER KONTROLLE

- Leider hat sich die Bundesregierung dagegen entschieden, die Fragmentierung der Nachrichtendienstkontrolle zu reduzieren, und im Gegenteil mit dem unabhängigen Kontrollrat eine weitere Instanz mit zwei Organen geschaffen. Grundsätzliche **Schwierigkeiten der Fragmentierung - Kontrolllücken bei zugleich anderweitigen Doppelzuständigkeiten, mangelhafter Austausch, Risiko blinder Flecken und eines "Zuschauereffektes"** (Annahme, eine andere Instanz kontrolliere) - bleiben daher bestehen. So werden in Zukunft mit neuem Kontrollrat und G10-Kommission zwei sehr unterschiedliche Gremien teils sehr ähnliche Aufgabenfelder kontrollieren. Obwohl dies zwischenzeitlich zur Debatte stand, sind die neu hinzukommenden administrativen Kontrollkompetenzen auch nicht dem Bundesdatenschutzbeauftragten (BfDI) übertragen worden. Möglicherweise kommt es hierdurch in Zukunft zu Doppelungen bei einzelnen Kontrollvorgängen, denn die Zuständigkeiten sind im Detail nicht klar abgegrenzt. Es ist deshalb zu begrüßen und dringend notwendig, dass es nach §58 BND-GE dem BfDI, der G10-Kommission und dem neuen Kontrollrat künftig wenigstens möglich sein soll, sich **auszutauschen**, auch, um einen "Zuschauereffekt" zu vermeiden und um Erfahrungen und Fragen auszutauschen.
- Defizite einer Fragmentierung verstärken sich innerhalb des neuen Kontrollrates, wenn die Kompetenzen des administrativen Kontrollorgans dort eingeschränkt werden, wo **"originäre Zuständigkeiten" des gerichtsähnlichen Kontrollorgans berührt** würden. Dies könnte zu unnötiger Verwirrung und Rückzug der administrativen Kontrolle aus bestimmten Bereichen führen.
- **Praktische Beispiele** für einen verbesserten Austausch und eine verstärkte Zusammenarbeit der verschiedenen Kontrollorgane hat die Stiftung Neue Verantwortung zusammengestellt. Sie nennt in ihrer Stellungnahme zum BND-Gesetzentwurf etwa "gemeinsame Schulungen, gemeinsam abgestimmte Prüfaufträge, gemeinsam genutzte Ressourcen (technisch geschultes Personal, Expertenbeiräte), abgestimmte Prioritätensetzung bei der Jahresplanung der Kontrolltätigkeiten, gemeinsame Evaluationen, gemeinsame Berichterstattungen und



Austausch von Personal zur Weitergabe von Prüferfahrungen und Fachwissen."<sup>4</sup> Alle zitierten Vorschläge **unterstützt Amnesty International explizit.**

---

<sup>4</sup> Kilian Vieth; Thorsten Wetzling: Stellungnahme im Rahmen der Verbändebeteiligung zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des BND-Gesetzes zur Umsetzung der Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts, 3. Dezember 2020, Berlin

