

Positionspapier zum Unabhängigen Gremium im BNDG-E

Einleitung

Der Entwurf des Bundesnachrichtendienstgesetz (BNDG-E) soll die Auslands-Auslands-Fernmeldeaufklärung des BND auf den Boden der Rechtsstaatlichkeit holen und zugleich eine verbesserte Regierungsführung und Kontrolle ermöglichen. Wichtige Korrekturen sind am Entwurf vonnöten, um rechtsstaatliche Defizite abzustellen und Rechenschaftslücken zu schließen. Dies wird im Folgenden anhand des vorgesehenen Anordnungs- und Unterrichtsverfahren und der Kontrolle des Unabhängigen Gremiums erörtert. Der Text stellt die wesentlichen Kritikpunkte vor und diskutiert, wo möglich, etwaige Verbesserungsvorschläge.

Prämisse

Die Effizienz des BND ist im Interesse der nationalen Sicherheit. Einerseits würde sie Schaden nehmen, wenn alle von der Exekutive beantragten Maßnahmen ohne wirksame juristische Prüfung auf Zulässigkeit und Verhältnismäßigkeit durchgewunken würden. Abteilungen könnten weiterhin ein Eigenleben entwickeln und es bestünde die Gefahr, dass sich der Dienst im Datensumpf verzettelt. Andererseits werden in der Praxis nicht alle Maßnahmen minutiös angeordnet und einem langwierigen Genehmigungs- und Prüfverfahren unterzogen werden können. Umso wichtiger erscheint es deshalb, dass die Dienste regelmäßig mit einer unabhängigen juristischen Prüfung der Auslands-Auslands-Fernmeldeaufklärung rechnen müssen.

Das bescheidene Mandat des Unabhängigen Gremiums im BNDG-Entwurf bleibt deutliche hinter diesem Anspruch.¹ Insbesondere die Kontrollbefugnisse und die Unterrichtspflichten des Unabhängigen Gremiums sollten deutlich ausgeweitet und präziser festgeschrieben werden.

Positionen

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 Auslands-Auslands-Fernmeldeaufklärung ist keine wirksame juristische Kontrolle vorgesehen. Dazu fehlt es an Unterrichtspflichten der Bundesregierung und der Befugnis des Unabhängigen Gremiums, die Durchführung aller angeordneten Maß-*

¹ Siehe dazu auch das Eckpunktepapier der SPD Bundestagsfraktion vom Juni 2015, insb. Seite 3 und S.8: „Bereits existierende Kontrollbefugnisse [...] müssen auf die gesamte Fernmeldeaufklärung ausgeweitet werden [...] dass eine umfassende, regelmäßige und effiziente Kontrolle [...] ohne weiteres möglich ist.“

nahmen zu kontrollieren. Das Mandat des Unabhängigen Gremiums ist auszuweiten und zu präzisieren.

3. Die Berichts- und Protokollpflichten des Unabhängigen Gremiums sind auszuweiten und zu präzisieren
4. 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 (UG) als Oxymoron wahrgenommen wird und auch um die Verankerung des Kontrollgremiums mit dem Bundestag zu stärken, sollte verhindert werden, dass das Bundeskabinett die Mitglieder beruft. Stattdessen sollte dem Parlamentarischen Kontrollgremium (PKGr) diese Aufgabe übertragen werden. Darüber hinaus sollte die Geschäftsordnung des Unabhängigen Gremiums, analog zu §15 IV Art-10-Gesetz, von der Zustimmung des PKGr abhängen.

Vorschlag:

- Ersetze „Bundeskabinett“ in §16 II BNDG-E durch „Parlamentarische Kontrollgremium“.
- Einschub in §16 IV S 2 „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 IV und V) und kann lediglich die Einhaltung der Vorgaben des §6 III stichprobenartig kontrollieren. Damit ist für den Großteil der Maßnahmen der Auslands-Auslands-Fernmeldeaufklärung (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 III S1 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 III 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 Abschnitts 2 BNDG-E erstrecken.

Es erscheint praxisfern, dem Unabhängigen Gremium eine detaillierte Zulässigkeitsprüfung für jede einzelne Maßnahme aufzuerlegen. Stattdessen sollte das Gesetz die Rahmenbedingungen dafür schaffen, dass das Unabhängige Gremium regelmäßig angehalten wird, stichprobenartig die Einhaltung aller in Abschnitt 2 geregelten Maßnahmen zu prüfen. Dazu zählen auch die Maßnahmen im Rahmen der Auslands-Auslands-Fernmeldeaufklärung im Ausland (§ 7 BNDG-E). Das Unabhängige Gremium sollte zudem – wie auch die G10-Kommission - aufgrund von Beschwerden die Zulässigkeit von Maßnahmen des Abschnitts 2 BNDG-E prüfen dürfen.

Dem BNDG-Entwurf zufolge wird das Unabhängige Gremium lediglich bei Anordnungen des Typ §9 IV vorab unterrichtet. Für Anordnungen des Typ § 9 V („EU-Daten“) bedarf es dagegen keiner Vorabunterrichtung, ganz zu schweigen von einer Vorabautorisierung. Es mag sein, dass eine Vorabunterrichtung aller Maßnahmen der Auslands-Auslands-Fernmeldeaufklärung in der Praxis erhebliche Ressourcen erfordert. Diese sollte angesichts der massiven Eingriffe in die Privatsphäre der Betroffenen dennoch der Standard sein.² Von daher ist dem Unabhängigen Gremium bei Anordnungen des Typ B insofern 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. Mit einigen Ausnahmen hat das norwegische Kontrollgremium die Möglichkeit „free searches in the services‘ computer systems“ (EOS Annual Report 2015, S. 35) durchzuführen.

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 V das unabhängige Gremium über Anordnungen vom Typ B (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 Unabhängigen Gremium (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

² Siehe dazu z.B. die 6. Empfehlung des Menschenrechtskommissars des Europarats und die Entscheidungen des Europäischen Menschenegerichtshof in Roman Zakharov v. Russia.

informiert werden und in der Regel sehr zeitnah eine Entscheidung zu treffen haben. Um dies zu ermöglichen, sollte der Geschäftsstelle des Unabhängigen Gremiums (mit Sitz in der die 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 V S.3 und S. 4 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 Abschnitts 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 Abschnitts 2 BNDG-E stehen. Dazu zählen insbesondere die Datenerhebungs- und verarbeitungsprogramme, Suchbegriffe, Filterprogramme, gespeicherten Daten,*
 3. *jederzeit Zutritt in alle Diensträume des BND zu gewähren.”*
- *Echtzeit-Einsicht des UG in die elektronischen Anordnungsdateien der Exekutive ermöglichen*

Zu Position 3:

Ein Mindestmaß an Transparenz sollte für Entscheidungen des Unabhängigen Gremiums angestrebt werden. Auch um die nachsorgende Kontrolle der Datenverarbeitung zu ermöglichen, sollten zumindest die Begründungen von Zulässigkeitsprüfungen von besonderer Tragweite in geeigneter Form protokolliert und der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden.

Im Vergleich dazu, hier die geltende Regel aus den USA:

‘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 se-

lection term', and, consistent with that review, make publicly available to the greatest extent practicable each such decision, order, or opinion."

Wurde beispielsweise in Anordnungen über wichtige Rechtsfragen erstmalig entschieden oder liegt der Entscheidung eine neuartige Interpretation des Rechts zugrunde, so sollten zumindest diese Entscheidungen des UG der Öffentlichkeit in einem geeigneten Maße zugänglich gemacht werden.

Des Weiteren enthält §16 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:

Ein Anwalt/eine Anwältin der Betroffenen sollte zukünftig unbedingt den Sitzungen des Unabhängigen Gremiums beiwohnen. Sowohl bei den Treffen der G10-Kommission und nach Wunsch der Regierungskoalition auch bei den Treffen des Unabhängigen Gremiums fehlt jemand, der die Interessen der Betroffenen vertritt. Einige G10-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 vorgenannte Prämisse bei dem UG problematisch. Der Bundesanwalt/die Bundesanwältin im Gremium ist erfahrungsgemäß darauf ausgerichtet, die Sicht der Exekutiv zu vertreten. Der Anwalt/die Anwältin der Betroffenen würde da ein notwendiges Gegengewicht darstellen und sollte vom PKGr ins UG berufen werden.

Vorschlag:

- §16 I S3 „und eine Beisitzerin oder ein Beisitzer sind“ streichen und durch „ist“ ersetzen sowie „Richterinnen“ durch „Richterin“ ersetzen und nach „Bundesgerichtshof“ den Satz beenden
- §16 I S 4 einschieben: Ein Beisitzer oder Beisitzerin ist eine Bundesanwältin beim BGH oder ein Bundesanwalt beim BGH. Ein weiter Beisitzer wird als Anwalt der Betroffenen vom Parlamentarischen Kontrollgremium berufen.
- §16 II S1 Nr. 1 sollte nun heißen ... „: den Vorsitzenden oder die Vorsitzende, die Richterin am BGH oder Richter am BGH ist, einschließlich deren Stellvertretung
- Einschub §16 II S1 Nr. 3 den Anwalt oder die Anwältin der Betroffenen, die das PKGr bestimmt hat.

Zu Position 5:

Sowohl im Art.10-Gesetz als auch im BNDG-Entwurf ist zwar die Rechtsfolge einer negativen Zulässigkeitsprüfung geklärt (dh für unzulässig erklärte Anordnungen sind unverzüglich aufzuheben), nicht aber die Klagebefugnis bei Streitigkeiten über den Zugang zu

Informationen. Beim Eikonal-Fall ist zum Beispiel noch immer unklar, ob die G 10-Kommission überhaupt die Befugnis hat, ein Organstreitverfahren gegen die Bundesregierung anzustrengen. Dass benötigte sie, um Einsicht in NSA-/BND Selektoren zu bekommen (siehe Klageschrift). Ähnlich könnte das Unabhängige Gremium von Maßnahmen erfahren und den Zugang zu Suchbegriffen für Maßnahmen nach § 6 I (oder die Einhaltung des Verbots gemäß § 6 IV) benötigen. Sollte die Bundesregierung, wie im Eikonal Fall gegenüber der G 10-Kommission den Zugang verweigern, so erscheint eine explizite Klagebefugnis und/oder die Einrichtung einer Schlichtungsstelle im Sinne der Gewaltenteilung erforderlich.

Weil man nicht alles kontrollieren kann und weil die Exekutive geneigt ist ihren Informationsvorsprung auszunutzen, um Fehlverhalten zu verschleiern, erscheint es geboten strafrechtliche Sanktionsmöglichkeiten gegenüber den Mitgliedern der Exekutive bei groben Fehlverhalten einzuführen

Zu Position 6:

Im PKGrG-E 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 eigenartiges „Trennungsgebot“ im Bereich der demokratischen Nachrichtendienstkontrolle.

Vorschlag:

- Im vorgeschlagenen neue §15 VIII Art-10-Gesetz sollte das „Unabhängige Gremium“ ebenfalls mitaufgeführt werden.

Zu Position 7:

Welche Aufgaben hat die Geschäftsstelle des unabhängigen Gremiums? Es sollte die Anordnungen kontinuierlich sondieren können, um die Entscheidungsfindung des Gremiums zu verbessern. Sollte das Unabhängige Gremium, wie geplant, nur alle drei Monate zusammenkommen wäre eine Professionalisierung der Geschäftsstelle im Interesse aller Beteiligten. Wer leitet die Geschäftsstelle, von wem wird er/sie benannt?

Noch wichtiger: 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.

Berlin, den 09.09.2016
Dr. Thorsten Wetzling
Projektleiter Privacy Project
twetzling@stiftung-nv.de