

**Anlage 3: Institutionelle Anforderungen an unabhängige Kontrolle**

Stelle, Kontrollrahmen, Verhältnis zu anderen Kontrollinstitutionen, Gesamtblick auf alle Maßnahmen zu einer Person

**Anforderung BVerfGE v. 26.4.2022:****I. Festlegung einer Kontrolle durch eine unabhängige Stelle**

Nach der Entscheidung des BVerfG bedürfen eingriffsintensive Überwachungsmaßnahmen, bei denen damit zu rechnen ist, dass sie auch **höchstprivate Informationen erfassen**, und die gegenüber den Betroffenen **heimlich** durchgeführt werden, **grundsätzlich** einer **vorherigen Kontrolle** durch eine **unabhängige Stelle**, etwa in Form einer richterlichen Anordnung (Rn. 214). Das Erfordernis nachhaltiger Vertraulichkeit der Arbeit des Verfassungsschutzes stehe der vorherigen Einbindung einer unabhängigen Kontrolle nicht entgegen. Zwar sei denkbar, dass in einem Antrag auf Durchführung einer Überwachungsmaßnahme sensible sowie voraussetzungsvolle Aufklärungsstrategien offengelegt werden müssten. Probleme bei der Einbindung von Gerichten sieht das BVerfG aber nicht, da es außer bei der Wohnraumüberwachung (vgl. Art. 13 Abs. 4 Satz 1 GG) verfassungsrechtlich nicht vorgegeben sei, dass die Kontrolle durch ein Gericht erfolge. Wie das Beispiel der G 10-Kommission zeige, sei es dem Gesetzgeber nicht unmöglich den Geheimhaltungsanforderungen entsprechende, unabhängige Stellen zu schaffen. Die Kontrolle dürfe zudem nicht durch die Third Party Rule behindert werden (Rn. 224).

**II. Kontrollrahmen, Verhältnis zu anderen Kontrollinstitutionen, Gesamtblick auf alle Maßnahmen zu einer Person****1. Kontrollrahmen**

Werden Nachrichtendiensten heimliche Überwachungsmaßnahmen erlaubt, muss je nach der in Frage stehenden Befugnis und ihrer Eingriffsintensität geprüft werden, ob es einer unabhängigen Vorabkontrolle bedarf (Rn. 217).

Dauern Überwachungsmaßnahmen länger an, kann eine anfangs weniger eingriffsintensive Maßnahme mit der Zeit ein solches Gewicht erlangen, dass eine zunächst verzichtbare externe Kontrolle doch erforderlich wird. Länger andauernde Überwachungsmaßnahmen, die von Beginn an ein solches Eingriffsgewicht haben, dass sie einer unabhängigen Vorabkontrolle zu unterwerfen sind, müssen befristet oder einer erneuten Kontrolle unterzogen werden (Rn. 220).

Bei länger andauernden Einsätzen muss die Kontrolle wiederholt werden, zumal sich die verfassungsrechtlichen Bedingungen für eine Fortsetzung im Laufe der Zeit verändern können, insbes. die Anforderungen an den erwartbaren Erkenntnisgewinn steigen können. (...) Die unabhängige Kontrolle ist darauf zu richten, ob die für den jeweiligen Überwachungszeitraum geltenden Eingriffsvoraussetzungen vorliegen. Wiederholungen der Kontrolle erübrigen sich, wenn der Gesetzgeber den Einsatz von vornherein gesetzlich kurz genug befristet (Rn. 348).

Das Gebot vorbeugender unabhängiger Kontrolle ist in spezifischer und normenklarer Form zu regeln. Die Regelung muss das Erfordernis einer hinreichend substantiierten Antragsbegründung erhalten. Die antragsstellende Behörde muss verpflichtet werden, über alle beurteilungsrelevanten Aspekte zu informieren. Ferner ist die Aufgabe und Pflicht der unabhängigen Stelle zu regeln, sich eigenverantwortlich ein Urteil darüber zu bilden, ob die beantragte heimliche Überwachungsmaßnahme den gesetzlichen Voraussetzungen entspricht (Rn. 215).

## **2. Verhältnis zu anderen Kontrollinstitutionen**

Zum Verhältnis zu anderen Kontrollinstanzen finden sich im Urteil keine ausdrücklichen Vorgaben.

## **3. Gesamtblick auf alle Maßnahmen zu einer Person**

Beim Einsatz verschiedener Überwachungsmaßnahmen ist darauf zu achten, den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht durch die additive Wirkung der Maßnahmen zu verletzen. Das müssen die Behörden von Verfassungs wegen beachten. Einer weiteren gesetzlichen Konkretisierung bedarf es nicht. Soweit es um die hierfür erforderliche Koordination der Befugnisse innerhalb der Behörde selbst geht, ist davon auszugehen, dass diese im Rahmen der Leitungsverantwortung hinreichend gewährleistet ist. (Rn. 287 f.).

Eine verhältnismäßige Ausgestaltung heimlicher Überwachungsmaßnahmen (...) verlangt zudem die Schaffung einer wirksamen aufsichtlichen Kontrolle. (...) Eine effektive

aufsichtliche Kontrolle erfordert dabei grundsätzlich, dass die kontrollierende Stelle jedenfalls alle Überwachungsmaßnahmen, denen eine Person durch eine Behörde ausgesetzt ist, in den Blick nehmen kann. (Rn. 290)

## Regelungsvorschlag

### **I. Festlegung einer Kontrolle durch eine unabhängige Stelle**

Es sind im Einzelnen die Besetzung der unabhängigen Stelle, ihre Arbeitsweise und der Umfang ihres Kontrollauftrags festzulegen.

#### **1. Institutionalisierung der unabhängigen Kontrolle**

Da der **Richter** in der Entscheidung des BVerfG zum BayVSG **ausdrücklich nur beispielhaft („etwa“)** und nicht abschließend aufgeführt ist, würde dem auch eine organisatorisch nicht in der Justiz eingerichtete, **unabhängige Kontrolle sui generis** - etwa die G 10-Kommission oder eine neu einzurichtende nachrichtendienstspezifische unabhängige behördliche Kontrollinstitution - genügen (**Rn. 224**). Eine organisatorische Zuordnung zu einem Parlament ist - im Gegensatz zur G 10-Kommission - nicht vorgegeben. Nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG kann ein solches Kontrollorgan **sowohl innerhalb des Parlaments als auch als unabhängige Institution im Funktionsbereich der Exekutive ausgestaltet werden** (BVerfGE 30, 1 (23); BVerfGE 143, 1 (39)). Der dargestellte und durch die unabhängige Stelle gebotene Vorabrechtsschutz gleicht das Defizit der fehlenden gerichtlichen Kontrolle aus. Die unabhängige Stelle ist allerdings ein Kontrollorgan eigener Art und entscheidet außerhalb der rechtsprechenden Gewalt.

Aus grundrechtlicher Schutzperspektive könnte man es, unter der vom BVerfG gesehenen Problematik „additiver“ Eingriffe, als vorzugswürdig betrachten, wenn die unabhängige Kontrolle fallbezogenen Kenntnis über sämtliche Intensiveingriffe besitzt und nicht maßnahmenbezogen auf verschiedene Gewalten (G10-Kommission/Gericht) verteilt ausgeübt wird. Dagegen spricht, dass die (unangefochtenen) aktuellen Regelungen schon verfassungsimmanent unterschiedliche Zuständigkeiten ermöglichen (so ist für TKÜ-Maßnahmen die G 10-Kommission zuständig und für die Wohnraumüberwachung die richterliche Anordnung vorgeschrieben).

#### **1.1 Unabhängigkeit**

Ein effektiver Vorabrechtsschutz durch die neue Stelle erfordert eine **gesetzlich zugesicherte Unabhängigkeit** (Ls. 2 b)). Präzedenzfälle bestehen mit der ähnlich angelegten G 10-Kommission sowie mit dem Unabhängigen Kontrollrat (UKRat) auf Bundesebene.

Es handelt sich in beiden Fällen um frei und unabhängig agierende Exekutivorgane im Sinne einer Kontrolle, die außerhalb der VS-Behörden angelegt ist.

## 1.2 Gesetzgebungsbedarf

Gesetzgebungsbedarf wird mit Blick auf Rn. 215, „*der Gesetzgeber hat das Gebot vorbeugender unabhängiger Kontrolle in spezifischer und normenklarer Form zu regeln*“ zwingend. Der Anwendungsbereich von solchen speziellen gesetzlichen Vorabentscheidungspflichten hat jedenfalls alle Maßnahmen zu erfassen, die bereits im Urteil besonders dargestellt sind. Verfassungsrechtliche Grundlage des Tätigwerdens ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im engeren Sinne sowie die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung. Status und Kompetenzen der neu zu schaffenden Stelle hängen somit von einfach-gesetzlichen Regelungen ab.

## 1.3 Gremienentscheidung

Für die Durchführung einer Wohnraumüberwachung besteht nach dem Grundgesetz der Richtervorbehalt; die Rechtsprechung des BVerfG sieht diesen grundsätzlich auch für die Online-Durchsuchung als ausreichend an (Urteil des BVerfG vom 27. Februar 2008, 1 BvR 370/07, Ls. 3). Im Übrigen bedarf es verfahrensbezogen einer Vorabkontrolle, ohne dass bereits ein Spruchkörper festgelegt ist. Vor dem Hintergrund des Art. 13 Abs. 4 GG sowie u.a. des § 49 Abs. 4 BKAG, welche die Entscheidung über die präventive Wohnraumüberwachung sowie die Online-Durchsuchung als besonders schwer eingreifende verdeckte Datenerhebungsmaßnahme durch den Einzelrichter zulassen, sind auch für weniger eingriffsintensive bzw. lediglich erheblich eingreifende Maßnahmen keine größeren Spruchkörper notwendig.

## 1.4 Gefahr im Verzug

Regelungen in Bezug auf ein Tätigwerden bei Gefahr im Verzug ohne bereits erfolgte externe Kontrolle sind jedenfalls mit Blick auf Rn. 361 (Observationen) zu treffen. Es ergeben sich jedoch keine Anhaltspunkte dafür, dass derartige Regelungen für weitere nachrichtendienstliche Mittel damit ausgeschlossen sein sollen. So lässt bereits **Art. 13 Abs. 4 S. 2 GG** die Anordnung einer Wohnraumüberwachung in Eilfällen durch eine gesetzlich bestimmte Stelle zu. Die richterliche Entscheidung ist in diesem Fall nachzuholen. Auch **§ 15a Abs. 1 G 10** lässt den Vollzug einer Maßnahme bei Gefahr im Verzug bereits ohne Zustimmung der G 10-Kommission zu; diese ist dann kurzfristig nachzuholen. Es kann also im Sinne eines „Erst-recht-Schlusses“ zu allen vom Gericht nunmehr der Vorabkontrolle zugeordneten Maßnahmen eine Regelung zur Gefahr im Verzug vorgesehen werden, da deren Eingriffstiefe diejenige einer Wohnraumüberwachung oder einer TKÜ-

Maßnahme nicht übersteigt.<sup>1</sup> Das Verfahren sollte mithin nicht von vornherein beschränkt werden, sondern dies dem Vollzug des Gesetzes überlassen. Ob die Voraussetzungen vorliegen, um von der Ausnahmegvorschrift Gebrauch zu machen, ist im Einzelfall durch die zuständige Behörde auf Grund einer eigenen Beurteilung des Sachverhalts und unter Berücksichtigung der Eilbedürftigkeit zu prüfen. Die Gründe für die Annahme einer Eilbedürftigkeit sind in der Anordnung zu dokumentieren und unterliegen der nachträglichen Kontrolle durch die unabhängige Stelle. Sofern die unabhängige Stelle eine Anordnung einer Beschränkungsmaßnahme für nicht zulässig oder nicht notwendig erklärt, ist diese unverzüglich aufzuheben und die erhobenen Daten sind zu löschen.

### 1.5 Verfahrensrecht

Hinsichtlich der neu einzurichtenden Stelle bedarf es eines Verfahrensrechts. Hierbei erscheint es naheliegend, sich an den für die G 10-Kommission geltenden Regelungen zu orientieren. Diese schließen auch Regelungen für den internen Dienstbetrieb der Stelle ein. Ergänzend muss, jedenfalls für die Wohnraumüberwachung, der gesetzliche Richter in Betracht gezogen werden. Hier erscheint eine partielle Anwendbarkeit der Regelungen des FamFG möglich (so bereits § 9 Abs. 2 BVerfSchG). Die Regelung der Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit in § 23a Abs. 2 GVG ist nicht abschließend, sondern enthält mit § 23a Abs. 2 Nr. 11 GVG eine Öffnungsklausel für weitere durch Bundesgesetz zugewiesene Angelegenheiten.

### 1.6 Sitzungsturnus

Es erscheint, mit Blick auf eine avisierte Regelung zur „Gefahr im Verzug“ sowie das vorgegebene Ziel einer effektiven sowie z.T. an Erkenntnisgewinnen orientierten Wiederholungsprüfung (Rn. 337) sinnvoll, eine **Untergrenze** des gesetzlich **verpflichtenden Sitzungsturnus** festzulegen (ggf. Lagebezug). Der Sitzungsturnus wird voraussichtlich in höherer Frequenz als derjenige der G 10-Kommission erfolgen müssen.

### 1.7 Dokumentation

Rechtsstaatliche Verwaltung erfordert eine zureichende Dokumentation, um die Nachvollziehbarkeit des Verwaltungshandelns für Kontrollzwecke zu gewährleisten. Die gesetzliche Dokumentationspflicht sollte konsequenterweise zumindest sämtliche Maßnahmen

---

<sup>1</sup> zu ODS und WRÜ s. auch TP 1.6

erfassen, die bereits im Anordnungsverfahren gesetzlich geregelt sind. Anträge und Entscheidungen der unabhängigen Vorabkontrolle, die der Umsetzung der Maßnahmen etc. dienen, sind folglich der gesetzlichen Dokumentationspflicht zu unterwerfen.

### 1.8 Zutrittsrechte

Ein Zutrittsrecht der unabhängigen Stelle zu den Räumlichkeiten des Verfassungsschutzes erscheint mit Blick auf die gerichtlich nicht geforderte sog. administrative Kontrolle für eine sachgerechte Aufgabenwahrnehmung nicht als notwendig.

### 1.9 Besetzung

Weder das BVerfG noch das Grundgesetz machen zur Einrichtung, Besetzung, beruflichen Qualifikation oder Organisation der unabhängigen Stelle detaillierte Vorgaben. Gerade mit dem Grundsatzurteil zur Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung des BND hatte das BVerfG derartiges noch dezidiert vorgegeben. Denkbar wäre z.B., dass ein durch das jeweilige Ministerium vorgeschlagener Kandidat (mit der Befähigung zum Richteramt), welcher die unabhängige-Stelle leitend besetzt, durch das Parlamentarische Kontrollgremium bestätigt werden würde. Die Bestimmung etwaiger Stellvertreter wäre dann behördenintern innerhalb der unabhängigen Stelle vorzunehmen. Alternativ könnte die unabhängige Stelle auch in Gänze durch das betreffende Parlament eingesetzt werden.

Schon in Bezug auf die Besetzung des UKRats liegen die Vorschlagsrechte für die durch das **parlamentarische Kontrollorgan** zu wählenden Mitglieder nicht in der Legislative, sondern bei den jeweiligen Präsidentinnen und Präsidenten von Bundesgerichtshof und Bundesverwaltungsgericht (§ 43 BNDG).

### 1.10 Ausstattung

Die unabhängige Stelle hat die Aufgabe und Pflicht, sich eigenverantwortlich ein Urteil darüber zu bilden, ob die beantragte heimliche Überwachungsmaßnahme den gesetzlichen Voraussetzungen entspricht. **Hierfür sind die notwendigen sachlichen und personellen Voraussetzungen zu schaffen** (Rn. 215).

### 1.11 Pflicht zur Geheimhaltung

Die Beratungen der unabhängigen Stelle sind geheim. Sie sind somit weder parlamentsöffentlich noch allgemein zugänglich. Korrespondierend hierzu ist die Verpflichtung der Mitglieder zur Geheimhaltung hinsichtlich der ihnen bei ihrer Tätigkeit bekannt gewordenen Angelegenheiten zu statuieren. Diese Pflicht hat vorbehaltlos und zeitlich uneingeschränkt auch für die Zeit nach dem Ausscheiden aus der Kommission zu bestehen. Eine

Verletzung dieser Pflicht wäre nach § 203 StGB oder § 353b StGB wegen Geheimnisverrats strafbar.

## **2. Mögliche Stellen der unabhängigen Vorabkontrolle**

Anhand der oben dargelegten Anforderungen kommen für die unabhängige Vorabkontrolle folgende Stellen in Betracht:

### **2.1 Gerichte**

#### **Einzelrichter (der ordentlichen Gerichtsbarkeit oder beim OVG/VGH)**

##### **Pro:**

- Institut des Richtervorbehalts ist im Strafrecht (Ermittlungsrichter) sowie Gefahrenabwehrrecht etabliert; (Maßnahmen sind vergleichbar);
- Richter auf Lebenszeit sind grundsätzlich entscheidungskompetente Personen.
- Räumliche Nähe zum Gericht (Zentralisierung auf ein Gericht wünschenswert);
- Ordentliche Gerichte haben Bereitschaftsdienste; d.h. schnelle Entscheidungen sind möglich.
- Für die Wohnraumüberwachung ist eine richterliche Anordnung verfassungsrechtlich vorgeschrieben (Art. 13 Abs. 4 GG), für die Online-Durchsuchung jedenfalls ausreichend (Urteil des BVerfG vom 27. Februar 2008, 1 BvR 370/07, Ls. 3).
- Unabhängige Kontrolle (richterliche Unabhängigkeit);
- Ggf. Erfahrung mit ND-Sachverhalten (OVG/VGH);
- In-Camera-Verfahren, in denen auch Verschlussachen des Verfassungsschutzes Gegenstand sein können, sind bereits etabliert (OVG/VGH).
- (bauliche) Einrichtungen des materiellen Geheimsschutz sind vorhanden (OVG/VGH).
- Ggf. mehr Kontinuität als bei Ermittlungsrichtern an unteren Gerichten (OVG/VGH).

##### **Contra:**

- Ermittlungsrichter/richterliche Besetzungen wechseln häufig:
  - o fehlende Kontinuität in der Bearbeitung von ND-Sachverhalten
  - o v.a. für VP-Kontrolle deshalb ungeeignet
- Keine (baulichen) Einrichtungen bei erstinstanzlichen Gerichten für geheime Dokumente (Ausnahme: OVG/VGH);
- Richter sind tätigkeitsbezogen von der Sicherheitsüberprüfung ausgenommen.
- (bislang) kein Bereitschaftsdienst (OVG/VGH);
- Räumliche Distanz in vielen Bundesländern (OVG/VGH);
- Fraglich, ob ausreichend Kapazitäten vorhanden sind (OVG/VGH).

## 2.2 G 10-Kommission

Die Befugnisse der G 10-Kommission könnten erweitert werden, so dass auch sonstige eingriffsintensive Maßnahmen des Verfassungsschutzes überprüft werden können.

### Pro:

- Unabhängiges Kontrollgremium, das vom Bundestag/Landtag bestellt wurde;
- Es ist ein bestehendes Gremium, das die Arbeit des Verfassungsschutzes kennt.
- Mitglieder können ggf. vom Bundestag/Landtag sicherheitsüberprüft werden.
- Erscheint v.a. **für die Ortung von Mobilfunkendgeräten** (als Annex zu den bisherigen TKÜ-Maßnahmen geeignet; in einigen Bundesländern prüft die G 10-Kommission solche Maßnahmen schon):
  - o Erfahrung mit umfassenden, komplexen Sachverhalten;
  - o Schriftliches und begleitend mündliches Verfahren zur Begründung von Quelleneinsätzen gegeben;
  - o G 10-Kommission und insbesondere deren Geschäftsstelle könnten personell/organisatorisch gestärkt werden; häufigere Zusammenkünfte als aktuell (jedenfalls quartalsweise) würden erforderlich.
- Es besteht eine vergleichsweise hohe Kontinuität, da Mitglieder mehrjährig aktiv sind und teilweise Vorerfahrung aus dem Parlamentarischen Kontrollgremium mitbringen.

### Contra:

- Es werden nur teilweise fachliche Anforderungen an die Mitglieder gestellt (z.B. Befähigung zum Richteramt gem. § 15 Abs. 1 S. 2 G 10).
- Politische Einflussnahme ist trotz § 15 Abs. 1 S. 3 G 10 möglich; die G 10-Kommission wird mit jeder Legislaturperiode neu gewählt, so dass ggf. alle im Parlament enthaltenen Parteien auch dort abgebildet sind.
- Schnelle Entscheidungen sind in den bestehenden Strukturen (u.a. kein Bereitschaftsdienst) derzeit nicht möglich; Eilanordnungen führen zu einem deutlichen Verwaltungsaufwand und einer mehrfachen Befassung der Kommission, vgl. § 15a G 10. Hier müsste eine nachträgliche Genehmigung in der Folgesitzung ausreichen.

## 2.3 Unabhängiger Kontrollrat (UKRat)

### 2.3.1 UKRat als Vorabkontrollstelle für alle Länder

Auf Bundesebene wurde durch das BNDG mit dem UKRat eine unabhängige Kontrolle eingerichtet, welche die Rechtmäßigkeit der technischen Aufklärung des Bundesnachrichtendienstes überprüft. Die Kontrolle wird als gerichtsähnliche und als administrative Kontrolle ausgeübt. Die Wahrnehmung der unabhängigen Vorabkontrolle auch bei Maßnahmen der Landesbehörden für Verfassungsschutz durch den UKRat des Bundes kommt allerdings nicht in Betracht. Dies wäre ein Fall der unzulässigen Mischverwaltung und damit ein Verstoß gegen das Bundesstaatsprinzip. Insbesondere kann eine Bundesbehörde nicht den Vollzug landesrechtlicher Vorschriften kontrollieren (vgl. auch Art. 30 und 83 ff GG). Der Vollzug von Landesrecht durch Bundesbehörden (vollzugsintegrierte Kontrolle eingeschlossen) ist unzulässig (BVerfGE 12, 205 (221); 21, 312 (325)). Das GG enthält keine diese Mischverwaltung gestattende Vorschrift.

### 2.3.2 Landeseigener UKRat (LUKRat)

Denkbar wäre die Einrichtung eines LUKRat als oberste Landesbehörde nach dem Vorbild des UKRat.

#### Pro:

- Ermöglicht die Schaffung professioneller Strukturen;
- Schnelle und kompetente Bearbeitung der Anordnungen sind möglich.
- Im LUKRat könnte Expertise gebündelt werden, so dass ein hohes Maß an Verständnis nachrichtendienstlicher Arbeit entsteht. Zudem würde Kontinuität in der Fallbearbeitung geschaffen werden (**v.a. bei Kontrolle von VP-Einsätzen**).
- Der LUKRat wäre unabhängig im Sinne des BVerfG.
- Aufgrund gesetzlicher Vorgabe sicherheitsüberprüftes Personal.
- „Third Party Rule“ kann beachtet werden (so auch beim BND); d.h. LUKRat ist kein Dritter i.S. dieser Verwaltungspraxis.

#### Contra:

- Es bestehen bislang keine Strukturen. Die Behörde muss von Null aufgebaut werden.
- Hoher Verwaltungsaufwand und hohe Kosten, da weitere Behörde;
- Kontinuierliche Auslastung problematisch;

- Ein LUKRat nach Vorbild des Bundes geht deutlich weiter als das, was das BVerfG für den VS fordert<sup>2</sup>. Der UKRat beruht auf Vorgaben des BVerfG zur Fernmeldeaufklärung durch den BND (Urteil vom 19. Mai 2020, 1 BvR 2835/17). Für den VS wurden weder Vorgaben zur Einrichtung von gerichtsähnlichen und administrativen Organen gemacht noch auf die unabhängige Kontrolle nach der v.g. Entscheidung verwiesen.
- Je nach Anforderungen an die Mitglieder für ein gerichtsähnliches Organ des LUKRat kann die Personalauswahl schwierig sein. Wenn z.B. nur Richter der Obergerichte in Betracht kommen, ist der Kreis möglicher Mitglieder beschränkt.

## 2.4 Parlamentarisches Kontrollgremium

### Pro:

- demokratisch legitimierte Stelle / Unabhängigkeit bereits durch Abgeordnetenmandat hergestellt (Art. 38 GG)
- Erfahrung mit der Arbeit des Verfassungsschutzes.

### Contra:

- Die Durchführung der Vorabkontrolle durch das PKG erscheint unter dem Gesichtspunkt funktionaler Gewaltenteilung (Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG) zweifelhaft. Eine parlamentarische Kontrolle kann vor dem Hintergrund des Gewaltenteilungsgrundsatzes als Grund und Grenze parlamentarischer Kontrollrechte die vom BVerfG geforderte gerichtsähnliche Vorabkontrolle kaum darstellen. Anlagen und Kompetenzen von PKG und unabhängiger Stelle sind insoweit von grundlegend unterschiedlicher Natur.
- Eine wirksame unabhängige rechtliche Vorabkontrolle mit gerichtsförmlicher Ausgestaltung benötigt Distanz zum politischen Raum, um Offenbarungsrisiken zu vermeiden, die letztlich nicht nur die Erfüllung nachrichtendienstlicher Aufgaben gefährden, sondern auch die Wirksamkeit einer Kontrolle unterlaufen würden. Das PKG wird aber mit Mitgliedern aus der Mitte des Parlaments besetzt und damit aus dem Organ der Legislative.
- Orientiert an dem wesensgemäßen Auftrag des Parlaments, ist für dieses mit der Gesetzgebung die Vorgabe von Leitlinien für das Verwaltungshandeln sowie

---

<sup>2</sup> Die verfassungsrechtlichen Anforderungen sind hier *[bei der Kontrolle des BND]* insbesondere wegen der Eingriffstiefe und Streubreite besonders hoch. Mit der Kontrolle ist ein Ausgleich dafür zu schaffen, dass übliche rechtsstaatliche Sicherungen in weitem Umfang ausfallen. Kontrolle muss einerseits das Rechtsschutzdefizit (nur begrenzte Auskunftspflicht und Benachrichtigungspflichten) ausgleichen und ein Gegengewicht zu den weiten Handlungsmöglichkeiten des BND bilden.

grundsätzlich eine Kontrolle bereits abgeschlossener Vorgänge der Exekutive intendiert. Eine solche beinhaltet weniger die konstitutive Befugnis, gleich einer Behördenleitung, in laufende Verwaltungsverfahren von (Sicherheits-)Behörden einzugreifen. Derartiges würde eine Exekutivierung der Legislative bedeuten.

- Die Gefahr unmittelbarer politischer Einflussnahme auf die Entscheidungstätigkeit des parteipolitisch besetzten PKG ist größer als bei einer außerhalb des Parlaments gelegenen Stelle.

## **2.5 Bundesbeauftragter/Landesbeauftragter für den Datenschutz und die Informationssicherheit (BfDI/LfDI)**

Der BfDI/ LfDI ist eine unabhängige, nur dem Gesetz unterworfenene **oberste Bundes- oder Landesbehörde**.

### **Pro:**

- BfDI/ LfDI wäre **unabhängig** im Sinne des BVerfG.
- In der BND-Entscheidung wird der BfDI beispielhaft als mögliche administrative Kontrollinstanz genannt (BVerfG, BND, Rn. 282).
- Behörde besteht bereits und müsste nicht neu errichtet werden.
- Kenntnis des Verfassungsschutzes (Aufgaben und Arbeitsweise).
- Bei der Durchführung eingriffsintensiver Maßnahmen werden personenbezogene Daten erhoben, deren Prüfung eine Kernaufgabe des BfDI/LfDI ist.

### **Contra:**

- Aufgabe des BfDI/ LfDI ist nach dem Willen des Gesetzgebers die Kontrolle der Einhaltung von Datenschutzregelungen und somit die Prüfung etwaiger Verletzungen individueller Rechte bei der Verarbeitung personenbezogener Daten; prüft nicht die Rechtmäßigkeit der Maßnahme an sich.
- Keine Kontroll- und Entscheidungsbefugnis; lediglich Recht zur Beanstandung behördlicher Maßnahmen, insbesondere bei Ermessenstatbeständen;
- Bisläng kein Bereitschaftsdienst.

## **2.6 Zentrale Datenprüfstelle (am Beispiel der Stelle in Bayern)**

Die Zentrale Datenprüfstelle (ZDPS) in Bayern nimmt die Aufgaben wahr, die nach dem Polizeiaufgabengesetz der Entscheidung einer hierfür eingerichteten unabhängigen Stelle bedürfen. Der Aufgabenbereich der ZDPS erstreckt sich auf die

Überprüfung personenbezogener Daten mit der Feststellung bzw. Löschung kernbereichsrelevanter Inhalte oder Inhalte mit Berufsheimnisträgerschutz. Die ZDPS übt ihre Tätigkeit im Rahmen der Gesetze **unabhängig** und in **eigener Verantwortung** aus und gilt als **oberste Dienstbehörde** im Sinn des § 96 Satz 1 StPO und des Art. 6 Abs. 3 Satz 3 des Bayerischen Beamtengesetzes (Art. 13 Abs. 1 Polizeiorganisationsgesetz Bayern (POG)).

Die ZDPS wird von einem Beamten mit der **Befähigung zum Richteramt** geleitet, der durch das Staatsministerium für die Dauer von fünf Jahren bestellt wird. Der Leiter der ZDPS untersteht der Dienstaufsicht durch das Staatsministerium (Art. 13 Abs. 2 POG) und nimmt – ebenso wie die Bediensteten – im Rahmen seiner Tätigkeit für die ZDPS **keine darüberhinausgehenden Aufgaben** wahr (Art. 13 Abs. 3 Satz 4 POG)

Organisatorisch ist die ZDPS an das Polizeiverwaltungsamt angegliedert (Art. 13 Abs. 5 POG).

#### **Pro:**

- ZDPS ist als oberste Dienstbehörde **unabhängig** im Sinne des BVerfG.
- Leiter muss Befähigung zum Richteramt haben. Leiter und Bedienstete arbeiten **ausschließlich** in der ZDPS:
  - ➔ Spezialisierung, Kompetenz sowie Einheitlichkeit/Kontinuität der Entscheidungen damit gewährleistet.
- Durch die Angliederung an das Polizeiverwaltungsamt keine eigene Behörde (gilt aber als eigene, oberste Dienstbehörde): finanziell und organisatorisch wenig aufwändig

#### **Contra:**

- Eine entsprechende Datenprüfstelle besteht außerhalb Bayerns nicht und müsste erst komplett neu errichtet werden;
- fraglich, wo Angliederung erfolgen sollte.
- Prüfgegenstand der ZDPS sind nur die Überprüfung personenbezogener Daten und der Kernbereichsschutz.

## **II. Kontrollrahmen, Verhältnis zu anderen Kontrollinstitutionen, Gesamtblick auf alle Maßnahmen zu einer Person**

Die genauen Grenzen zwischen leichteren, bei denen die unabhängige Kontrolle nicht erforderlich ist, und schwereren Eingriffen werden in den Ausführungen des Gerichts nicht final vorgegeben. Die Bestimmung des **Kontrollrahmens ergibt sich maßgeblich durch die Ergebnisse der Teilprojekte 1.2. und 1.3.**

### **1. Kontrollrahmen**

Der Prüfungsumfang der unabhängigen Stelle sollte, ebenso wie im Falle einer Struktur- aufklärung durch die Verfassungsschutzbehörden, nicht für die individuelle, sondern für die **objektbezogene Disposition maßgeblich** sein. Einzelne Ziel-Personen sind nach Maßgabe der Ausführungen in TP 1.2. (Dauer übersteigt ein Jahr) mit in die Entscheidung auch der Kontrollinstanz aufzunehmen, nicht dagegen die einzelnen eingesetzten Personen (VP/VE). Insoweit stünde das Element eines grundlegenden „Obs“ eines ND-Mittel- Einsatzes in einem Beobachtungsobjekt<sup>3</sup> im Vordergrund. Im Falle der VP/VE bezieht sich dies auf den dauerhaften Einsatz des Mittels, also nicht auf einen einzelnen Beschaf- fungsauftrag oder individuell eingesetzte Personen. Die zur Prüfung der Eingriffsintensität erforderlichen Darlegungen zum betreffenden Beobachtungsobjekt und den relevanten Zielpersonen richten sich nach den konkret gegebenen Umständen des VP-Einsatzes.

**Auch die Identität der „V-Person“/des VE ist nicht Gegenstand der Prüfung.** Die Aufnahme von Daten in den Antrag, die eine Identifizierbarkeit der jeweils eingesetzten Person zulassen, ist nicht notwendig, da sie für eine sachgerechte Prüfung der Einhaltung der verfassungsgerichtlichen Vorgaben nicht erforderlich ist. Der Quellenschutz gebietet es daher, Daten, die eine Individualisierung der V-Person ermöglichen, im Antrag auszu- schließen (so auch Rn. 355). Ebenso ist die Prüfung der gesetzlichen Anforderungen an die VP nicht Gegenstand des Prüfauftrages (§ 7 VSG NRW, § 9b BVerfSchG). Dies erschließt sich zudem aus der Vorgabe des Gerichts, dass eine Anwerbungsphase, also die individuelle Auswahl einer VP, ohne Vorabkontrolle zugelassen wird.

In funktioneller Hinsicht ist die Kontrolltätigkeit der unabhängigen Stelle quasi-richterlich. Im Antrag der Verfassungsschutzbehörde wird, idealerweise ergänzt durch eine Möglich- keit zum mündlichen Vortrag, über sämtliche Aspekte zu informieren sein, die es erlauben zu beurteilen, ob hinsichtlich der beantragten heimlichen Überwachungsmaßnahme die

---

<sup>3</sup> Mit der Ausnahme des § 4 Absatz 1 S. 4 BVerfSchG bilden die Personenzusammenschlüsse das Beobachtungsobjekt des Verfas- sungsschutzes, eine Sammlung und Auswertung von Informationen über sie setzt aber zwingend auch die Verarbeitung personen- bezogener Daten der in ihnen und für sie handelnden Personen voraus.

**für den jeweiligen Überwachungszeitraum** geltenden, vom Gesetzgeber näher zu bestimmenden Eingriffsvoraussetzungen vorliegen (Rn. 199 ff., 215, 348). Eine Befugnis für die unabhängige Stelle auch **die Zweckmäßigkeit** der Maßnahme einer Prüfung zu unterziehen, ist durch das Gericht nicht gefordert. Derartige Aspekte werden allenfalls bei der Überprüfung der Verhältnismäßigkeit miterfasst. Andernfalls ginge die Prüfungskompetenz über die des Ermittlungsrichters in der StPO hinaus, der lediglich die Rechtmäßigkeit einer Maßnahme in den Blick nimmt, nicht aber die Zweckmäßigkeit.

Die **additive Wirkung** mehrerer nachrichtendienstlicher Maßnahmen und die damit einhergehenden kumulativen Grundrechtseingriffe sind von jeder Stelle als Ausprägung der Verhältnismäßigkeitsprüfung im Rahmen der materiellen Rechtmäßigkeit jeder einzelnen Maßnahme zu prüfen. Soweit es um die hierfür erforderliche Koordination der Befugnisse innerhalb der Verfassungsschutzbehörde selbst geht, darf der Gesetzgeber davon ausgehen, dass diese im Rahmen der Leitungsverantwortung hinreichend gewährleistet ist (Rn. 287, 288). In den Verfassungsschutzbehörden wird eine mögliche Kumulation verschiedener Überwachungsmaßnahmen personenscharf zu dokumentieren und fortlaufend im Blick zu behalten sein. Eine ggf. bestehende Kumulation von Maßnahmen gegen die Zielperson einer Maßnahme ist im Vorabkontrollverfahren **mitzuteilen**. Damit wird die kontrollierende Stelle in die Lage versetzt, die Verhältnismäßigkeit der beantragten Maßnahme in der Gesamtschau additiver Grundrechtseingriffe zu prüfen.

Das BVerfG macht keine Vorgaben dahingehend, dass sich die Kontrollbefugnis auch auf **die gesamte Erhebung, Verarbeitung und Nutzung** durch die ND-Maßnahmen erlangter personenbezogener Daten durch die Nachrichtendienste erstrecken soll. Kontrollbefugnisse in Bezug auf die Einhaltung datenschutzrechtlicher Vorschriften bestehen bereits bei den jeweiligen behördlichen Datenschutzbeauftragten, dem BfDI/LfDI sowie bei den jeweiligen G 10-Kommissionen (vgl. allein § 7 Abs. 1 BDSG, § 28 Abs. 2 BVerfSchG, § 15 Abs. 5 S. 2 Artikel 10-Gesetz). Bei der Ausgestaltung des Kontrollrahmens der unabhängigen Stelle sind ggf. Abgrenzungen zur Tätigkeit der genannten Institutionen vorzunehmen.

## **2. Verhältnis zu anderen Kontrollinstitutionen**

Durch die neue Stelle werden die Rechte des Parlamentarischen Kontrollgremiums (PKG) nicht beschnitten. Die Stelle hat, ähnlich der G 10-Kommission, keinen Anteil an der politischen Staatsleitung. Sie nimmt weder am Prozess der demokratischen Willensbildung noch an der staatlichen Entscheidungsfindung bei der Bildung des Staatswillens teil. Vielmehr sind die beizumessenden Kompetenzen weitgehend auf ihre Kontrollfunktion zu beschränken. Auch die der G 10-Kommission durch das Artikel 10-Gesetz oder weitere Gesetze verliehenen Kompetenzen erfahren keine Einschränkung.

Zukünftig wird, ergänzend zu Berichtspflichten der G 10-Kommission an das PKG, auch zwischen der unabhängigen Stelle und dem PKG ein regelmäßiger Austausch - unter Wahrung der jeweils geltenden Geheimhaltungsvorschriften - über allgemeine Angelegenheiten ihrer Kontrolltätigkeit zu institutionalisieren sein, vgl. § 15 Abs. 8 Artikel 10-Gesetz.

### 3. Gesamtblick auf alle Maßnahmen zu einer Person

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz erfordert neben der unabhängigen Vorabkontrolle zudem die Schaffung einer **effektiven aufsichtlichen Kontrolle**, weil eine Transparenz der Datenerhebung und -verarbeitung sowie die Möglichkeiten individuellen Rechtsschutzes bei heimlichen Überwachungsmaßnahmen eingeschränkt sind (s. Rn. 290).<sup>4</sup>

Bereits in den Entscheidungen des BVerfG zur Antiterrordatei vom 24. April 2013 (Az. 1 BvR 1215/07; - im Folgenden „ATD-Urteil“) und zum BKA-Gesetz vom 20. April 2016 (Az. 1 BvR 966/09; 1 BvR 1140/09 – im Folgenden „BKA-Urteil“) hat das BVerfG Ausführungen zur Ausgestaltung der effektiven aufsichtlichen Kontrolle gemacht (ATD-Urteil, Rn. 216, 217; BKA-Urteil, Rn. 140, 141), die im Vergleich zur Entscheidung zum BayVSG jedoch viel detailreicher sind. In allen Urteilen wird als zentrale Voraussetzung für eine effektive aufsichtliche Kontrolle eine mit wirksamen Befugnissen ausgestattete Stelle genannt. Lediglich im BKA-Urteil sowie im ATD-Urteil wird als effektive aufsichtliche Kontrolle ausdrücklich auf die Stelle des Bundesdatenschutzbeauftragten (BKA-Urteil, Rn. 141) bzw. auf die Datenschutzbeauftragten allgemein (ATD-Urteil, Rn. 216) verwiesen. Zur Häufigkeit einer Kontrolle werden „angemessene Abstände“ gefordert und als „Höchstmaß“ etwa zwei Jahre genannt. Ebenfalls in beiden Urteilen wird für eine effektive Kontrolle verlangt, dass der aufsichtführenden Stelle eine praktikabel auswertbare Datenbasis zur Verfügung gestellt wird.

Unter der Überschrift „Verfahrensanforderungen“ unterstreicht das BVerfG in seiner Entscheidung zum BayVSG (Rn. 290) unter Verweis auf das BKA- und das ATD-Urteil die Bedeutung einer effektiven aufsichtlichen Kontrolle. Anders als im BKA- oder im ATD-Urteil wurde im Urteil des BVerfG zum BayVSG jedoch keine konkrete Aufsichtsstelle genannt. Als wichtige Voraussetzung einer effektiven Kontrolle wird hier betont, dass die

---

<sup>4</sup> hier greift z.B. § 15 VSG NRW/ § 17 LVSG BW – Unabhängige Datenschutzkontrolle durch die Landesbeauftragte oder den Landesbeauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit hins. der Einhaltung der Vorschriften über den Datenschutz soweit nicht die Einhaltung von Vorschriften der Kontrolle durch die G 10-Kommission unterliegt, (u.a. Auskunfts- Zutrittsrecht, Beanstandungsrecht der LDI)

kontrollierende Stelle alle Überwachungsmaßnahmen gegen eine Person im gleichen Zeitraum in den Blick nehmen können muss. Eine wirksame, effektive Kontrolle der nachrichtendienstlichen Überwachungsmaßnahmen setzt danach voraus, dass sich die Verhältnismäßigkeitsprüfung der aufsichtführenden Stelle (auch) auf die additive Wirkung verschiedener Grundrechtseingriffe bezieht. Eine der Kontrollstelle zugängliche praktikabel auswertbare Datenbasis wird demnach sämtliche gegen eine bestimmte Person im gleichen Zeitraum gerichteten Überwachungsmaßnahmen enthalten müssen.

Aus dem Umstand, dass das BVerfG hier keine konkrete Stelle für die effektive aufsichtliche Kontrolle nennt, kann gefolgert werden, dass dem Gesetzgeber bei der Ausgestaltung der aufsichtlichen Kontrolle ein weiter Gestaltungsspielraum zukommt, sofern die grundsätzlichen Anforderungen gewährleistet sind. Die kontrollierende Stelle sollte dabei einen Datenbestand in den Blick nehmen können, der alle Überwachungsmaßnahmen zu einer Person durch eine Behörde zu einem bestimmten Zeitpunkt umfasst, um eine effektive aufsichtliche Kontrolle gewährleisten zu können. Um den Anforderungen des BVerfG gerecht zu werden, wäre es denkbar, die verschiedenen Kontrollinstanzen zur gegenseitigen Unterstützung zu verpflichten und einer Stelle die Verantwortung für den Gesamtüberblick über alle Maßnahmen zu einer Person zu übertragen. Diese Gesamtverantwortung könnte beim BfDI/LfDI oder bei der G10-Kommission angesiedelt werden. Denkbar wäre auch eine neue Stelle am Vorbild der zentralen Datenprüfstelle in Bayern zu errichten.