

Mai 2023 · Thorsten Wetzling und Kilian Vieth-Ditlmann

Mehr Rechtskontrolle wagen

Warum das Mandat des
Unabhängigen Kontrollrats
erweitert werden sollte



Zusammenfassung

Infolge eines Karlsruher Grundsatzurteils zum Bayerischen Verfassungsschutzrecht vom 26. April 2022 stehen nun auch auf Bundesebene zahlreiche Regelungen des Nachrichtendienstrechts auf dem Prüfstein.

Noch sind sich die Koalitionäre uneinig über die Details und den Umfang der federführend vom Innenministerium vorangetriebenen Reform. Ein Knackpunkt darin ist die Ausdehnung der vorbeugenden unabhängigen Kontrolle auf weitere Methoden der nachrichtendienstlichen Informationsbeschaffung – wie etwa die Wohnraumüberwachung, Online-Durchsuchungen, den Einsatz von Vertrauensleuten und verdeckten Ermittler:innen, Mobilfunkortung und nachrichtendienstliche Observationen. In ihrem Urteil haben die Verfassungsrichter:innen keine spezifischen Vorgaben gemacht, wer für die Vorabkontrolle solcher Maßnahmen zuständig sein soll. Sollten sie vom parlamentarischen Kontrollgremium, einem Gericht, einer Instanz der Rechtskontrolle oder vom Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit (BfDI) verantwortet werden? Zudem gilt zu klären, ob bei der Reform nur dem Karlsruher Mindestmaß entsprochen werden sollte oder ob sich die Vorabkontrolle künftig auch auf vom Urteil nicht erwähnte Methoden der Informationsbeschaffung ausdehnen sollte. Dazu gehören beispielsweise das systematische Auswerten von offen zugänglichen Daten aus sozialen Netzwerken sowie die Entgegennahme personenbezogener Daten von Dritten.

Anstatt den zerfaserten und löchrigen Flickenteppich des deutschen Nachrichtendienstrechts nur notdürftig auszubessern, bietet sich der selbsternannten Fortschrittskoalition jetzt die Gelegenheit, die Nachrichtendienstkontrolle wirksam und nachhaltig zu reformieren. Dafür sollte der Unabhängige Kontrollrat als zentrales Organ der Rechtskontrolle für alle nachrichtendienstlichen Tätigkeiten des Bundes ausgebaut werden. Aus unserer Sicht spricht viel dafür, die Rechtskontrolle inklusive der bisherigen Kontrollaufgaben der G10-Kommission auf Bundesebene unter dem Dach des Unabhängigen Kontrollrats zu bündeln. Die Vorschriften zur unabhängigen Rechtskontrolle könnten dafür aus Abschnitt 4 des Gesetzes über den Bundesnachrichtendienst (BNDG) herausgelöst und in ein einheitliches Kontrollrahmengesetz überführt werden. Dazu müsste das Kontrollmandat um zahlreiche weitere Formen der Informationsbeschaffung nicht nur des BND, sondern aller Nachrichtendienste des Bundes erweitert werden.



Ein solcher Umbau der bestehenden Strukturen wäre eine Zeitenwende der Nachrichtendienstkontrolle. Davon ist man derzeit noch weit entfernt. Neben zahlreichen gesetzlichen Veränderungen am Mandat des Unabhängigen Kontrollrats bedarf es dafür auch einer Vielzahl weiterer Veränderungen an dessen Praxis, wie wir in diesem Impuls zeigen.



Inhalt

Zusammenfassung	2
1. Einleitung	5
2. Vorbeugende unabhängige Kontrolle: vom Gebot zur Praxis	8
3. Diffuse Ausgangslage: eine zersplitterte Kontrolllandschaft	10
4. Rechtskontrolle: die Zeitenwende der Nachrichten- dienstkontrolle	12
5. Unabhängiger Kontrollrat vs. G10-Kommission	14
5. 1. Der UK-Rat hat deutlich mehr Ressourcen	14
5. 2. Der UK-Rat verfügt über eine stärkere institutionelle Unabhängigkeit	15
5. 3. Der UK-Rat bietet eine bessere Grundlage für Datenverarbeitungskontrollen	17
6. Wie die Zeitenwende gelingen könnte	19
6. 1. Mehr Transparenz schafft Vertrauen und Legitimation	19
6. 2. Weitere Expertise und Kompetenzen in und um den UK-Rat bündeln	22
6. 3. Dem UK-Rat weitere Durchsetzungsmöglichkeiten einräumen	23
6. 4. Weitere Handlungsempfehlungen	23
7. Fazit	25
Bibliographie	26

1. Einleitung¹

Von der Öffentlichkeit weitgehend unbemerkt arbeitet die Regierung seit Monaten mit Hochdruck an einer Reform des Nachrichtendienstrechts. Den Anstoß dafür lieferte interessanterweise weder der russische Angriffskrieg in der Ukraine noch der Koalitionsvertrag der selbsternannten Fortschrittskoalition. Vielmehr hat ein Karlsruher Grundsatzurteil vom April 2022 zum Bayerischen Verfassungsschutzgesetz (BayVSG) Defizite offengelegt, die sich auf die Bundesebene auswirken und grundlegende Veränderungen erfordern.

Konkret monierten die Verfassungsrichter im BayVSG einen unzureichenden Grundrechtsschutz bei der Regulierung nachrichtendienstlicher Mittel wie der Wohnraumüberwachung, der Online-Durchsuchung, dem Einsatz von Vertrauensleuten und verdeckten Ermittler:innen, der Mobilfunkortung und nachrichtendienstlichen Observationen.² Die Schwellen für die schwerwiegenden Grundrechtseingriffe des Staates müssen zukünftig deutlich erhöht und präzisiert werden, um beispielsweise den Kernbereich privater Lebensgestaltung von staatlicher Überwachung auszunehmen. Zudem muss beim Zusammenwirken mehrerer Überwachungsmaßnahmen zukünftig besser die „additive Wirkung aller Maßnahmen berücksichtigt“ werden, damit das „Ausmaß der Überwachung insgesamt beschränkt bleibt“.³ Darüber hinaus rügte das Gericht das Fehlen eines unabhängigen Verfahrens zur Freigabe dieser Maßnahmen vor deren Vollzug (Vorabkontrolle). Der bayerische Gesetzgeber muss diese und weitere verfassungswidrige Defizite bis Ende Juli 2023 beheben.

Trotz des rein bayerischen Bezugs hat das Urteil eine enorme bundesweite Sprengkraft. Das liegt zum einen daran, dass zahlreiche Regelungen im Ver-

1 Wir bedanken uns für die wertvollen Kommentare und das konstruktive Feedback von Luisa Seeling. Lilly Goll und Leo Hennecke haben hervorragende Recherchearbeiten für uns geleistet. Die Autoren sind allein verantwortlich für den Inhalt.

2 BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 26. April 2022, 1 BvR 1619/17. Siehe insbesondere Rn. 292 zur Wohnraumüberwachung, Rn. 307 und 315 zur Online-Durchsuchung und unabhängiger Kontrolle, Rn. 349 zum Einsatz von Vertrauensleuten, Rn. 337 und 348 zu verdeckten Ermittler:innen und Vorabkontrolle, Rn. 317 und 332 zur Mobilfunkortung und zur unabhängigen Vorabkontrolle und Rn. 356 und 361 zu nachrichtendienstlichen Observationen und der unabhängigen Vorabkontrolle.

3 Da verschiedene Überwachungsmaßnahmen zusammengekommen und über einen längeren Zeitraum „lückenlos alle Bewegungen und Lebensäußerungen der Betroffenen“ registrieren können, müssen nachrichtendienstliche Behörden die additive Wirkung aller Maßnahmen berücksichtigen, um dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu entsprechen. Ibid, Rn 287. Außerdem mahnen die Verfassungsrichter: „Beim Einsatz moderner, insbesondere den Betroffenen verborgener Ermittlungsmethoden muss mit Rücksicht auf das dem „additiven“ Grundrechtseingriff innewohnende Gefährdungspotenzial darauf Bedacht genommen werden, dass das Ausmaß der Überwachung insgesamt beschränkt bleibt“, Ibid. Rn 288.

fassungsschutzrecht des Bundes ebenfalls keinen ausreichenden Grundrechtsschutz gewährleisten und die erforderliche Vorabkontrolle auch dort fehlt.⁴ Zudem verweisen zahlreiche Vorschriften im Gesetz über den Bundesnachrichtendienst (BNDG) und im Gesetz über den Militärischen Abschirmdienst (MADG) auf die defizitären Vorschriften im Verfassungsschutzrecht.⁵ Auch dort müssten bessere Standards und ein unabhängiges Verfahren zur rechtlichen Vorabkontrolle eingeführt werden.

Das ist viel leichter gesagt als getan. Die nötige Reform ist äußerst komplex und es besteht großer Zeitdruck: Zwar gilt die Frist für den bayerischen Gesetzgeber nicht im Bund, aber dennoch werden Weichen gestellt, die eine enge Abstimmung zwischen Bund und Ländern erfordern. Zudem stehen die Bundesregierung und die Regierungsmehrheit im Bundestag bisher noch unverrichteter Dinge vor weiteren Großbaustellen im Sicherheits- und Nachrichtendienstrecht, deren Inbetriebnahme keinen weiteren Aufschub erlaubt. Das betrifft, um nur einige Beispiele zu nennen, die Schaffung klarer gesetzlicher Vorgaben für den kommerziellen Erwerb personenbezogener Daten und das automatisierte Verarbeiten von öffentlich verfügbaren Daten (OSINT) durch die Nachrichtendienste des Bundes.⁶ Dringend reformbedürftig sind zudem die nachrichtendienstlichen Tätigkeiten außerhalb der drei Nachrichtendienste des Bundes (BND, BfV, MAD), wie zum Beispiel die Datenverarbeitung beim militärischen Nachrichtenwesen der Bundeswehr (MilNW). Seit Dezember 2022 ist zudem eine Klage gegen das 2021 reformierte BNDG in Karlsruhe anhängig (Bäcker 2022), die zeigt, dass unionsrechtliche Mindeststandards bei der Neuregelung der strategischen Fernmeldeaufklärung nicht ausreichend berücksichtigt wurden.⁷ Laut Koalitionsvertrag will die Bundesregierung in der laufenden Legislaturperiode eine „unabhängige

4 Dies betrifft zum Beispiel den Einsatz verdeckter Mitarbeiter (§ 9a Abs. 1 BVerfSchG), von Vertrauensleuten (§ 9b Abs. 1 und § 9b Abs. 2 S. 2, 3 BVerfSchG) und von Observationen außerhalb der Wohnung (§ 8 Abs. 2 und § 9 Abs. 1 BVerfSchG). Siehe dazu die Ausarbeitung der Wissenschaftlichen Dienste des Bundestages (WD 3 - 3000 - 069/22). Über den Bundestag lässt sich zudem ein Anhang zu dieser Ausfertigung beziehen, der die relevanten Passagen im Nachrichtendienst des Bundes tabellarisch miteinander in Bezug setzt.

5 Ibid.

6 Es bestehen zahlreiche Gefahren für den Grundrechtsschutz, wenn das gesetzliche Mandat und die Kontrolle bezüglich des systematischen und automatisierten Auswertens von offen zugänglichen Daten aus sozialen Medien durch die Nachrichtendienste nicht ausreichend gesetzlich festgeschrieben und praktiziert werden (CTIVD 2022; Wetzling und Dietrich 2022). In Deutschland werden solche und andere Formen des informationellen Handelns der Dienste lediglich über eine sogenannte Generalklausel (wie zum Beispiel § 2 Abs. 1 BNDG) unzureichend normiert (Löffelmann und Zöller 2022: 166-167). Klare einfachgesetzliche Vorgaben für die Anordnungsvoraussetzungen, Anlassgefahren und Begrenzungen der Eingriffsintensität und Vorgaben für die Kontrolle und den Rechtsschutz fehlen.

7 Bäcker, Matthias 2022: 78-81; EuGH Urteil vom 6. Oktober 2020, Rs. C-623/17 – Privacy International u.a., Rn 78-82; EuGH, Urteil vom 20. September 2022, Rs. C-793/19 und C-794/19 – SpaceNet u.a., Rn. 88.



wissenschaftliche Evaluation der Sicherheitsgesetze und ihrer Auswirkungen auf Freiheit und Demokratie im Lichte technischer Entwicklungen“ sowie eine „Überwachungsgesamtrechnung“ vornehmen.⁸

Von all diesen wichtigen Prozessen und Reformen ist bis jetzt noch nicht viel an die Öffentlichkeit gedrungen. Die durch das Karlsruher Urteil zum BayVSG angestoßene und federführend vom BMI vorangetriebene Reform bietet jetzt die Gelegenheit, sich endlich der drängenden Probleme anzunehmen. Dabei sollte es dringend vermieden werden, den zerfaserten Flickenteppich des deutschen Nachrichtendienstrechts nur notdürftig auszubessern. Bundesregierung und Bundestag stehen vielmehr in der Pflicht, eine grundlegende Reform voranzutreiben. Sie müssen zahlreiche Defizite beheben, die fragmentierte Kontrollarchitektur vereinheitlichen und dabei die Wirksamkeit der Kontrolle im Blick behalten.

Das erfordert einen Kraftakt, den die Ampelkoalition nicht zum Sommer 2023 wird stemmen können. Sie sollte sich daher verbindliche Etappenziele setzen.⁹ Mit einer Reihe von Impulspapieren wollen wir dafür Anregungen geben. Dieser erste Impuls geht der Frage nach, wie sich die von Karlsruhe geforderte Ausdehnung der Vorabkontrolle für weitere nachrichtendienstliche Mittel gesetzlich, aber auch rechtspraktisch am besten umsetzen ließe. Dafür argumentieren wir zunächst, dass sich die Rechtskontrolle und speziell der Unabhängige Kontrollrat (UK-Rat) anbieten, um die nötigen Reformen auf Bundesebene umzusetzen. Um jedoch die Wirksamkeit der Rechtskontrolle für weitere Methoden der nachrichtendienstlichen Informationsbeschaffung dauerhaft zu gewährleisten, bedarf es entscheidender Veränderungen am Mandat und der Praxis des UK-Rats, die wir im letzten Abschnitt näher erörtern.

⁸ SPD, die Grünen und FDP 2021: 108.

⁹ Bisher hat das BMI nur sehr vage eine Reform des Nachrichtendienstrechts in 2022/2023 offiziell angekündigt (Bundesministerium des Innern und für Heimat. 2022).



2. Vorbeugende unabhängige Kontrolle: vom Gebot zur Praxis

Die Bundesrichter:innen haben mit ihrem Urteil vom April 2022 einen klaren Auftrag an den Gesetzgeber verbunden: Dieser habe „das Gebot vorbeugender unabhängiger Kontrolle in spezifischer und normenklarer Form zu regeln“.¹⁰ Das Gericht lässt der Legislative allerdings viel Spielraum bei der Frage, wie dem Gebot in der Praxis genau entsprochen werden soll. Während noch das Karlsruher Urteil zum BNDG vom Mai 2020 sehr detaillierte Vorgaben zu den institutionellen Voraussetzungen der Rechtskontrolle enthielt,¹¹ werden die wesentlichen Anforderungen an die „unabhängige Stelle“ im Urteil zum BayVSG eher grob skizziert. Dies hat grundsätzlich damit zu tun, dass man als Judikative der Legislative einzelne Gesetze nicht vorzeichnen will. Zudem standen im Urteil von 2022 gleich mehrere Überwachungsmaßnahmen im Fokus, die je nach Durchführung und Dauer unterschiedlich schwere Eingriffe in die Grundrechte bedeuten können. Die jeweiligen Anordnungsvoraussetzungen, Eingriffsschwellen und Kontrollvorgaben lassen sich daher nicht so leicht über einen Kamm scheren, wie es etwa beim Urteil zur Auslands-Fernmeldeaufklärung im BNDG vom Mai 2020 der Fall war.

Dem Gesetzgeber stellt sich nun die Frage, für welche nachrichtendienstlichen Mittel auf Bundesebene welche Art von Vorabkontrolle durch wen wie durchgeführt werden soll. Wie aus einem Bericht der Innenministerkonferenz vom Juni 2022 hervorgeht, war man sich bei der Auswertung der bundespolitischen Konsequenzen des Karlsruher Urteils zum BayVSG lediglich über Folgendes im Klaren: „Der Anwendungsbereich von solchen speziellen gesetzlichen Vorabentscheidungspflichten hat jedenfalls alle Maßnahmen zu erfassen, die bereits im Urteil besonders dargestellt sind“.¹² Mit anderen Worten wird es zur Ausdehnung der Kontrolle über nachrichtendienstliche Überwachungsbefugnisse auf Bundesebene kommen.

Damit bleiben aber entscheidende Fragen offen: Sollte nur dem Karlsruher Mindestmaß bezüglich der erforderlichen BayVSG-Reform entsprochen werden oder sollte sich die Vorabkontrolle auch auf weitere, vom Urteil nicht genannte Formen der nachrichtendienstlichen Informationsbeschaffung ausdehnen? Dazu gehören beispielsweise informationstechnische Tätigkeiten, die derzeit keiner speziellen Regelung unterliegen und auch keiner

¹⁰ BVerfGE 154, 152, Rn 215.

¹¹ BVerfG, 19.05.2020 – 1 BvR 2835/17, Rn. 272 – 300.

¹² Bund-Länder-AG der Innenministerkonferenz 2022: 4.

wirksamen unabhängigen Kontrolle zugeführt werden.¹³ Zudem ist ungeklärt, welche Institution die weiteren Kontrollaufgaben denn nun schultern soll: Sollten sie vom Parlamentarischen Kontrollgremium, einem Gericht, einer Instanz der Rechtskontrolle oder vom Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit (BfDI) verantwortet werden?

Das sind keine leicht zu beantwortenden Fragen. Eine Entscheidung muss aber dennoch her. Und sie ist folgeschwer, da sie zwangsläufig mehrere Gesetze tangieren und Auswirkungen auf zahlreiche Institutionen haben wird. Allein die Behebung der aktuellen Defizite beim Einsatz nachrichtendienstlicher Mittel wie Vertrauensleuten und verdeckten Mitarbeiter:innen sowie weiteren Observationen würde vermutlich eine Novellierung des BVerfSchG, des Art. 10-G, des BNDG und des MADG erfordern. Sollte man sich zudem dazu entscheiden, ein Organ der Rechtskontrolle mit der Vorabkontrolle zu beauftragen und würde die Wahl, wie von uns bevorzugt (siehe Abschnitt 5), auf den Unabhängigen Kontrollrat fallen, so wäre vermutlich ein eigenständiges UKR-Gesetz vonnöten. Das wiederum zöge langfristig die Auflösung der G10-Kommission nach sich und würde die Eingliederung zahlreicher individueller und strategischer Überwachungsmaßnahmen aus dem Art. 10-G in das BNDG, BVerfSchG und MADG erfordern. Hier böte es sich daher an, alle nachrichtendienstlichen Tätigkeiten des Bundes verbindlich und normenklar in einem Gesetz zu regeln. Die sollte dann auch nachrichtendienstliche Tätigkeiten umfassen, die derzeit nicht vom BND, BfV oder MAD verantwortet werden.¹⁴

Angesichts der vielen Interdependenzen und umfangreichen Vorhaben der Ampelregierung für die laufende Legislaturperiode ist somit nicht nur Eile, sondern auch Vorsicht geboten. Man sollte jetzt nicht überstürzt die falschen Weichen stellen. Um die Kontrolle weiterer Methoden der nachrichtendienstlichen Informationsbeschaffung dauerhaft verfassungskonform und wirksam zu gestalten, lohnt sich zunächst ein kritischer Blick auf die komplexe Ausgangslage bei der Nachrichtendienstkontrolle in Deutschland.

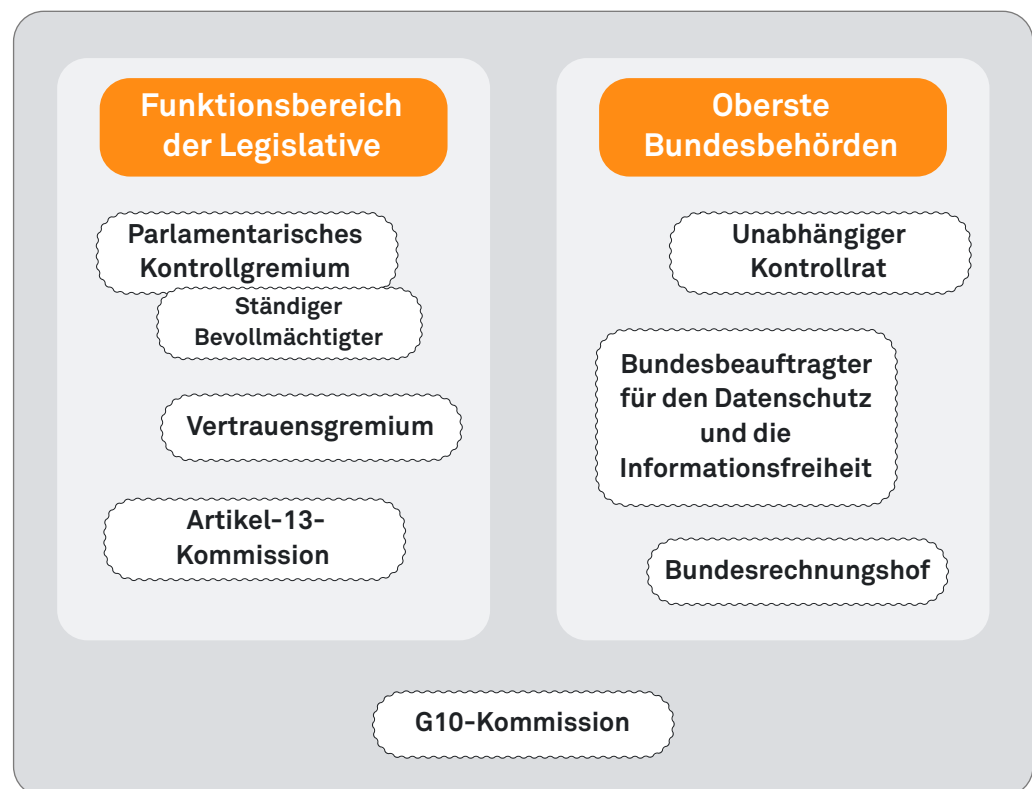
13 Neben dem systematischen Auswerten von offen zugänglichen Daten aus sozialen Netzwerken und nicht zugangsbeschränkten Informationsangeboten aus dem Internet betrifft dies u.a. auch das Entgegennehmen von personenbezogenen Daten von Dritten (Löffelmann und Zöller 2022: 166 – 167). Hierbei kommt es auch zum käuflichen Erwerb von Datensätzen oder Tools zur Analyse von OSINT durch Dritte, was derzeit noch viele offene Fragen und Rechtslücken aufwirft (Wetzling und Dietrich 2022).

14 Das würde dem britischen Investigatory Powers Act entsprechen und stünde deutlich besser im Einklang mit den Vorgaben der modernisierten Übereinkunft 108 des Europarats (Wetzling 2021).

3. Diffuse Ausgangslage: eine zersplitterte Kontrolllandschaft

Die Frage, wer den Zuschlag für neue und ausgeweitete Kontrollaufgaben bekommen soll, ist unter anderem auch deshalb offen, weil der Gesetzgeber eine zersplitterte Landschaft von verschiedenen Institutionen der ständigen Nachrichtendienstkontrolle auf Bundesebene geschaffen hat.

Aufsichtsgremien der
ständigen Nachrichten-
dienstkontrolle auf
Bundesebene
(Stand Mai 2023)



Diese historisch gewachsene Fragmentierung ist aus vielerlei Gründen problematisch. So sind etwa die Kontrollaufträge der einzelnen Institutionen nicht ausreichend aufeinander abgestimmt und es fehlt eine koordinierende Stelle.¹⁵ Wie grenzen sich zum Beispiel die Datenschutzkontrollen des BfDI und die Kontrollen der Datenverarbeitung der G10-Kommission genau voneinander ab? Wer übernimmt bei der G10-Kommission auf welche Weise die administrative Kontrolle über den Umgang der erhobenen Daten aus Maßnahmen des Art. 10-Gesetzes? Der UK-Rat ist wiederum bislang nur für den Bereich der Ausland-Fernmeldeaufklärung zuständig und hat keine Prüfkompetenz bezüglich weiterer Überwachungsmaßnahmen des Auslands-

¹⁵ Sosna 2022: 245; Löffelmann und Zöller 2022: 263.

nachrichtendienstes, wie zum Beispiel Datenabfragen bei inländischen Unternehmen. Zudem fehlt dem UK-Rat ein ausreichender Überblick über Wechselwirkungen mit den strategischen (d.h. nicht auf Einzelpersonen gerichteten) Maßnahmen aus § 5 Art. 10-Gesetz. Obwohl eine enge Abstimmung geboten wäre, lassen die gesetzlichen Grundlagen offen, inwieweit ein Informationsaustausch zwischen den Kontrollbehörden erlaubt ist.

Durch die mitunter unklaren und unzureichenden Kompetenzkataloge der Aufsichtsgremien kann es zu Doppelprüfungen und einem Kontroll-Vakuum kommen, was wiederum die Legitimation des Regierungshandelns mindert. Im Ergebnis hat keine Kontrollbehörde ein ganzheitliches Bild von der nachrichtendienstlichen Datenerhebung und -verarbeitung. Das ist auch für die Nachrichtendienste ineffizient, da sie mit sehr heterogenen Anlaufstellen und sich überschneidenden Inspektionen zu tun haben. Diese Fragmentierung der Kontrollgremien in Deutschland sucht auch im europäischen Vergleich ihresgleichen. Sie erschwert nicht nur das Zusammenwirken deutscher Kontrollstellen, sie bremst auch die strukturierte Beteiligung deutscher Aufsichtsbehörden an der zunehmend grenzübergreifenden Kooperation europäischer Aufsichtsgremien.¹⁶ In Zeiten des Fachkräftemangels entsteht durch das Nebeneinander der Kontrollgremien zudem eine unnötige Konkurrenz um qualifiziertes Personal.

Vor diesem Hintergrund ist eine systematische Weiterentwicklung der Kontrolle unbedingt geboten; man sollte den Rechtsrahmen vereinheitlichen, anstatt ihn noch weiter ausfransen zu lassen. Zudem sollte unserer Meinung nach keine neue Parallelstruktur geschaffen werden, sondern im Sinne der Effizienz und Vermeidung von Kontrolllücken vielmehr auf bestehende Strukturen, Erfahrungswissen und Personal aufgebaut werden. Angesichts der Fülle an Aufgaben und der Komplexität der Materie verbietet es sich, bei Null anzufangen und eine neue Kontrollbehörde *sui generis* für die Vorabkontrolle weiterer Formen der nachrichtendienstlichen Informationserhebung aufzubauen. Allerdings reicht es auch nicht aus, wie im Abschnitt 6 dieses Impulses weiter ausgeführt wird, lediglich das Kontrollmandat einer bestehenden Kontrollbehörde gesetzlich zu erweitern.

¹⁶ Für mehr Informationen über europäische Kontrollpartnerschaften, siehe (CTIVD 2019), (Vast Committee 2019) und (about:intel 2020).

4. Rechtskontrolle: die Zeitenwende der Nachrichtendienstkontrolle

Wie eingangs beschrieben, haben die Verfassungsrichter:innen in ihrem Urteil vom April 2022 keine spezifischen Vorgaben gemacht, wer die Vorabkontrolle bei weiteren nachrichtendienstlichen Mitteln verantworten soll. Auf Bundesebene kämen potentiell mehrere Institutionen für den Job in Frage, wie zum Beispiel das Parlamentarische Kontrollgremium (PKGr), ein eigenständiges Gericht oder auch der BfDI.

Da im Zentrum des Urteils zum BayVSG die unabhängige Vorabkontrolle von Überwachungsmaßnahmen steht und diese häufig eine Verhältnismäßigkeitsprüfung im Einzelfall erfordert, drängen sich die Organe der sogenannten Rechtskontrolle für diese Aufgaben auf. Denn der Rechtskontrolle kommt eine spezifische Rolle und Verantwortung zu: Sie grenzt sich von der parlamentarischen sowie der Budget- und Datenschutzkontrolle dadurch ab, dass sie das Rechtsschutzdefizit im Feld der geheimen staatlichen Überwachung strukturell ausgleichen soll.¹⁷ Wo Betroffene wegen fehlender Auskunft- und Benachrichtigungsrechte keinen Zugang zu effektivem Rechtsschutz haben, kommt der Rechtskontrolle eine gerichtsähnliche Funktion zu. Sie besteht darin, sowohl vorbeugend in Form von Genehmigungsverfahren und nachsorgend durch Prüfungen und Untersuchungen der Datenverarbeitung den mangelnden subjektiven Rechtsschutz zu kompensieren. Anders als die parlamentarische Kontrolle kann die Rechtskontrolle unmittelbar in die Praxis der Überwachung eingreifen, indem beantragte, aber für nicht zulässig oder erforderlich befundene Maßnahmen nicht zur Durchführung freigegeben werden. Das birgt zumindest theoretisch ein hohes disruptives Potential; in der Praxis hat es aber bisher nur selten dazu geführt, dass Maßnahmen beanstandet oder nicht autorisiert wurden.¹⁸ Das kann allerdings viele Gründe haben, die wir als Außenstehende nicht gut überprüfen können. Ein möglicher Grund wäre, dass die BND-Reform von 2021 ein Genehmigungsverfahren geschaffen hat,¹⁹ welches im Vorfeld der Beantragung von Überwachungsmaßnahmen bereits als wichtiges Korrektiv wirkt. So könnten Antragsteller:innen im Zweifel unverhältnismäßige Maßnahmen gar nicht erst beantragen, bzw. Anträge zurückziehen, wenn sie eine Ablehnung

¹⁷ BVerfGE 154, 152, Rn 273.

¹⁸ Siehe (Bewarder und Flade 2023) für eine aktuelle Thematisierung.

¹⁹ Löffelmann und Zöller 2022: 183 – 194; Vieth-Ditlmann und Wetzling 2021.



befürchten.²⁰ Darüber ist bisher nichts nach außen gedrungen. Was dagegen berichtet wird, ist, dass innerhalb des BND „der Frust über die zusätzliche Mehrarbeit bei der Beantragung von Überwachungsaktionen groß“ sei.²¹ Idealerweise lohnen sich die Mühen mit dem Genehmigungsverfahren im Sinne der erforderlichen Rechtmäßigkeit der beantragten Überwachungsmaßnahmen.

Es wäre eine naheliegende Lösung, die Rechtskontrolle für nachrichtendienstliche Überwachungsmaßnahmen direkt einem Gericht zu übertragen, wie es beispielsweise in Schweden oder den Vereinigten Staaten praktiziert wird.²² In der Bundesrepublik hat man jedoch einen anderen Weg gewählt: Es wurden quasi-richterliche oder gerichtsähnliche Kontrollorgane mit Aufgaben der Rechtskontrolle „im Funktionsbereich der Exekutive“ betraut.²³ Aufgrund der Fülle der bestehenden Kontrollinstitutionen wäre es unserer Meinung nach nicht zielführend, künftig ein Gericht mit der Vorabkontrolle weiterer nachrichtendienstlicher Tätigkeiten zu beauftragen. Sinnvoller wäre es, die bestehende G10-Kommission oder den Unabhängigen Kontrollrat dafür zu wählen. Warum sich letzterer aus unserer Sicht besser dafür eignet, erörtern wir im folgenden Abschnitt.

20 Ein Austricksen der Kontrolleure, wie beispielsweise beim Eikonal Fall die G10-Kommission (Biermann 2016), ist zumindest im Zuge der Reform von 2021 erschwert worden.

21 Bewarder und Flade 2023.

22 Eine Übersicht dieser und weiterer hervorhebenswerter Rechtsnormen und Kontrollpraktiken bietet folgende Informationseite: intelligence-oversight.org, die die Stiftung Neue Verantwortung in Zusammenarbeit mit der Heinrich Böll Stiftung aufgesetzt hat.

23 BVerfGE 30, 1, Rn 23; BVerfGE 143, 1, Rn 39.



5. Unabhängiger Kontrollrat vs. G10-Kommission

Unserer Meinung nach ist der UK-Rat aus folgenden Gründen der geeignetere Akteur für die Weiterentwicklung einer umfassenden und wirksamen Rechtskontrolle:

5. 1. Der UK-Rat hat deutlich mehr Ressourcen

Jede Kontrollbehörde, die praktische Wirkung entfalten und ihren gesetzlichen Auftrag bestmöglich umsetzen soll, braucht angemessene Mittel. Während die Haushalte der Nachrichtendienste des Bundes in den letzten zehn Jahren von signifikanten Zuwächsen profitieren konnten, war dies auf Seiten der Kontrollgremien lange nicht der Fall. Der UK-Rat ist seit seiner Gründung das erste Aufsichtsgremium, dem relevante finanzielle Mittel zur Verfügung gestellt wurden. Der Haushalt 2022 stellte für den UK-Rat 12,3 Mio. € bereit, für 2023 sind 16,4 Mio. € vorgesehen.²⁴ Und das allein, um den gegenwärtigen Kontrollauftrag zu erfüllen, der ausschließlich die Rechtskontrolle der technischen Auslands-Aufklärung des BND umfasst, also die Überwachungsmaßnahmen aus dem Art. 10-G sowie eine Fülle weiterer Methoden nachrichtendienstlicher Informationsbeschaffung des BND nicht beinhaltet. Die gesamte parlamentarische Kontrolle der Nachrichtendienste (also aller drei Dienste des Bundes) hat im Vergleich dazu für 2023 nur ein Budget von 3,7 Mio. €. Davon sind laut Bundeshaushalt 272.000 €, also rund sieben Prozent, als Ausgaben für die Arbeit der G10-Kommission vorgesehen.²⁵ Die G10-Kommission soll damit wiederum das Genehmigungsverfahren und die Datenverarbeitungskontrollen für die strategischen Aufklärungsmaßnahmen und die Einzelmaßnahmen aus dem Art. 10-G sicherstellen.

24 Bundeshaushalt, Einzelplan 22, Unabhängiger Kontrollrat, Seite 3, <https://www.bundeshaushalt.de/static/daten/2023/soll/epl22.pdf>

25 Bundeshaushalt, Einzelplan 02, Parlamentarische Kontrolle der Nachrichtendienste 0216, Seite 37, <https://www.bundeshaushalt.de/static/daten/2023/soll/epl02.pdf>



Gegenüberstellung
der finanziellen
und personellen Res-
ourcen in 2023

	Unabhängiger Kontrollrat	G10-Kommission/Bundestagsverwaltung
Finanzmittel	16.400.000 €	272.000 €
Personalmittel	61 Planstellen für die gerichts- ähnliche und administrative Rechtskontrolle des BND, davon 45 Beamtenstellen und 16 tarif- liche Beschäftigte.	35 Planstellen (26 verbeamtete und 9 tarifliche) für den gesamten Stab der Parlamentarischen Kontrolle in der Bundestagsverwaltung, davon ist eine A15-Stelle explizit für die G10-Kom- mission zu besetzen.

Auch wenn Geld allein nicht alles ist, ist die Diskrepanz der Kontrollbudgets der beiden Institutionen frappierend. Der UK-Rat hat finanziell mit Abstand die beste Startposition, während die G10-Kommission aufgrund der nicht mehr zeitgemäßen ehrenamtlichen Tätigkeit ihrer Mitglieder über keine relevanten Budgets verfügt. Dazu kommt, dass der UK-Rat als oberste Bundesbehörde einen eigenen Einzelplan im Bundeshaushalt hat. Er kann also in den Haushaltsverhandlungen selbst für sein Budget streiten und ist nicht von der Gunst eines vorgelagerten Ministeriums abhängig.

Aufgrund des beachtlichen Budgets kann der UK-Rat auf ausreichende Personalmittel zugreifen: Neben den sechs gewählten Bundesrichter:innen verfügt er für das Jahr 2023 über 55 Planstellen.²⁶ Bis Oktober 2022 waren davon allerdings nur zwei besetzt.²⁷ Dennoch ist davon auszugehen, dass der UKR aufgrund der langfristig angelegten Vollzeitstellen erfolgreicher geeignetes Personal rekrutieren würde, als es der Bundestagsverwaltung für die G10-Kommission möglich wäre. Bereitschaftsdienste für Fälle von Gefahr im Verzug scheinen bei dieser stärkeren Personaldecke ebenfalls leichter lösbar. Außerdem sollte der UK-Rat, dank seines Fokusses auf technische Überwachungsmethoden und der besseren finanziellen Ausstattung, zumindest mittelfristig auch geeigneter sein, weitere technische Expertise aufzubauen, die für den Aufbau von Kontrollprogrammen und Auditierungstools nötig sind.²⁸

5. 2. Der UK-Rat verfügt über eine stärkere institutionelle Unabhängigkeit

Die Unabhängigkeit ist eine der zentralen Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts an die wirksame Vorabkontrolle. Die gesetzliche Grundlage des UK-Rats im BNDG macht dafür deutlich bessere Vorgaben als die Vor-

²⁶ Bundeshaushalt, Einzelplan 22, Unabhängiger Kontrollrat, Seite 18, <https://www.bundeshaushalt.de/static/daten/2023/soll/epl22.pdf>

²⁷ Ibid.

²⁸ Vieth und Wetzling 2020.

schriften zur G10-Kommission im Art. 10-Gesetz. Der UK-Rat ist als oberste Bundesbehörde nur dem Gesetz unterworfen (§ 41 Abs. 1 BNDG) und ausdrücklich nicht weisungsgebunden (§ 41 Abs. 3 BNDG). Die Mitglieder des gerichtsähnlichen Kontrollorgans müssen vorher Bundesrichter:innen gewesen sein und über langjährige Erfahrung verfügen (§ 43 Abs. 1 BNDG); sie sind in ihrer Rolle ebenfalls unabhängig, nur dem Gesetz unterworfen (§ 44 Abs. 1 BNDG) und attraktiv besoldet (§ 46 BNDG). Für sie gelten also im Bezug auf ihre Unabhängigkeit im Wesentlichen die gleichen Vorschriften wie für Richter:innen an obersten Gerichtshöfen (§ 47 BNDG). Die Mitglieder der G10-Kommission arbeiten zwar ebenfalls weisungsfrei, allerdings muss nur ein Teil über die Befähigung zum Richteramt verfügen und eine Vergütung erfolgt nicht (§ 15 Abs. 1 Satz 2-3 Art. 10-G).

Neben den Rechten und Pflichten bei der Amtsausübung ist auch das Ernennungsverfahren entscheidend für eine unabhängige Besetzung eines Kontrollgremiums. Für den UK-Rat ist dieser Prozess klar gesetzlich geregelt: Die Mitglieder des UK-Rats werden auf Vorschlag der Präsident:innen des Bundesgerichtshofs und des Bundesverwaltungsgerichts mit einfacher Mehrheit vom Parlamentarischen Kontrollgremium (PKGr) für zwölf Jahre gewählt (§ 45 Abs. 1 BNDG). Diese lange Amtszeit, ohne Option auf Wiederwahl, soll ebenfalls die freie Ausübung des Mandats ermöglichen. Die Bundesregierung und der BND haben somit keinen direkten Einfluss auf die Besetzung, eine Rückkopplung an das Parlament ist durch die Wahl durch das PKGr aber gegeben. Fraglich ist, ob auch der Opposition mehr Einfluss auf die Wahl der Mitglieder ermöglicht werden sollte, etwa durch eine Wahl mit Zweidrittelmehrheit. Stand heute kann die Regierungskoalition mit ihrer Kanzlermehrheit die Besetzung faktisch alleine bestimmen. Die Mitglieder der G10-Kommission sind wiederum nur für die Dauer einer Wahlperiode des Bundestags vom PKGr gewählt. Wie die Vorauswahl der Kandidat:innen zustande kommt und wer darauf welchen Einfluss nimmt, ist für die Öffentlichkeit nicht ausreichend nachvollziehbar (§ 15 Abs. 1 Satz 4 Art. 10-G).

Der Unabhängigkeit des UK-Rats kommt ebenso zugute, dass er über Personal- und Verfahrensautonomie (§ 41 Abs. 5 BNDG) verfügt und das gerichtsähnliche Genehmigungsverfahren für Überwachungsmaßnahmen deutlich stärker ausdifferenziert ist als bei der G10-Kommission (Löffelmann und Zöller 2022: 183-194; Vieth-Ditlmann und Wetzling 2021). Zum Beispiel sind die zu erfüllenden Anlassvoraussetzungen konkreter aufgeführt, als es etwa im Artikel 10 Gesetz der Fall ist. Damit ist der UK-Rat in der Prüfung von Anträgen weniger von der Zuarbeit der beantragenden Stelle abhängig. Insgesamt ist aus unserer Sicht damit aktuell kein anderes Organ der Rechts-



kontrolle mit einer vergleichbaren institutionellen Eigenständigkeit ausgestattet.

5.3. Der UK-Rat bietet eine bessere Grundlage für Datenverarbeitungs-kontrollen

In vielen Bereichen nachrichtendienstlicher Informationsbeschaffung können schwere Grundrechtseingriffe bei der Datenanalyse entstehen, die bei der Erhebung noch nicht absehbar sind, geschweige denn vom Genehmigungsverfahren direkt mitautorisiert wurden. Neben der Vorabprüfung von Überwachungsmaßnahmen (ex-ante) ist die nachsorgende Kontrolle auf der Datenverarbeitungs- und Auswertungsebene (ex-post) daher eine zweite elementare Säule der Rechtskontrolle.

Das administrative Kontrollorgan des UK-Rats ist für diese Aufgabe im Vergleich zur G10-Kommission deutlich geeigneter. Die nachsorgende Prüftätigkeit kann der UK-Rat weitestgehend selbstständig bestimmen. Er soll unter anderem die Rechtmäßigkeit von Suchbegriffen prüfen (§ 51 Abs. 1 BNDG) und hat ein ausdrückliches Beanstandungsrecht (§ 52 BNDG). Auch die G10-Kommission hat den Auftrag, die Datenverarbeitung im G10-Bereich zu kontrollieren, ihr steht bisher aber kein gesetzlich geregelter Weg zur Beanstandung offen.

Auch im Kontext des Urteils zum BayVSG stehen eine Reihe administrativer Kontrollaufgaben im Raum, die künftig geregelt werden müssen. Zum Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung fordert das Bundesverfassungsgericht, dass auch „auf der Ebene der nachgelagerten Auswertung und Verwertung die Folgen eines dennoch nicht vermiedenen Eindringens in den Kernbereich privater Lebensgestaltung strikt zu minimieren“ sind.²⁹ Daraus leitet das Gericht ab, dass zum Beispiel bei der Wohnraumüberwachung eine umfassende unabhängige Sichtung des gesamten erhobenen Materials erfolgen muss, die der Rechtmäßigkeitskontrolle aber auch dem effektiven „Herausfiltern höchstvertraulicher Daten“ dient, „sodass diese nach Möglichkeit der überwachenden Behörde gegenüber nicht offenbar werden“.³⁰ Die umfangreichen Bild- und Tonaufzeichnungen, die bei einer Wohnraumüberwachung anfallen, vollständig inhaltlich zu prüfen, ist eine komplexe Aufgabe, die nach heutigem Stand wohl von keiner unabhängigen Kontrollbehörde erfüllt werden könnte. Dennoch denken wir, dass der UK-Rat mit seinem im Aufbau befindlichen Arbeitsstab für die administrative

²⁹ BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 26. April 2022, 1 BvR 1619/17, Rn. 277.

³⁰ BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 26. April 2022, 1 BvR 1619/17, Rn. 282.

Kontrolle zumindest das Potenzial hat, weitere komplexe Kontrollaufgaben auf der Auswertungs- und Verwertungsebene zu bewältigen. Abgesehen davon muss eine unabhängige Sichtung auch bei Daten erfolgen, die beim Zugriff auf IT-Systeme erlangt werden, etwa wenn Endgeräte von Zielpersonen ausgelesen werden.³¹ Auch hier ist eine Kernbereichssichtung geboten, die verhindert, dass die Nachrichtendienste die sensiblen Informationen verarbeiten und nutzen können. Hier wird es darum gehen, die technischen Voraussetzungen für eine effektive Sichtung zu schaffen und eine enge Rückkopplung an die Vorabkontrolle sicherzustellen. Das wäre beim UK-Rat zumindest organisatorisch schon so angelegt.

Es zeigt sich, dass der UK-Rat eine deutlich geeignetere gesetzliche und rechtspraktische Grundlage für die erweiterte Rechtskontrolle mit zusätzlichen Kontrollaufgaben bietet. Die G10-Kommission ist hingegen insbesondere mit Blick auf die vorhandenen Ressourcen, die organisatorische Unabhängigkeit und die administrative Kontrolltätigkeit in ihrer Wirksamkeit deutlich beschränkter. Sie verfügt allerdings – gespeist aus ihrer langjährigen Tätigkeit – über deutlich mehr Erfahrungswissen, zum Beispiel im Bereich der gezielten Telekommunikationsüberwachung von Einzelpersonen. Diese fachliche Expertise sollte bei der Ausdehnung der Vorabkontrolle unbedingt genutzt und einbezogen werden, um eine möglichst schnelle Anlaufphase zu gewährleisten.

Aus unserer Sicht spricht aber insgesamt viel dafür, die Rechtskontrolle – inklusive der bisherigen Kontrollaufgaben der G10-Kommission – auf Bundesebene unter dem Dach des Unabhängigen Kontrollrats zu bündeln. Die Vorschriften zur unabhängigen Rechtskontrolle könnten dafür aus dem BNDG (Abschnitt 4) herausgelöst und in ein einheitliches Kontrollrahmengesetz (UKR-Gesetz) überführt werden. Dazu müsste das Kontrollmandat um zahlreiche weitere Formen der Informationsbeschaffung nicht nur des BND, sondern aller Nachrichtendienste des Bundes erweitert werden, die entweder noch gar nicht geprüft werden oder bisher der Kontrolle der G10-Kommission unterliegen. Der nächste Abschnitt geht genauer darauf ein, welche zusätzlichen Anforderungen umgesetzt werden müssten, um den UK-Rat für diese gewaltige Aufgabe zu ertüchtigen.

31 BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 26. April 2022, 1 BvR 1619/17, Rn. 286.



6. Wie die Zeitenwende gelingen könnte

Den mit der Reform befassten Personen in der Bundesregierung und im Bundestag sollte klar sein, dass keines der vorhandenen Kontrollgremien die Anforderungen an die Ausdehnung der Rechtskontrolle auf weitere Formen der nachrichtendienstlichen Informationsbeschaffung derzeit ausreichend erfüllt. Auch wenn wir den UK-Rat für einen geeigneten Kandidaten halten, gilt es auch dort zahlreiche Kompetenzlücken zu füllen und institutionelle Schwachstellen zu adressieren. Auf keinen Fall sollte per Gesetzesbeschluss das Mandat des UK-Rats auf weitere nachrichtendienstliche Mittel ausgedehnt werden, ohne dass dort auch rechtspraktisch die nötigen Voraussetzungen für den Erwerb weiterer Kontrollexpertise geschaffen werden. Zudem müssen die Konsequenzen einer Ausdehnung der Rechtskontrolle für das Gesamtgefüge der Nachrichtendienstkontrolle in Deutschland mitbedacht werden.

Anhand zentraler Indikatoren für die Leistungsfähigkeit der Nachrichtendienstkontrolle (Kniep et al, im Erscheinen) führen wir nun aus, wo aus unserer Sicht weiterer Reformbedarf besteht, um eine wirksame Rechtskontrolle dauerhaft für weitere Überwachungsmaßnahmen zu gewährleisten. Zudem geben wir auch erste Handlungsempfehlungen und freuen uns über jedwedes Feedback dazu.

6. 1. Mehr Transparenz schafft Vertrauen und Legitimation

Aufgrund der zunehmenden Bedeutung der Rechtskontrolle im Zusammenwirken mit der parlamentarischen Kontrolle und der Datenschutzkontrolle ist es wichtig, die neu geschaffene oberste Bundesbehörde, den UK-Rat, kritisch zu betrachten.

In einem Beitrag für die Website der ARD-Nachrichtensendung Tagesschau wurde im April 2023 über den ersten Bericht des UK-Rats an das PKGr berichtet (Bewarder und Flade 2023). Das bietet Anlass, unterschiedliche Fragen zu diskutieren: Warum wurden scheinbar fast ausnahmslos alle vom BND beantragten Überwachungsmaßnahmen im Berichtszeitraum genehmigt? Warum erfährt man von dieser wichtigen, mit einem Haushalt von 16,4 Millionen Euro ausgestatteten Bundesbehörde, allgemein so wenig in der Öffentlichkeit?

Natürlich ist Geheimhaltung geboten und bei aller Gefahr, dass regelmäßig zu viele Dokumente unnötigerweise eingestuft werden, ein wichtiges sicher-

heitspolitisches Gut. Dennoch ist aus unserer Sicht der UK-Rat gegenwärtig zu sehr dem politischen Diskurs um die Nachrichtendienstpolitik entrückt. Wichtige Entscheidungen über die Rechtmäßigkeit nachrichtendienstlicher Überwachungsmaßnahmen sind bisher für die Öffentlichkeit nicht ausreichend nachvollziehbar. Das mindert sowohl das Vertrauen in die Legitimation des Regierungshandelns als auch in den Prozess der demokratischen Kontrolle. Wenn man aus den Nachrichten erfährt, dass gerade mal eine von 122 Überwachungsmaßnahmen vom UK-Rat beanstandet wurde, so spricht das zwar nicht per se gegen die Wirksamkeit der Rechtskontrolle. Aber wenn der UK-Rat dies, aufgrund der geltenden Gesetzeslage, nicht öffentlich kommentieren kann und die Berichte des PKGr dazu noch keinen weiteren Aufschluss geben, so bleiben zentrale Fragen zum Verfahren und den Ergebnissen der einzelnen Prüfungen unbeantwortet.

Es ist gut, dass das Bundesverfassungsgericht im Mai 2020 festgelegt hat, dass die Wirksamkeit der Kontrolle nicht länger „durch die ‚Third Party Rule‘ behindert wird.“³² Damit kann der UK-Rat, anders als sein kurzlebiger Vorgänger, das Unabhängige Gremium (2016-2021), fast uneingeschränkt Informationen und Daten einsehen, die von ausländischen Partnerdiensten stammen und somit nicht der alleinigen Verfügungsberechtigung des BND unterliegen. Dies gilt indes nicht für die anderen Gremien im Gesamtgefüge der deutschen Nachrichtendienstkontrolle (siehe Abschnitt 3). Das hat zur Folge, dass der UK-Rat nur sehr eingeschränkt dem PKGr über Tätigkeiten berichten kann, welche die internationale Nachrichtendienstkooperation betreffen. Ganz allgemein hatte die Reform von 2021 auch zur Folge, dass mit der Einführung des UK-Rats zunehmend Kontrolltätigkeiten aus dem Funktionsbereich der Legislative in den Funktionsbereich der Exekutive gerückt wurden.

Bei der von uns befürworteten Ausdehnung des Kontrollmandats des UK-Rats sollte nun das Ziel verfolgt werden, diesem zu einer eigenständigen Stimme in der deutschen Nachrichtendienstpolitik zu verhelfen, die seiner Bedeutung und seinem Gewicht entspricht. So könnten zum Beispiel direkte Berichte des UK-Rats an den Bundestag für weite Teilbereiche möglich sein, die nicht die Third-Party-Rule und die internationale Nachrichtendienstkooperation betreffen.

Anders als bei der G10-Kommission, die keine eigenständige Berichtspflicht hat, ist es gut, dass der UK-Rat in Abständen von maximal sechs Monaten dem PKGr über seine Tätigkeit berichtet (§ 55 BNDG). Schon heute ist es

³² BVerfG, 19.05.2020 - 1 BvR 2835/17, 8. Leitsatz.

möglich, dass der UK-Rat dem PKGr „unter Beachtung des Geheimschutzes in abstrakter Weise und nach Anhörung des Bundeskanzleramtes in öffentlicher Form zum Zweck der Unterrichtung des Deutschen Bundestages über Beanstandungen, über die das gerichtsähnliche Kontrollorgan entschieden hat“ (§ 55 Abs. 3 BNDG), berichtet und dass das PKGr Berichte des UK-Rats in „angemessener Zeit an den Deutschen Bundestag“ (Ibid) weiterleiten kann. Davon wurde bis Anfang Mai 2023, wo vermutlich schon ein zweiter UKR-Bericht ans PKGr verschickt wurde, zumindest den öffentlichen Informationen auf Seiten des Bundestages zufolge noch nicht Gebrauch gemacht. Es steht vielmehr zu befürchten, dass letztlich nur wenige Informationen über die Gründe und gegebenenfalls Vorbehalte bei einzelnen Genehmigungen und Ablehnungen an die Öffentlichkeit gelangen werden – und wenn, dann vorzugsweise informell.³³

Im Gegensatz dazu könnte man sich an der Berichtspraxis in den Niederlanden orientieren. Dort hat das für die Genehmigung von Überwachungsmaßnahmen zuständige Gremium TIB in einem übrigens auch auf Englisch veröffentlichten Bericht die Öffentlichkeit darüber informiert, dass es in der Zeit vom 1. Mai 2018 bis zum 1. April 2019 insgesamt 2159 Anträge geprüft habe (TIB 2019). Zudem hat das TIB in seinem Bericht die Anzahl der abgelehnten Anträge samt Ablehnungsgrund aufgeführt, und dies zusammengekommen für die Nachrichtendienste AIVD und MIVD. Zudem erörtert der Bericht des TIB Beispiele für Ablehnungsentscheidungen und vermittelt der Öffentlichkeit so ein besseres Verständnis von seiner Kontrolltätigkeit und deren Bedeutung. Das norwegische Kontrollgremium EOS berichtet zudem regelmäßig öffentlich über rechtswidrige bzw. beanstandete Fälle, z.B. bei der technischen Datenerfassung des Dienstes. Der UKR sollte in zukünftigen Berichten in ähnlicher Weise auch detaillierter auf die Prüftätigkeiten im Bereich der administrativen Rechtskontrolle abstellen.

Darüber hinaus ist es wichtig, mehr Präsenz im politischen Diskurs zu zeigen. Schon jetzt ist die Entrücktheit des UK-Rats problematisch. Insbesondere bei einer Ausdehnung des Mandats der obersten Bundesbehörde wäre eine Fortsetzung dessen nicht tragbar. Man sollte jetzt die gesetzlichen und rechtspraktischen Weichen für einen verstärkten direkten Austausch des UK-Rats mit der Zivilgesellschaft und den zum Mitwirken an

³³ Über weitere Kontrollaspekte, die in der gegenwärtigen Berichtspflicht des UK-Rats über die Tätigkeiten nach Abschnitt 4 des BNDG noch nicht ausreichend berücksichtigt sind, siehe (Wetzling 2021).

Überwachungsmaßnahmen verpflichteten Anbietern von Telekommunikationsdiensten schaffen.

Das Bundesverfassungsgericht hat richtigerweise das Primat des Bundestages bei der Nachrichtendienstkontrolle aufgehoben und mit der Rechtskontrolle eine wichtige weitere Instanz geschaffen. Das heißt aber nicht, dass die Rückkopplung des UK-Rats an das Parlament und die Öffentlichkeit derart eingeschränkt sein muss.

Um die Unabhängigkeit und kritische Distanz zur Regierung zu stärken, könnte man zudem darüber nachdenken, der Opposition ein Mitbestimmungsrecht bei der Besetzung des Kontrollorgans einzuräumen. Das würde die demokratische Legitimation insofern steigern, als die Fraktionen der Opposition bislang häufig keinen Einfluss auf die Besetzung haben, da die Wahl mit einfacher Mehrheit – also in der Regel mit der Koalitionsmehrheit – erfolgt.³⁴

6. 2. Weitere Expertise und Kompetenzen in und um den UK-Rat bündeln

Eine große Herausforderung und vermutlich auch Sorge unter den UK-Ratsmitgliedern dürfte das gegenwärtige Fehlen von relevantem rechtlichen, sicherheits- und nachrichtendienstlichen sowie informationstechnischen Fachwissen betreffen. Dieses Wissen wäre bei einer Ausdehnung des Kontrollmandats zweifellos erforderlich. Bisher hat der UK-Rat wenig bis gar keine Berührungspunkte mit der Arbeit von BfV, MAD, MiNW, BMI und BMVg sowie anderen Behörden oder Organisationseinheiten, die ebenfalls nachrichtendienstlichen Tätigkeiten nachgehen, wie beispielsweise die Zentrale Stelle für Informationstechnik im Sicherheitsbereich (ZITiS) oder das Gemeinsame Terrorismusabwehrzentrum (GTAZ). Der UK-Rat ist bis dato lediglich für die Vorabkontrolle von strategischen Aufklärungsmaßnahmen zuständig, die das Ausland betreffen. Vor allem bezüglich der vorsorgenden und nachsorgenden Prüfung von Einzelmaßnahmen, also zum Beispiel der gezielten Telekommunikationsüberwachung von Einzelpersonen im Inland oder den umfangreichen Möglichkeiten, Datenauskünfte bei Unternehmen abzufragen (§§ 8a, 8b BVerfSchG), ist beim UK-Rat bisher vermutlich keine ausreichende Expertise vorhanden. Hier könnte es sich anbieten, die langjährige Erfahrung der G10-Kommission bei der Kontrolle solcher Maßnahmen zumindest in Teilen zu integrieren. Sie könnte beispielsweise bei der

³⁴ Das ließe sich dadurch ändern, dass die Wahl der Richter:innen mit Zweidrittelmehrheit erfolgt. Angesichts der langen Amtszeit von zwölf Jahren – also deutlich länger als in den meisten anderen Behörden – ist eine sorgfältige und gewissenhafte Auswahl der Mitglieder von großer Bedeutung.



Konzeption von regelmäßigen fachspezifischen Schulungen für das Personal des UK-Rats berücksichtigt werden.

Auch für den Einsatz von verdeckten Mitarbeiter:innen und langfristigen Observationen müssten Fachexpertise und Prüfkompetenz beim UK-Rat erst noch aufgebaut werden. Mit der Bündelung vielfältiger Expertise unter einem Dach ließen sich Synergien nutzen, die auf Dauer einen Effizienzgewinn versprechen. Ein professionelles Wissensmanagement sollte den Prozess betreuen. Zudem könnte ein Expertenbeirat berufen werden, dem zum Beispiel auch internationale Expert:innen und Mitglieder aus anderen Kontrollbehörden angehören könnten.

6. 3. Dem UK-Rat weitere Durchsetzungsmöglichkeiten einräumen

Die Möglichkeiten des gerichtsähnlichen Kontrollorgans des UK-Rats zur Informationsbeschaffung sind unserer Meinung nach unzureichend. Dies sollte insbesondere im Fall einer Ausdehnung seines Kontrollmandats auf weitere nachrichtendienstliche Tätigkeiten des Bundes mitbedacht werden. Anders als ordentliche Gerichte hat der Unabhängige Kontrollrat keine Mittel, um auskunftspflichtige Personen, die sich einem Verfahren entziehen, zu einer Aussage zu bewegen (vgl. § 96 Abs. 1, § 98 VwGO i.V.m. § 380, § 390, § 409 ZPO). Zwar verpflichtet § 56 BNDG den BND zur Unterstützung des UK-Rats, dieser hat jedoch bis jetzt keine rechtliche Handhabe, diese Mitwirkungspflicht auch durchzusetzen. Daher bleiben die Möglichkeiten des UK-Rats hier in wesentlichen Punkten hinter den gerichtlichen Befugnissen zurück. Um die Rechtskontrolle weiter zu stärken, sollten dem UK-Rat schärfere Beweiserhebungsinstrumente zugestanden werden. Vorbilder liefern die geltende Zivilprozessordnung oder auch das Untersuchungsausschussgesetz (§ 27, § 29 Abs. 3 PUAG).

6. 4. Weitere Handlungsempfehlungen

Wir haben in einer Reihe von Publikationen diverse Möglichkeiten erörtert, wie sich die unabhängige Kontrolle nachrichtendienstlicher Tätigkeiten hinsichtlich ihrer Wirksamkeit steigern ließe.³⁵ Übersichtsartig wollen wir hier nur auf einige, teilweise schon lange bestehende Lücken und Schwachstellen bei der Rechtskontrolle verweisen:

Kompetenzkatalog der administrativen Rechtskontrolle gesetzlich präzisieren. Bisher beinhaltet das BNDG nur vage Prüfpflichten für die nachsorgen-

35 Vieth-Ditlmann und Wetzling 2021: 54 ff; Wetzling 2021; Wetzling und Vieth 2021: 6ff.



de Kontrolle, konkrete Prüfkonzepte sind darüber hinaus erst in Entwicklung. Gerade auch in Abgrenzung zu den Datenschutzkontrollen des BfDI sollten die Kontrollmandate klargestellt werden.³⁶

Rechtschutzverfahren für betroffene Personen beim UK-Rat einführen. In der gerichtsähnlichen Kontrolle fehlt es an einem Recht potenziell betroffener Personen, ein Kontrollverfahren durch den Unabhängigen Kontrollrat einzuleiten – anders als z.B. § 15 Abs. 5 Satz 1 Art. 10-G. Nicht zuletzt mangelt es auch betroffenen juristischen Personen, etwa die zur Herausgabe von Daten verpflichteten Unternehmen wie Telekommunikationsanbieter oder digitale Plattformbetreiber, an einem dezidierten Beschwerderecht. Sie können Anordnungen somit nicht unabhängig überprüfen lassen.

Kontrollkooperation stärken. Die Kontrollbehörden (siehe Abschnitt 3) brauchen ein klares Mandat für den Informationsaustausch und die Kooperation zwischen nationalen und internationalen Aufsichtsgremien. Die Rollenverteilung zwischen der administrativen Rechtskontrolle und dem BfDI ist zu präzisieren.

Professionelle Evaluation der Kontrolltätigkeit voranbringen. Die Evaluation der Kontrolltätigkeit (intern und extern) braucht klare Vorgaben, damit sie ihre Wirksamkeit erhalten und ausbauen kann.

³⁶ Vgl. Sosna 2022.

7. Fazit

Bundesregierung und Regierungsmehrheit im Bundestag wollen in der laufenden Legislaturperiode eine „unabhängige wissenschaftliche Evaluation der Sicherheitsgesetze und ihrer Auswirkungen auf Freiheit und Demokratie im Lichte technischer Entwicklungen“ sowie eine „Überwachungsgesamt-rechnung“ vornehmen (SPD, die Grünen und FDP 2021: 108). Von diesen wichtigen Prozessen ist bis jetzt noch nicht viel an die Öffentlichkeit gedrungen. Ein Karlsruher Grundsatzurteil zum Bayerischen Verfassungsschutzrecht bietet der Ampel-Regierung aber nun eine gute Gelegenheit, Defizite und Rechtslücken im Nachrichtendienstrecht und bei der Praxis der Kontrolle auf Bundesebene zu beheben.

Eines davon ist die Umsetzung des Gebots vorbeugender und unabhängiger Kontrolle für weitere Mittel der nachrichtendienstlichen Informationsbeschaffung des Bundes. Zukünftig sollten unserer Meinung nach nicht nur der Einsatz von Vertrauensleuten und verdeckten Ermittler:innen und nachrichtendienstliche Observationen sondern auch der kommerzielle Erwerb personenbezogener Daten und das automatisierte Verarbeiten von öffentlich verfügbaren Daten (OSINT) durch ein Organ der Rechtskontrolle zur Durchführung freigegeben werden. Das bringt den Unabhängigen Kontrollrat auf den Plan. Zur Zeit befasst sich die in 2021 geschaffene oberste Bundesbehörde ausschließlich mit der Rechtskontrolle eines Teils der Überwachungsmaßnahmen des Bundesnachrichtendienstes. Sie sollte, anders als die G10-Kommission, weitere wichtige Aufgaben schultern.

Um diese Zeitenwende bei der Nachrichtendienstkontrolle einzuleiten, bedarf es neben gesetzlicher Reformen, wie der Schaffung eines Kontrollrahmengesetzes (UKR-Gesetz) samt erweiterter Berichtspflichten für mehr Transparenz auch rechtspraktische Veränderungen am institutionellen Aufbau und der Kontrollpraxis des Unabhängigen Kontrollrats. Noch ist der UK-Rat trotz seiner guten finanziellen Ausstattung und Bedeutung zu ent-rückt im politischen Diskurs. Er braucht deutlich mehr Rückkopplung an die Öffentlichkeit. Dafür sollten ihm mehr Möglichkeiten für den direkten Austausch mit der Zivilgesellschaft und den Anbietern von Telekommunikationsdiensten eingeräumt werden.

Bibliographie

- about:intel. 2020. Discussion panel on intelligence oversight cooperation.
Abrufbar unter: <https://aboutintel.eu/oversight-cooperation/>
- Bäcker, Matthias. 2022. Verfassungsbeschwerde. Abrufbar unter: https://freiheitsrechte.org/uploads/documents/Freiheit-im-digitalen-Zeitalter/BNDGII_Beschwerdeschrift_anonymisiert.pdf
- Bewarder, Manuel und Flade, Florian. 2023. Lauschangriff? Erlaubt!. Abrufbar unter: <https://www.tagesschau.de/investigativ/ndr-wdr/bnd-unabhaengiger-kontrollrat-101.html>
- Belgian Standing Intelligence Agencies Review Committee, Danish Intelligence Oversight Board, CTIVD, EOS Committee, and OA-IA. 2018. Strengthening oversight of international data exchange between intelligence and security services. Abrufbar unter: https://www.comiteri.be/images/pdf/publicaties/Common_Statement_EN.pdf
- Biermann, Kai. 2016. Ex-BND-Chef Uhrlau kann sich leider nicht erinnern. Abrufbar unter: <https://www.google.com/url?q=https://www.zeit.de/politik/deutschland/2016-01/nsa-untersuchungsausschuss-uhrlau/komplettansicht&sa=D&source=docs&ust=1683465353597657&usg=AOvVaw0xFbMQI8XhKCThBNyQJNPm>
- Bund-Länder-AG der Innenministerkonferenz. 2022. Abschlussbericht zur Unabhängigen Kontrolle. Abrufbar unter: https://www.imk2022.bayern.de/wp-content/uploads/2022/09/Abschlussbericht_Anlage-3-Unabha%CC%88ngige-Kontrolle.pdf
- Bundesministerium der Finanzen. 2022. Deutscher Bundestag. Bundeshaushalt: Einzelplan 02. Abrufbar unter: <https://www.bundeshaushalt.de/static/daten/2023/soll/epl02.pdf>
- Bundesministerium der Finanzen. 2022. Unabhängiger Kontrollrat. Bundeshaushalt: Einzelplan 22. Abrufbar unter: <https://www.bundeshaushalt.de/static/daten/2023/soll/epl22.pdf>
- Bundesministerium des Innern und für Heimat. 2022. Zentrale Vorhaben des BMI 2022/2023. Abrufbar unter: <https://fragdenstaat.de/dokumente/181772-bmi-zentrale-vorhaben-2022-2023/>
- CTIVD 2019. Charter of the Intelligence Oversight Working Group. Abrufbar unter <https://english.ctivd.nl/documents/publications/2019/12/12/index>
- CTIVD. 2022. Automated OSINT: tools and sources for open source investigation. Abrufbar unter: <https://english.ctivd.nl/documents/review-reports/2022/02/08/index>

- Die Sozialdemokratische Partei Deutschlands (SPD), BÜNDNIS 90 / DIE GRÜNEN und den Freien Demokraten (FDP). 2021. Koalitionsvertrag 2021-2025. Abrufbar unter: <https://www.bundesregierung.de/breg-de/service/gesetzesvorhaben/koalitionsvertrag-2021-1990800>
- Knip, Ronja und Naima Roller, Sarah und Vieth-Ditlmann, Kilian und Wetzling, Thorsten. (im Erscheinen). How democracies oversee intelligence: Identifying variances in intelligence oversight through an intelligence oversight index.
- Löffelmann, Markus und Mark A. Zöller. 2022. Nachrichtendienstrecht. (Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft)
- Sosna, Sabine. 2022. Der BfDI - ein Kontrollorgan unter dem Radar? In: Zeitschrift für das Gesamte Sicherheitsrecht.
- TIB. 2019. Annual Report. Abrufbar unter www.tib-ivd.nl/binaries/tib/documents/jaarverslagen/2019/04/25/annual-report-2018-2019/TIB+Annual+Report+2018-2019.pdf
- Vast Committee. 2019. „Strengthening oversight of international data exchange between intelligence and security services“ https://www.comiteri.be/images/pdf/publicaties/Common_Statement_EN.pdf
- Vieth-Ditlmann, Kilian und Thorsten Wetzling. 2021. Caught in the Act? An analysis of Germany's new SIGINT reform. Abrufbar unter: https://www.stiftung-nv.de/sites/default/files/caught-in-the-act_analysis-of-germanys-new-sigint-reform_0.pdf
- Vieth, Kilian und Thorsten Wetzling. 2020. Datenbasierte Nachrichtendienstkontrolle: Agenda für mehr Wirksamkeit. Abrufbar unter: https://www.stiftung-nv.de/sites/default/files/datenbasierte_nachrichtendienstkontrolle.pdf
- Wetzling, Thorsten and Charlotte Dietrich. 2022. Disproportionate use of commercially and publicly available data: Europe's next frontier for intelligence reform? Abrufbar unter: https://www.stiftung-nv.de/sites/default/files/snv_commercially_available_data.pdf.pdf
- Wetzling, Thorsten. 2021. Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des BND-Gesetzes zur Umsetzung der Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts. Abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/823556/760abb-7961fa7df144e1bc834702d44f/A-Drs-19-4-731-F-data.pdf>
- Wetzling, Thorsten und Kilian Vieth. 2021. Stellungnahme im Rahmen der Verbändebeteiligung zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des BND-Gesetzes zur Umsetzung der Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts. Abrufbar unter: https://www.stiftung-nv.de/sites/default/files/stellungnahme_refe_bndg_wetzling_vieth.pdf



Wissenschaftliche Dienste des Bundestages. 2022. Auswirkungen des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 26. April 2022 zum Bayerischen Verfassungsschutzgesetz: Allgemeine Vorgaben und deren Anwendung auf das Bundesrecht. WD 3 - 3000 - 069/22. Abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/903554/08bb7802b3c4d-487a5bdbf79bafabe64/WD-3-069-22-pdf-data.pdf>

Rechtsprechung

BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 19. Mai 2020, 1 BvR 2835/17

BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 26. April 2022, 1 BvR 1619/17

EuGH, Urteil vom 20. September 2022, Rs. C-793/19 und C-794/19 –
SpaceNet u.a., Rn. 88 f.

EuGH, Urteil vom 6. Oktober 2020, Rs. C-623/17 – Privacy International u.a.



Über die Stiftung Neue Verantwortung

Think Tank für die Gesellschaft im technologischen Wandel

Neue Technologien verändern Gesellschaft. Dafür brauchen wir rechtzeitig politische Antworten. Die Stiftung Neue Verantwortung ist eine unabhängige Denkfabrik, in der konkrete Ideen für die aktuellen Herausforderungen des technologischen Wandels entstehen. Um Politik mit Vorschlägen zu unterstützen, führen unsere Expertinnen und Experten Wissen aus Wirtschaft, Wissenschaft, Verwaltung und Zivilgesellschaft zusammen und prüfen Ideen radikal.

Über die Autoren

Dr. Thorsten Wetzling leitet das Themenfeld „Überwachung, Grundrechte und Demokratie“ in der Stiftung Neue Verantwortung. Dort stehen die verschiedenen Formen des sicherheitsbehördlichen Zugangs und der Verarbeitung von personenbezogenen Daten im Fokus unterschiedlicher Projektarbeiten. Dabei geht es häufig um rechtspraktische Fragen, ob und wie der Einsatz moderner Überwachungstechnologie vom Gesetzgeber rechtsstaatlich einzuhegen und von den unabhängigen Aufsichtsbehörden effektiv und umfassend zu kontrollieren ist.

Kilian Vieth-Ditlmann koordiniert den Themenbereich Grundrechte, Überwachung und Demokratie. Er ist Projektmanager für das Europäische Netzwerk Nachrichtendienstkontrolle (EION), das Nachrichtendienstkontrolleur:innen und anderen Fachleuten eine Plattform für regelmäßigen und strukturierten Austausch bietet.

So erreichen Sie die Autoren

Dr. Thorsten Wetzling
twetzling@stiftung-nv.de

Kilian Vieth-Ditlmann
kvieth@stiftung-nv.de



Impressum

Stiftung Neue Verantwortung e. V.

Beisheim Center
Berliner Freiheit 2
10785 Berlin

T: +49 (0) 30 81 45 03 78 80

F: +49 (0) 30 81 45 03 78 97

www.stiftung-nv.de

info@stiftung-nv.de

Design:

Make Studio

www.make-studio.net

Layout:

Thorsten Kirchhoff



Dieser Beitrag unterliegt einer CreativeCommons-Lizenz (CC BY-SA). Die Vervielfältigung, Verbreitung und Veröffentlichung, Veränderung oder Übersetzung von Inhalten der Stiftung Neue Verantwortung, die mit der Lizenz „CC BY-SA“ gekennzeichnet sind, sowie die Erstellung daraus abgeleiteter Produkte sind unter den Bedingungen „Namensnennung“ und „Weiterverwendung unter gleicher Lizenz“ gestattet. Ausführliche Informationen zu den Lizenzbedingungen finden Sie hier:

<http://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/>