

Stiftung Neue Verantwortung | Berliner Freiheit 2 | Beisheim Center | 10785 Berlin

Herrn Ministerialrat Dr. Heynckes
Leiter Sekretariat PA 4
Deutscher Bundestag
Platz der Republik 1
10111 Berlin

Berlin, 19.09.2016

-Per E-Mail-

Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung des Bundesnachrichtendienstes (BND) sowie weiterer Vorlagen

Gliederung

1. Einleitung2
2. Grundlegende Anmerkungen zur BND-Reform.....2
3. Vorzüge des BNDG-Entwurfs (Drucksache 18/9041).....4
4. Allgemeine Kritik am BNDG-Entwurf (Drucksache 18/9041)5
5. Die juristische Kontrolle der Auslands-Auslands-Fernmeldeaufklärung.....8

1. Einleitung

Ich bedanke mich für die Gelegenheit, die BND-Reform auf Basis meines Hintergrunds und meiner Expertise zu bewerten. Als Politologe habe ich am Genfer Hochschulinstitut für internationale Studien und Entwicklung zu Fragen der Regierungsverantwortung und der Leistungsfähigkeit der parlamentarischen Nachrichtendienstkontrolle promoviert. Bei der Stiftung Neue Verantwortung leite ich das Privacy Project – ein öffentliches Forum und unabhängiger Ideengeber für eine demokratische und professionelle Nachrichtendienstpolitik im digitalen Zeitalter.

In den letzten Monaten stand neben verfassungs- und grundrechtlichen Fragen zur bevorstehenden BND-Reform auch die Praxis der juristischen Kontrolle von strategischen Überwachungsmaßnahmen im Vordergrund der Arbeit im Privacy Project. In Expertenworkshops und öffentlichen Fachgesprächen wurden dabei wichtige Punkte diskutiert, die ich auch in dieser Stellungnahme aufgreifen werde. Dabei beziehe ich mich vornehmlich auf die im BNDG-Entwurf (BT-Drs. 18/9041) vorgesehenen Bestimmungen zur Anordnung, Unterrichtung und zur Kontrolle der Ausland-Ausland-Fermeldeaufklärung.

2. Grundlegende Anmerkungen zur BND-Reform

Im Zuge der Ermittlungen des NSA-Untersuchungsausschusses wurden für einen Großteil der technischen Aufklärung des BND gravierende Defizite in Bezug auf die Rechtsgrundlagen, Regierungsführung und Kontrolle identifiziert. Im Juni 2015 hat die SPD-Bundestagsfraktion in ihrem Eckpunktepapier „Rechtsstaat wahren – Sicherheit gewährleisten!“ weitreichende Konsequenzen gefordert und die wesentlichen Bausteine einer verfassungsrechtlich gebotenen Reform der strategischen Fernmeldeaufklärung formuliert.¹ Damit wurde innerhalb der Bundesregierung eine Reformdebatte angeschoben, deren konkretes Ziel die Abstellung der im Untersuchungsausschuss identifizierten Probleme war.

Um Rechtssicherheit für die Dienste zu schaffen und um das Vertrauen der Öffentlichkeit in die interne Kontrolle des BND, in die Fachaufsicht des Bundeskanzleramtes und in die vom

¹ SPD-Bundestagsfraktion. 2015. „Rechtsstaat wahren – Sicherheit gewährleisten! Erste Konsequenzen aus dem NSA-Skandal: Eckpunkte der SPD-Bundestagsfraktion für eine grundlegende Reform der Strategischen Fernmeldeaufklärung des BND mit internationaler Vorbildwirkung“. Quelle: http://www.spdfraktion.de/system/files/documents/2015-06-16-eckpunkte_reform_strafma-r-endfassung.pdf (abgerufen am 16.09.2016).

Bundestag verantwortete Kontrolle wiederherzustellen, hat die Bundesregierung nun eine umfangreiche Gesetzesreform vorgelegt.

Jetzt steht der Innenausschuss in der Pflicht, die bedeutendste Reform des Nachrichtendienstrechts der letzten Jahrzehnte in einem zeitlich ambitionierten Gesetzgebungsverfahren zu beraten. Von besonderer Bedeutung für das Gelingen der Reform ist, dass die richtigen Konsequenzen aus den Versäumnissen und Unzulänglichkeiten der vergangenen Jahre gezogen werden, die im Rahmen der Tätigkeit des NSA-Untersuchungsausschusses (NSA-UA) aufgedeckt wurden. Der Bundestag sollte neben der Rechtssicherheit durch klare gesetzliche Vorgaben auch den Prinzipien von Rechtsstaatlichkeit und Grundrechtsschutz Genüge zu tun.

Zudem sollte dafür Sorge getragen werden, dass Deutschland einen handlungsfähigen Auslandsnachrichtendienst unterhält, der maßgeblich zur Sicherheit Deutschlands beitragen kann. Dazu gehört neben einer effektiven Kooperation des BND mit ausländischen Nachrichtendiensten auch der effektive und zugleich möglichst grundrechtsschonende Einsatz der Instrumente der technischen Aufklärung, zu der die Kommunikationsüberwachung im Internet zählt. Die nationale Sicherheit würde Schaden nehmen, wenn alle von der Exekutive beantragten Maßnahmen ohne wirksame juristische Prüfung auf Zulässigkeit und Verhältnismäßigkeit einfach durchgewunken werden könnten beziehungsweise die Antragskriterien inhaltlich so abgesenkt würden, dass es de facto kaum noch Spielraum für die juristische Kontrolle gäbe. Eine solche massive Einschränkung der Kontrolle birgt, wie anhand der Arbeit im NSA-UA deutlich wurde, das Risiko, dass die technische Aufklärung des BND ein Eigenleben führt und dass sich der Dienst im Zuge seiner gewaltigen Erfassungskapazitäten im Datensumpf verzetteln könnte.²

Allerdings werden in der Praxis nicht alle einzelnen Überwachungsmaßnahmen minutiös angeordnet und einem langwierigen Genehmigungs- und Prüfverfahren unterzogen werden können. Suchbegriffe können sich, wie eben auch Gefahrenlagen, stündlich ändern. Umso

² Dass diese Gefahr besteht, wird nicht nur von Kritikern der Nachrichtendienste vorgebracht, sondern auch von Mitarbeitern der Dienste. Beispielsweise haben britische Beamte in einem Briefing für das Cabinet Office und das Treasury Department im Februar 2010 ausgeführt: „The Security Service can currently collect more than it is able to exploit. This creates a real risk of ‚intelligence failure‘ i.e. from the Service being unable to access potentially life-saving intelligence from data that it has already collected.“ Quelle: <https://theintercept.com/document/2016/06/07/digint-narrative> (abgerufen am 16.09.2016).

wichtiger erscheint es daher, dass die Dienste regelmäßig mit einer unabhängigen juristischen Prüfung der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung rechnen müssen.

Dem BNDG-Entwurf zufolge soll nicht die G 10-Kommission, sondern ein neu zu gründendes Unabhängiges Gremium (UG) mit Sitz in Karlsruhe für die Kontrolle der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung zuständig sein. Das Mandat des UG (§ 9 und § 16 BNDG-E) bleibt deutlich hinter dem Anspruch einer umfassenden, regelmäßigen und effizienten juristischen Kontrolle zurück.³ Insbesondere die Kontrollbefugnisse und die Unterrichtungspflichten des UG sollten im Gesetzgebungsverfahren noch deutlich ausgeweitet und präziser festgeschrieben werden.

Die in dieser Stellungnahme unter Punkt 5 aufgeführten Vorschläge zeigen Wege auf, wie der Bundestag der geplanten Ausweitung und Legalisierung von Kommunikationsüberwachung des BND eine wirksamere juristische Kontrolle entgegenstellen könnte.

3. Vorzüge des BNDG-Entwurfs (BT-Drs. 18/9041)

Im internationalen Vergleich ist es keine Selbstverständlichkeit, dass die Gewaltenteilung bei der Anordnung und Kontrolle von nachrichtendienstlicher Kommunikationsüberwachung im Allgemeinen und bei der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung im Besonderen berücksichtigt wird.⁴ Von daher ist es positiv hervorzuheben, dass mit der BND-Reform weitere Bereiche des Handlungsspektrums der Exekutive rechtsstaatlich eingeeht werden sollen.

Mit den Vorschriften des Abschnitt 2 stellt der Entwurf das Kerngeschäft des BND – die Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung sowie ein großer Teil der SIGINT-Kooperation mit ausländischen Nachrichtendiensten – auf eine präzisere gesetzliche Grundlage. Dimensionen der Nachrichtendienstführung, die über Jahre an den Kontrollgremien des Bundestages und der Öffentlichkeit vorbeigegangen sind, werden mit dem BNDG-E erstmalig gesetzlich festgeschrieben und demokratisch legitimiert. Die vom Inland aus betriebene Ausland-

³ Siehe dazu auch das Eckpunktepapier der SPD-Bundestagsfraktion vom Juni 2015 (wie Fußnote 1), insbesondere S. 3 und S. 8. Dort wurde unter anderem folgende Forderung erhoben: „Bereits existierende Kontrollbefugnisse müssen auf die gesamte Fernmeldeaufklärung ausgeweitet werden. [...] [Die Unterstützung durch Sachmittel und qualifiziertes Hilfspersonal] sollte neben juristischen auch technischen und nachrichtendienstlichen Sachverstand umfassen, so dass eine umfassende, regelmäßige und effiziente Kontrolle unter Beachtung der gesetzlichen Aufgaben ohne weiteres möglich ist.“

⁴ Siehe dazu die Vergleichsstudie der Agentur der Europäischen Union für Grundrechte: Surveillance by Intelligence Services: fundamental rights safeguards and remedies in the EU. November 2015. Quelle: <http://fra.europa.eu/en/publication/2015/surveillance-intelligence-services> (abgerufen am 16.09.2016).

Ausland-Fernmeldeaufklärung wird zudem mit zentralen rechtsstaatlichen Mindeststandards wie der juristischen Zulässigkeitsprüfung und Unterrichtungspflichten der Bundesregierung flankiert.

Die Kooperation des BND mit ausländischen Sicherheitsbehörden im Rahmen der vom Inland aus betriebenen Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung (§ 13 BNDG-E) setzt international neue Maßstäbe, was die Detailtiefe der Vorgaben für die schriftliche Absichtserklärung (§ 13 Abs. 3 und 4 BNDG-E) betrifft.⁵

Die direkte Einbindung der BND-Spitze und des Kanzleramts beim Anordnungsverfahren bei Maßnahmen der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung ist mit Blick auf eine spätere Regierungsverantwortung wichtig. Insofern ist es zu begrüßen, dass der BNDG-E die Unterrichtung des Kanzleramts (§ 9 Abs. II Satz 2 BNDG-E) aufgreift.

4. Allgemeine Kritik am BNDG-Entwurf (Drucksache 18/9041)

Um im nächsten Abschnitt detaillierter auf die Möglichkeiten einer verbesserten juristischen Kontrolle eingehen zu können, werden die folgenden Problemzonen der BND-Reform hier nur cursorisch aufgegriffen; dies betrifft unter anderem:

- die Verfassungskonformität des BNDG-E und die mögliche Diskriminierung von ausländischen Grundrechtsträgern
- die fehlende unabhängige Evaluation der nachrichtendienstlichen Wirksamkeit der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung,
- die technische Machbarkeit einer sauberen Identifizierung und Trennung von erfassten Daten (Einhaltung der Vorgaben des § 6 Abs. IV BNDG-E) sowie
- die fehlende Begrenzung der Datenmenge in den Anordnungen nach § 9 Abs. I BNDG-E.

Die materiell-rechtliche Frage nach der extraterritorialen Reichweite des Art. 10 GG ist von entscheidender Bedeutung für die Beurteilung des Gesetzesvorhabens. Erst die Annahme,

⁵ Im Gesetzgebungsverfahren sollte allerdings geprüft werden, inwiefern sich die Vorgaben des § 13 auch auf die im Ausland betriebene Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung nach § 7 BNDG-E ausweiten ließen und Kennzeichnungspflichten in die Vorgaben für die Absichtserklärung mit aufgegriffen werden sollten. Zudem ist es ratsam, die abstrakte Unterrichtungspflicht der Bundesregierung gegenüber dem PKGr in § 13 Abs. 5 BNDG-E noch zu präzisieren. Das Parlament sollte vollumfänglich und zeitnah über diese bilateralen Kooperationsvereinbarungen unterrichtet werden und dem PKGr sollte ein Zustimmungsrecht eingeräumt werden.

dass die Praxis der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung nicht Art. 10 GG tangiere, ermöglicht überhaupt eine Ausgestaltung des Genehmigungsverfahrens und der Kontrolle außerhalb der G 10-Kommission und des Art. 10-Gesetzes. Die dem Entwurf zugrunde liegende Rechtsinterpretation wird aber vielerorts bezweifelt.⁶ Die anderen Sachverständigen werden darauf besser eingehen können. Einfacher und stringenter wäre es meiner Meinung nach gewesen, das bestehende System der juristischen Kontrolle zu professionalisieren und auszuweiten.⁷ Stattdessen wurde von der Regierungsmehrheit eine weitere Fragmentierung der Kontrollorgane in Kauf genommen.⁸

Die Bundesregierung sieht in der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung ein Instrument, das für die Aufgabenerfüllung des BND „unverzichtbar“ (Drucksache 18/9041, S. 22 ist. Weder den Kontrolleuren noch der Öffentlichkeit gegenüber ist die Bundesregierung laut BNDG-E (BT-Drs. 18/9041) aber verpflichtet, einen klaren Beweis für die Wirksamkeit dieser Maßnahmen zu erbringen. Dafür wäre, wie im Eckpunktepapier der SPD-Bundestagsfraktion zu Recht gefordert, eine regelmäßige und unabhängige Evaluation der Wirksamkeit der Maßnahmen des Abschnitt 2 BNDG-E vonnöten. Bei der gegenwärtigen Sicherheitslage darf der BND sich nicht im Datensumpf verzetteln, sondern muss im Grundrauschen seiner gewaltigen Datenerfassung entscheidende Informationen in Bezug auf die Abwehr von eindeutigen Gefahren identifizieren können. Auch mit Blick auf die Kosten der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung wäre eine regelmäßige Evaluation der Wirksamkeit ratsam.

Das deutsche Nachrichtendienstrecht würde mit Verabschiedung des BNDG-E zwischen vier verschiedenen Kategorien von Inhaltsdaten bei der strategischen Fernmeldeaufklärung unterscheiden:

⁶ Siehe dazu beispielsweise die Gutachten der Wissenschaftlichen Dienste des Bundestags (WD-3-3000-194/16 sowie WD-3-3000-171/16) und die Aufsätze von Bertold Huber (BND-Reform: Gelungen oder verbesserungswürdig? Zeitschrift für Rechtspolitik, 6/2016, 162-166) und Hans-Jürgen Papier (Beschränkungen der Telekommunikationsfreiheit durch den BND an Datenaustauschpunkten, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 15/2016, 1-15). Auch die drei Gutachten von den Staatsrechtlern Papier, Bäcker und Hoffmann-Riem zum Auftakt des NSA-UA sind in diesen Zusammenhang zu nennen.

⁷ Thorsten Wetzling. 2015. Das Herzstück der deutschen Geheimdienstreform: Vorschläge für eine starke G-10 Kommission. Quelle: http://www.stiftung-nv.de/sites/default/files/g10_policy_brief_thorsten_wetzling.pdf (abgerufen am 19.09.2016)

⁸ Warum die Haushaltskontrolle im Vertrauensgremium getrennt von der Richtlinienkontrolle im PKGr stattfinden soll und es zudem nur begrenzte Austauschmöglichkeit zwischen den Kontrolleuren gab war schon bisher nicht leicht zu vermitteln. Laut Regierungsmehrheit soll zukünftig die Zulässigkeitsprüfung für Maßnahmen der nachrichtendienstlichen Kommunikationsüberwachung zudem in zwei unterschiedlichen Gremien und an verschiedenen Orten stattfinden.

- (1) Daten aus Telekommunikationsverkehren von deutschen Staatsangehörigen, von inländischen juristischen Personen oder von sich im Bundesgebiet aufhaltenden Personen (Art. 10-Gesetz und Verweis in § 6 Abs. IV BNDG-E)
- (2) Daten von Einrichtungen der Europäischen Union, von öffentlichen Stellen ihrer Mitgliedstaaten
- (3) Daten von Unionsbürgerinnen und Unionsbürgern
- (4) Daten des EU-Auslands

Dabei werden unterschiedliche Bedingungen an die Anordnung, Unterrichtung und Zulässigkeitsprüfung geknüpft, je nachdem, welcher oben genannten Kategorie die Daten zugeordnet werden. In der Begründung des Gesetzentwurfs wird eingeräumt, dass „geschützte Verkehre zum Teil nicht unverzüglich als solche erkannt [...] werden“ (Drucksache 18/9041, S. 24) können. Eine für den Grundrechtsschutz entscheidende Rolle nehmen daher die Filterprogramme und deren Wirksamkeit ein. Die Frage steht im Raum, ob die Bundesregierung den Schutz der Grundrechtsträgerinnen und Grundrechtsträger gemäß § 6 Abs. IV BNDG-E überhaupt technisch so umsetzen kann.⁹ Auf jeden Fall sollte eine unabhängige und sachkundige Prüfung der Filter ein Teil der nachsorgenden Kontrolle der technischen Aufklärung werden. Dies ist bisher noch nicht erkennbar.

⁹ Friedhelm Greis. 2015. Neues BND-Gesetz. Eco warnt vor unkontrolliertem Zugriff auf deutschen Traffic. Quelle: <http://www.golem.de/news/neues-bnd-gesetz-eco-warnt-vor-unkontrolliertem-zugriff-auf-deutschen-traffic-1609-123128.html> (abgerufen am 16.09.2016).

5. Die juristische Kontrolle der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung

Wichtige Korrekturen sind meiner Ansicht nach am BNDG-E vonnöten, um rechtsstaatliche Defizite abzustellen und Rechenschaftslücken zu schließen. Dies wird im Folgenden anhand des vorgesehenen Anordnungs- und Unterrichtsverfahren und dem Mandat des Unabhängigen Gremiums erörtert. Zunächst werden die wesentlichen Kritikpunkte aufgelistet und besprochen. Wo möglich, werden zudem Verbesserungsvorschläge gemacht.

1. Die Berufung der Mitglieder des Unabhängigen Gremiums sollte durch den Bundestag und nicht durch das Bundeskabinett erfolgen.
2. Für den Großteil der Maßnahmen der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung ist keine wirksame juristische Kontrolle vorgesehen. Dazu fehlt es an Unterrichtungspflichten der Bundesregierung und der Befugnis des Unabhängigen Gremiums, die Durchführung aller angeordneten Maßnahmen zu kontrollieren. Das Mandat des Unabhängigen Gremiums ist daher auszuweiten und zu präzisieren.
3. Die Berichts- und Protokollpflichten des Unabhängigen Gremiums sind ebenfalls auszuweiten und zu präzisieren.
4. Eine Anwältin / ein Anwalt der Betroffenen sollte den Sitzungen des Unabhängigen Gremiums beiwohnen und deren Interessen vertreten.
5. Dem Unabhängigen Gremium sollten zudem Sanktionsmöglichkeiten und eine Klagebefugnis eingeräumt werden.
6. Dem Unabhängigen Gremium ist der direkte, regelmäßige Austausch mit den anderen Kontrollgremien zu ermöglichen und vorzuschreiben.
7. Die Bundestagsverwaltung sollte die Geschäftsstelle des Unabhängigen Gremiums stellen. Deren Aufgaben und Profil sollten im Entwurf zudem präzisiert werden.

Kurze Begründungen der Positionen und Verbesserungsvorschläge

Zu Position 1:

Um zu verhindern, dass das Unabhängige Gremium als Oxymoron wahrgenommen wird, und auch, um die Verankerung des Kontrollgremiums mit dem Bundestag zu stärken, sollte nicht das Bundeskabinett die Mitglieder berufen. Diese Aufgabe sollte dem Parlamentarischen Kontrollgremium (PKGr) zuteilwerden. Darüber hinaus sollte die Geschäftsordnung des Unabhängigen Gremiums, analog zu § 15 Abs. IV Art. 10-Gesetz, von der Zustimmung des PKGr abhängen.

Vorschlag:

- Ersetze „Bundeskabinett“ in § 16 Abs. II BNDG-E durch „Parlamentarische Kontrollgremium“.
- Einschub in § 16 Abs. IV Satz 2 BNDG-E: „die der Zustimmung des Parlamentarischen Kontrollgremiums bedarf“.

Zu Position 2:

Die G 10-Kommission entscheidet über die Zulässigkeit aller Beschränkungsmaßnahmen nach Art. 10-Gesetz, und deren Kontrollbefugnis erstreckt sich auf die gesamte Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von personenbezogenen Daten. Dagegen soll das Unabhängige Gremium lediglich die Zulässigkeit von Anordnungen prüfen (§ 9 Abs. IV und Abs. V BNDG-E) und kann lediglich die Einhaltung der Vorgaben des § 6 Abs. III BNDG-E stichprobenartig kontrollieren. Damit ist für den Großteil der Maßnahmen der Ausland-Ausland-Fermeldeaufklärung (dem Kerngeschäft) noch immer keine juristische Kontrolle, gerade auch in Bezug auf die Durchführung der angeordneten Maßnahmen, vorgesehen.

Daten von Unionsbürgerinnen und -bürgern können nach § 6 Abs. III Satz 1 Nr. 1 BNDG-E zwar gezielt erhoben werden, die dafür benutzten Suchbegriffe müssen aber in den Anordnungen nicht aufgeführt werden. Ohne Kenntnis der Einspeisung von Suchbegriffen kann das Unabhängige Gremium nicht wirksam die Zulässigkeit und Notwendigkeit dieser Maßnahmen prüfen. Die Befugnis des UG, die Einhaltung des § 6 Abs. III BNDG-E stichprobenartig zu kontrollieren, ist dafür ein richtiger Schritt. Um dies aber auch in der Praxis zu ermöglichen, sind weitergehende Kontrollbefugnisse in § 16 BNDG-E aufzuführen. Zudem sollte sich die Stichprobenkontrolle auf die gesamten Maßnahmen des Abschnitt 2 BNDG-E er-

strecken. Um der Fragmentierung der Kontrollgremien entgegenzuwirken und um wichtige Synergien auszunutzen sollte zudem angeregt werden, dass einzelne Mitglieder der G 10-Kommission und des Unabhängigen Gremiums auch gemeinsam und unangemeldet dem BND einen Kontrollbesuch abstatten können.

Es erscheint praxisfern, dem Unabhängigen Gremium eine detaillierte Zulässigkeitsprüfung für jede einzelne Maßnahme aufzuerlegen. Stattdessen sollte das Gesetz die Rahmenbedingungen dafür schaffen, dass das UG regelmäßig angehalten wird, stichprobenartig die Einhaltung aller in Abschnitt 2 geregelten Maßnahmen zu prüfen. Dazu zählen auch die Maßnahmen im Rahmen der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung im Ausland (§ 7 BNDG-E). Das UG sollte zudem – wie auch die G 10-Kommission – aufgrund von Beschwerden die Zulässigkeit von Maßnahmen des Abschnitt 2 BNDG-E prüfen dürfen.

Dem BNDG-E zufolge wird das Unabhängige Gremium lediglich bei Anordnungen des Typ § 9 Abs. IV BNDG-E (ohne Suchbegriffe) vorab unterrichtet. Für Anordnungen des Typ § 9 Abs. V BNDG-E („EU-Daten“) bedarf es dagegen keiner Vorabunterrichtung, ganz zu schweigen von einer Vorabautorisierung. Es mag sein, dass eine Vorabunterrichtung aller Maßnahmen der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung in der Praxis erhebliche Ressourcen erfordern würde. Sie sollte angesichts der massiven Eingriffe in die Privatsphäre der Betroffenen dennoch der Standard sein.¹⁰ Von daher ist dem Unabhängigen Gremium bei Anordnungen des Typ § 9 Abs. V BNDG-E die Vorabuntersagung einzelner Anordnungen zumindest insofern zu ermöglichen, indem das UG, wie das EOS-Gremium in Norwegen, eine „Echtzeit-Einsicht“ in das elektronische Anordnungssystem der Bundesregierung erhält.¹¹

Was die Unterrichtungspflichten der Bundesregierung gegenüber dem Unabhängigen Gremium betrifft, ist es zudem wichtig, zumindest für den Regelfall Fristen festzulegen. Wenn die Bundesregierung gemäß § 9 Abs. V BNDG-E das Unabhängige Gremium über Anordnungen (mit Suchbegriffen) unterrichtet, ist weder eine Vorabunterrichtung noch überhaupt eine Frist vorgesehen, bis wann das Gremium nach dem Vollzug zu informieren ist. Ebenso wichtig erscheint es, dem UG (wie auch der G 10-Kommission) Zeit für die Zulässigkeitsprüfungen einzuräumen. In der Praxis ist es häufig so, dass die Kontrollgremien erst kurz vor ihrem Zusammentreffen über die Anordnungen informiert werden und in der Regel sehr

¹⁰ Siehe dazu grundsätzlich die Entscheidung des Europäischen Menschenrechtshof in Roman Zakharov vs. Russia und die 6. Empfehlung des Menschenrechtskommissars des Europarats und.

¹¹ Mit einigen Ausnahmen hat das norwegische Kontrollgremium (EOS) die Möglichkeit, „free searches in the services' computer systems“ (EOS Annual Report 2015, S. 35) durchzuführen.

zeitnah eine Entscheidung zu treffen haben. Um dies zu ermöglichen, sollte der Geschäftsstelle des UG (mit Sitz in der Bundestagsverwaltung und nicht in Karlsruhe) ein zeitnaher Zugang zu den Anordnungen ermöglicht werden, damit die Mitglieder des UG ausreichend Zeit für die Vorbereitung ihrer Entscheidung haben.

Vorschlag:

- § 9 Abs. V Satz 3 und Satz 4 BNDG-E sind gänzlich zu streichen.
- In § 16 ist ein neuer Absatz VII einzufügen:
„Die Kontrollbefugnis des Unabhängigen Gremiums erstreckt sich auf die gesamte Erhebung, Verarbeitung und Nutzung der nach Abschnitt 2 dieses Gesetzes erlangten personenbezogenen Daten. Das Gremium kann auch aufgrund von Beschwerden die Einhaltung der Vorgaben des Abschnitt 2 prüfen. Die Kontrollrechte des Parlamentarischen Kontrollgremiums bleiben unberührt.“
- In § 16 ist ein neuer Absatz VIII einzufügen:
„Den Mitgliedern und Mitarbeitern des Unabhängigen Gremiums ist
 1. Auskunft zu ihren Fragen zu erteilen,
 2. Einsicht in alle Unterlagen und Daten zu gewähren, die im Zusammenhang mit Maßnahmen des Abschnitt 2 BNDG-E stehen. Dazu zählen insbesondere die Datenerhebungs- und Datenverarbeitungsprogramme, Suchbegriffe, Filterprogramme, gespeicherten Daten,
 3. jederzeit Zutritt in alle Diensträume des BND zu gewähren.“
- Echtzeit-Einsicht des Unabhängigen Gremiums in die elektronischen Anordnungsdaten der Exekutive ermöglichen.

Zu Position 3:

Ein Mindestmaß an Transparenz sollte für Entscheidungen des Unabhängigen Gremiums angestrebt werden. Um die nachsorgende Kontrolle der Datenverarbeitung zu ermöglichen, sollten Zulässigkeitsprüfungen von besonderer Tragweite oder neuer Begründungsart in geeigneter Form protokolliert und der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden. Da Telekommunikationsunternehmen treuhänderische Pflichten gegenüber ihren Kunden haben sind zudem Fallkonstellationen denkbar, bei denen es wichtig wäre, dass Entscheidungen protokolliert und zumindest in einem In-camera-Verfahren eingesehen werden könnten.

In den USA gilt diesbezüglich folgende Regel für den FISA Court:

SEC. 602. DECLASSIFICATION OF SIGNIFICANT DECISIONS, ORDERS, AND OPINIONS.,(a) DECLASSIFICATION REQUIRED.—Subject to subsection (b), the Director of National Intelligence, in consultation with the Attorney General, shall conduct a declassification review of each decision, order, or opinion issued by the Foreign Intelligence Surveillance Court or the Foreign Intelligence Surveillance Court of Review (as defined in section 601(e)) that includes a significant construction or interpretation of any provision of law, including any novel or significant construction or interpretation of the term ‚specific selection term‘, and, consistent with that review, make publicly available to the greatest extent practicable each such decision, order, or opinion.“¹²

Des Weiteren enthält § 16 Abs. VI BNDG-E eine zu abstrakte Unterrichtungspflicht des Unabhängigen Gremiums gegenüber dem PKGr. Hier sollten klarere Formulierungen gewählt werden. Wichtig ist dabei, dass diese Berichte nicht nur Angaben über die Anzahl der Entscheidungen und Zusammentreffen der Mitglieder enthalten, sondern vielmehr den Einsatz von Kontrollinstrumenten (Stichproben; Besuch der Diensträume des BND etc.) und das Abstimmungsverhalten der Mitglieder bei den Entscheidungen dokumentieren.

Zu Position 4:

Sowohl bei den Treffen der G 10-Kommission und nach Wunsch der Regierungskoalition auch bei den Treffen des Unabhängigen Gremiums fehlt jemand, der die Interessen der Betroffenen vertritt. Einige G 10-Mitglieder geben mitunter unumwunden zu, dass diese Perspektive in ihren Besprechungen gänzlich fehlt. Das ist mit Blick auf den Grundrechtsschutz im G 10-Gremium aber auch mit Blick auf die Praxis der Verhältnismäßigkeitsprüfung im Unabhängigen Gremium problematisch. Die Bundesanwältin / der Bundesanwalt im Gremium ist erfahrungsgemäß darauf ausgerichtet, die Sicht der Exekutiv zu vertreten. Eine Anwältin / ein Anwalt der Betroffenen sollte deshalb zukünftig den Sitzungen des Unabhängigen Gremiums beiwohnen. Die Anwältin / der Anwalt der Betroffenen würde der Sicht der Exekutive eine wichtige Stimme gegenüberstellen und könnte vom PKGr ins UG berufen werden.

¹² Siehe U.S. Code, Title 50, Chapter 36, Subchapter V, §1872. Quelle: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/50/1872> (abgerufen am 19.09.2016).

Vorschlag:

- § 16 Abs. I Satz 3 „und eine Beisitzerin oder ein Beisitzer sind“ streichen und durch „ist“ ersetzen sowie „Richterinnen“ durch „eine Richterin am Bundesgerichtshof oder einen Richter am Bundesgerichtshof“ ersetzen und nach „Bundesgerichtshof“ den Satz beenden
- § 16 Abs. I Satz 4 einschieben: „Eine Beisitzerin oder ein Beisitzer ist eine Bundesanwältin beim BGH oder ein Bundesanwalt beim BGH. Eine weitere Beisitzerin oder ein weiterer Besitzer wird als Anwältin oder Anwalt der Betroffenen vom Parlamentarischen Kontrollgremium berufen.“
- § 16 Abs. II Satz 1 Nr. 1 sollte nun heißen ... „: die Vorsitzende oder der Vorsitzende des Unabhängigen Gremiums, die Richterin am Bundesgerichtshof oder Richter am Bundesgerichtshof ist, einschließlich deren Stellvertretung“
- Einschub § 16 Abs. II Satz 1 Nr. 3: „die Anwältin oder den Anwalt der Betroffenen“

Zu Position 5:

Sowohl im Art. 10-Gesetz als auch im BNDG-E ist zwar die Rechtsfolge einer negativen Zulässigkeitsprüfung geklärt (das heißt für unzulässig erklärte Anordnungen sind unverzüglich aufzuheben), nicht aber die Klagebefugnis bei Streitigkeiten über den Zugang zu Informationen. Beim Eikonalfall ist zum Beispiel noch immer unklar, ob die G 10-Kommission überhaupt die Befugnis hat, ein Organstreitverfahren gegen die Bundesregierung anzustrengen um von Amts wegen prüfen zu können, ob deutsche Grundrechtsträger bei der Einstellung von NSA-/BND-Selektoren betroffen waren. Diesen Zugang hat die Bundesregierung bisher verweigert. Ähnlich könnte das Unabhängige Gremium von Maßnahmen erfahren und den Zugang zu Suchbegriffen für Maßnahmen nach § 6 Abs. I BNDG-E (oder die Einhaltung des Verbots gemäß § 6 Abs. IV BNDG-E) benötigen. Sollte die Bundesregierung, wie im Eikonalfall gegenüber der G 10-Kommission den Zugang verweigern, so erscheint eine explizite Klagebefugnis und/oder die Einrichtung einer Schlichtungsstelle im Sinne der Gewaltenteilung unbedingt erforderlich.

Weil man nicht alles kontrollieren kann und weil die Exekutive geneigt ist, ihren Informationsvorsprung auszunutzen, auch um Fehlverhalten zu verschleiern, erscheint es zudem

geboten, strafrechtliche Sanktionsmöglichkeiten gegenüber den Mitgliedern der Exekutive bei groben Fehlverhalten einzuführen.

Zu Position 6:

Im PKGrG-E (BT-Drs. 18/9040) wird zwar der Austausch der bereits existierenden Kontrollgremien verbessert, dies betrifft allerdings noch nicht das Unabhängige Gremium. Der Gesetzgeber sollte dafür Sorge zu tragen, dass das Unabhängige Gremium dabei berücksichtigt wird. Ansonsten entstünde zukünftig ein der Wirksamkeit der demokratischen Nachrichtendienstkontrolle abträgliches „Trennungsgebot“. Auch ist daran zu denken, wie man diesen Austausch in der Praxis ausgestalten könnte. Ein Beispiel wäre die vorgenannte Idee gemeinsamer Kontrollbesuche beim BND.

Vorschlag:

- Im vorgeschlagenen neuen § 15 Abs. VIII Art. 10-Gesetz sollte das „Unabhängige Gremium“ ebenfalls mit aufgeführt werden.

Zu Position 7:

Welche Aufgaben hat die Geschäftsstelle des Unabhängigen Gremiums? Wer leitet die Geschäftsstelle? Von wem wird sie/er benannt?

Die Geschäftsstelle sollte die Anordnungen kontinuierlich sondieren können, um die Entscheidungsfindung des UG zu verbessern. Sollte das UG, wie geplant, nur alle drei Monate zusammenkommen, wäre eine Professionalisierung der Geschäftsstelle im Interesse aller Beteiligten. Dazu gehört auch, dass die Geschäftsstelle ausreichend interdisziplinäres Wissen beherbergt, um die Mitglieder des UG kontinuierlich beraten zu können.

Um die Fragmentierung der Kontrollgremien nicht unnötig zu vergrößern, sollte die Bundestagsverwaltung für die Geschäftsstelle des Unabhängigen Gremiums genutzt werden. Das PD-5 Sekretariat verfügt bereits über langjährige Erfahrungen in diesem Bereich und diese Synergien sollten genutzt werden.