

## Erste Reaktionen auf den Referentenentwurf des Bundeskanzleramtes zur Novelle des BND-Gesetzes

Von [Thorsten Wetzling](#) und [Kilian Vieth](#)

In diesem Text fassen wir unsere ersten Reaktionen und Verbesserungsvorschläge zusammen. Dabei konzentrieren wir uns vor allem auf die Vorgaben für die neu zu schaffende Rechtskontrolle (§§ 41-48 Ref-E BNDG, Stand vom 29.09.2020).

### I. Gesamteindruck

Die Umsetzung des Entwurfs würde eine Reihe von entscheidenden Verbesserungen ins deutsche Nachrichtendienstrecht aufnehmen, an denen sich vermutlich weitere Sicherheitsgesetze in Deutschland und Europa orientieren könnten. Das betrifft insbesondere die detailreichen Vorschriften für die (automatisierte) Übermittlungen von Daten an Kooperationspartner im In- und Ausland. Hierbei stellt der Entwurf auf eine Reihe verschiedener Übermittlungswege ab, sodass insgesamt eine deutliche Verbesserung zum Status quo festzustellen ist. Das schafft Rechtssicherheit und Rechtsstaatlichkeit. Allerdings beinhaltet der Entwurf auch eine Reihe umstrittener neuer Befugnisse für den Bundesnachrichtendienst und versäumt es unserer Meinung nach im Ergebnis, die technische Aufklärung des BND einer umfassenden Rechtskontrolle zu unterwerfen. Dabei wird zudem die Chance eines einheitlichen Rechtsrahmens für die Rechtskontrolle der strategische Fernmeldeaufklärung vertan. Es bleibt dem Entwurf nach bei dem Flickenteppich innerhalb der deutschen Nachrichtendienstkontrolle, bestehend aus dem Unabhängigen Kontrollrat, der G10-Kommission, dem Parlamentarischen Kontrollgremium (PKGr) und dessen ständigen Bevollmächtigten und den vier Referaten in der Bundestagsverwaltung, dem Vertrauensgremium, der Art. 13 Kommission, dem Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationssicherheit (BfDI) und dem Bundesrechnungshof. Hier sollten unserer Meinung nach im Zuge der Novelle Kontrollbefugnisse gebündelt und der Austausch zwischen den Kontrollgremien verstetigt und gestärkt werden.

## **II. Zur Ausgestaltung der Rechtskontrolle**

Wir bedauern, dass die Inland-Ausland Fernmeldeaufklärung nach § 5 G10-Gesetz weiterhin getrennt von der Ausland-Ausland Fernmeldeaufklärung in zwei verschiedenen Gesetzen normiert und von zwei unterschiedlichen Instanzen kontrolliert bleiben soll. Dabei handelt es sich um eine ähnliche Praxis, mit ähnlichen Antrags- und Genehmigungsprozessen. Auch werden oftmals die gleichen Anbieter von den gleichen Stellen zur Ausleitung verpflichtet. Anstatt mit dem neuen unabhängigen Kontrollrat und der G10-Kommission zwei institutionell und von ihren Befugnissen her unterschiedlich aufgestellte Kontrollorgane mit diesen ähnlich gelagerten Aufgaben zu betrauen, wäre es besser, das komplexe Nachrichtendienstrecht zu entrümpeln und einen einheitlichen Rechtsrahmen im BND-Gesetz für sämtliche Befugnisse der strategischen Fernmeldeaufklärung zu schaffen und die Rechtskontrolle allein dem unabhängigen Kontrollrat zu übertragen. Ähnlich wird dies auch in anderen Demokratien gehandhabt, wie z.B. den Niederlanden, Kanada und Großbritannien.

### II.1 Zur Unabhängigkeit des Spruchkörpers

Der Entwurf sieht vor, den “Unabhängigen Kontrollrat” mit Bundesrichter:innen und Bundesanwält:innen zu besetzen. Die Integration der Strafverfolger:innen in das quasi-gerichtliche Organ im Funktionsbereich der Exekutive steht der Unabhängigkeit entgegen. Um diese zu gewährleisten, wäre es überzeugender, den Kontrollrat ausschließlich mit (Bundes-)Richter:innen zu besetzen.

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 (1) Ref-E BNDG). Hierbei sollte dem PKGr jedoch eine tatsächliche Auswahl an Kandidat:innen für die Besetzung des Kontrollrats zur Verfügung stehen. Es sollte also ein Pool an vorgeschlagenen Mitgliedern geben, anstatt nur eine vorgeschlagene Liste an Mitgliedern bestätigen zu können.

### II.2 Zum Antrags- und Genehmigungsverfahren

Der Gesetzentwurf schafft vier verschiedene Anordnungstypen für die strategische Überwachung (§§ 25, 26, 27, 39 Ref-E BNDG). Die wirksame Genehmigung dieser Anordnungen durch die gerichtsähnliche Kontrolle ist aber nicht durchgehend verankert.

Anordnungen von “Strategischen Aufklärungsmaßnahmen” sollten, um Kontrollierbarkeit herzustellen, stets Einsicht in alle vorgesehene Suchbegriffe (Selektoren wie etwa Anschlusskennungen oder andere technische Parameter, oder inhaltliche Suchbegriffe) enthalten und dem Spruchkörper zur Prüfung zugänglich gemacht werden. Das sieht der Entwurf an vielen Stellen nicht vor (siehe z.B. § 25 (6)). Vor dem Hintergrund, dass der BND im Ausland Kommunikation zu einem erheblichen Anteil heimlich in ausländischer Telekommunikationsinfrastruktur oder bei ausländischen Diensteanbietern erhebt, wäre zumindest die unabhängige Prüfung und Genehmigung aller verwendeter Suchbegriffe durch den Unabhängigen Kontrollrat geboten.

Anordnungen für die Datenauswertung fehlen im Entwurf. Das ist ein Defizit, insbesondere für “unselektierte”, also nicht auf Basis von Suchbegriffen erhobene Daten. Die [Nachrichtendienste in Großbritannien und Frankreich verfügen über solche “Examination Warrants”](#), also Anordnungen, die die geplante Datennutzung und die vorgesehene Datenauswertungsmethoden genehmigungspflichtig machen.

Die Eignungsprüfung nach § 26 des Entwurfs wird genutzt, um geeignete Suchbegriffe zu generieren oder die Relevanz bekannter Suchbegriffe zu testen. Hierbei ist aber derzeit für die gerichtsähnliche Kontrolle keine Prüfkompetenz vorgesehen, obwohl es sich hier bereits um eine umfassende Datenerhebung durch den BND handelt. Neuseeland hat beispielsweise auch Anordnungen zur Eignungsprüfung, oft als “Probebohrung” verharmlost, genehmigungspflichtig gemacht.

### II.3 Zur Aufgabenteilung zwischen gerichtsähnlicher und administrativer Rechtskontrolle

Die Aufgabenteilung bzw. die Zusammenarbeit zwischen der gerichtsähnlichen und der administrativen Rechtskontrolle bleibt im Entwurf zu unklar. § 42 (2) und § 44 (3) des Entwurfs sehen die Zuständigkeit der administrativen Kontrolle eröffnet, wenn keine gerichtsähnliche Kontrolle vorgesehen ist. Um aber eine wirksame Ende-zu-Ende Kontrolle des Gesamtprozesses der Auslands-Fernmeldeaufklärung zu gewährleisten, sollte die administrative Kontrolle ausdrücklich für alle Datenverarbeitungsschritte eine Prüfkompetenz erhalten, auch wenn die gerichtsähnliche Kontrolle bereits involviert ist bzw. war. Die Kontrollbefugnis ist also nicht in Abgrenzung zu anderen Kontrollgremien zu definieren, sondern funktional, entlang des zu erreichenden Kontrollziels.

## II.4 Zur administrativen Rechtskontrolle

Die Kontrollbefugnisse der administrativen Rechtskontrolle sind im Entwurf insgesamt zu schwach ausgestaltet. § 44 (3) Satz 2 sieht etwa nur "einzelfallbezogene Stichproben" vor, in der Gesetzesbegründung wird ihr lediglich eine "Beobachterrolle" zugestanden. Eine kontinuierliche Rechtskontrolle sollte jedoch die Prüfung der gesamten Datenverarbeitung, der Filtersysteme, und der vielen schwierigen Abwägungsentscheidung beim Schutz von Journalist:innen, Berufsgeheimnisträger:innen oder beim Kernbereichsschutz ganzheitlich und strukturiert in den Blick nehmen. Viele der angedachten Schutzvorschriften, für die immer auch Ausnahmen vorgesehen sind, laufen sonst Gefahr, in der Praxis nicht zu greifen.

Grundlage für die kontinuierliche Rechtskontrolle ist der umfassende Zugang zu Daten und operativen Systemen. Dieser ist in § 44 (6) des Entwurfs enthalten, sollte aber konkretisiert werden. Wie in vielen Ländern bereits praktiziert, braucht eine effektive Datenschutzkontrolle den umfassenden, direkten Zugang zu allen Informationen und Datenarten (Rohdaten, Protokolldaten, alle nach den Filterprozessen gespeicherten Daten, ausgewertete Daten). Diese Daten müssen der Rechtskontrolle in einer verwertbaren, aussagekräftigen Form zur Verfügung stehen, um datenbasierte Kontrolle überhaupt erst zu ermöglichen. [Wir haben mit europäischen Aufsichtsgremien bereits eine Agenda mit sieben Instrumenten für eine effektivere Kontrolltechnologie formuliert.](#)

Es sollte dabei keine Unterscheidung zwischen Meta- und Inhaltsdaten bzw. zwischen personenbezogenen Daten und "reinen Sachdaten" vorgenommen werden. Denn gerade Metadaten (bzw. Verkehrsdaten), auch wenn sie nicht im engeren Sinne personenbezogen sind, haben Grundrechtsrelevanz. Die Fokussierung der zentralen Schutzmaßnahmen des Entwurfs auf personenbezogene Daten ignoriert, dass gerade in der strategischen Aufklärung den Verkehrsdaten eine zentrale Rolle zukommt. Verkehrsdaten alleine, also beispielsweise Informationen über Anrufe und E-Mails, können im Ergebnis genauso viel oder sogar noch mehr über eine Person oder Gruppe aussagen als Inhaltsdaten. Sie sind in keiner Weise weniger sensibel oder schützenswert als Kommunikationsinhalte. Auf technischer Ebene ist die Grenze zwischen Inhalts- und Verkehrsdaten ebenfalls oft verschwommen und schafft rechtliche Unsicherheiten. Oft ist nicht eindeutig, wo Inhalt aufhört bzw. anfängt: Ist zum Beispiel transportiert der Betreff einer E-Mail sicherlich Kommunikationsinhalt, er wird aber typischerweise als Metadatum betrachtet.

Die weiterhin bemühte Abgrenzung zwischen Auslands- und Inlands-Überwachung soll wie bisher mit Daten-Filterssystemen erfolgen, obwohl große Zweifel an deren praktischer Leistungsfähigkeit bestehen. Paragraf 21 (7) des Entwurfs sieht nun vor, dass die Filter auf dem Stand der Technik gehalten werden. Auf Grund ihrer zentralen Bedeutung für die Rechtmäßigkeit des gesamten Regimes der Fernmeldeaufklärung sollten sie jedoch auch der unabhängigen Überprüfung der Rechtskontrolle offenstehen, was im Entwurf zu verankern wäre.

Auf Grund seiner umfangreichen Erfahrung in dem Bereich wäre die Behörde des Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit gut geeignet, um eine stärkere Rolle bei der Kontrolle der Datenverarbeitung zu spielen. Dort sind bereits technische Expertise und langjährige praktische Erfahrung mit Prüfungen des BNDs vorhanden, die zum Teil auch über die Datenschutzkontrollen hinausgehen. Die Mitarbeiter:innen des BfDI stünden auch zeitnah für die administrative Rechtskontrolle bereit.

### **III. Weitere Vorschläge, die die Effizienz und die Transparenz der Nachrichtendienstkontrolle erhöhen könnten**

Dokumentations- und Protokollierungspflichten sollten vereinheitlicht und ausgebaut werden. Dem Entwurf nach sind viele Protokolle für die interne Kontrolle beim BND anzufertigen. Diese müssen aber auch für die sicherheitsüberprüften und von der Third-Party-Rule auszunehmenden Mitarbeiter:innen der Rechtskontrolle zugänglich gemacht werden. Das dient sowohl der Zweckmäßigkeitkontrolle beim BND als auch der Rechtmäßigkeitkontrolle durch den Unabhängigen Kontrollrat.

Zudem ist es für eine gehaltvolle und effektive Kontrolle unabdingbar, dass die Unterrichts- und Berichtspflichten an vielen Stellen des Entwurfs präzisiert werden. So hat zum Beispiel der Unabhängige Kontrollrat erst nach Anhörung des Bundeskanzleramtes die eingeschränkte Möglichkeit den Bundestag über Beanstandungen zu unterrichten. Hier gehen viele Länder deutlich weiter und haben den Organen der Rechtskontrolle eine weitergehende Berichtspflicht aufgetragen. Zwar hat der Unabhängige Kontrollrat nach § 44 (4) des Entwurfs dem PKGr zu berichten. Auch hier gilt es aber zu präzisieren, über welche Tätigkeiten und Entscheidungen dort berichtet werden soll. Vorgaben dafür könnten die Anzahl der Anträge, die Vielfalt der Antragsentscheidungen und Berichte aus der Praxis der Rechtsstaatlichkeitsvergewisserungspflicht sein. Auch regelmäßig über die

Praxis der administrativen Rechtskontrolle zu berichten, z.B. über Erfahrungen beim Aufbau neuer automatisierter Kontrollprogramme, könnte als Vorgaben übernommen werden.

Ein weiterer Anwendungsfall für eine Notwendigkeit der Präzisierung der Unterrichtungspflichten ist § 25 (5) des Entwurfs. Sollte die umstrittene (Bulk) Hacking-Befugnis nach § 36 des Entwurfs ins Nachrichtendienstrecht aufgenommen werden, sollten die Unterrichtungspflichten des Bundeskanzleramtes gegenüber dem PKGr nach § 39 (4) Ref-E BNDG dafür klarer gefasst werden. Auch sollte die administrative Rechtskontrolle hier stärker die Datenverarbeitung auf die Rechtmäßigkeit prüfen können. Zusätzlich wären dann auch die Berichtspflichten des PKGr an den Bundestag anzupassen. Die niederländische Kontrollbehörde CTIVD hat, zum Vergleich, jüngst eine Untersuchung zu „Bulk Hacking“ [veröffentlicht](#) und darin kritisiert, dass Hacking-Maßnahmen ohne Genehmigung durchgeführt wurden. Der Kontrollrat sollte ebenso eine Möglichkeit bekommen, Defizite in diesem Bereich auch öffentlich anzuzeigen.

Darüber hinaus sollte allen Kontrolleur:innen regelmäßig externe Fachexpertise bereitgestellt werden. [Ähnlich wie in den Niederlanden, Großbritannien oder Neuseeland](#) wäre es auch in Deutschland ratsam, einen Beirat zu schaffen, um den Kontrolleur:innen in drängenden technischen, rechtlichen, geopolitischen und gesellschaftlichen Fragen externe Expertise zur Verfügung zu stellen. So versorgt das Technology Advisory Panel (TAP) das britische Kontrollgremiums IPCO regelmäßig mit Einschätzungen über die Entwicklung von Techniken im Kontext von Ermittlungsbefugnissen und die Möglichkeiten des Einsatzes von KI im Rahmen der Kontrolle. Mit Blick auf die Umsetzung der “Rechtsstaatlichkeitsvergewisserungspflicht” im Kontext zukünftiger internationaler Nachrichtendienstkooperation wäre es auch denkbar, dass den Kontrolleur:innen Informationen zur Menschenrechtssituation in bestimmten Ländern zugeliefert würden. Außerdem wäre es bei der Erstellung von Kontrollprogrammen wichtig, sich externe Expertise einzuholen, die zum Beispiel die Nutzung externer Produkte kritisch prüfen kann.

Außer dem Beanstandungsrecht sind im Entwurf auch keine Sanktionsmöglichkeiten für die Rechtskontrolle vorgesehen. Auch hier bietet das Gesetzgebungsverfahren die Chance kreativ über zielgerichtete Instrumente nachzudenken, die der Kontrolle in der Praxis mehr Durchsetzungskraft geben.