

Stellungnahme

zum Entwurf eines Gesetzes des Bundeskanzleramts zur Änderung des BND-Gesetzes vom 21.08.2023

Helene Hahn, Referentin für Internetfreiheit, Reporter ohne Grenzen

Bijan Moini, Legal Director und Syndikus, Gesellschaft für Freiheitsrechte

Einreichung am 22.08.2023

Gesellschaft für Freiheitsrechte (GFF) wurde 2015 mit Sitz in Berlin gegründet. Seither verteidigen wir die Grund- und Menschenrechte mit rechtlichen Mitteln. Als gemeinnütziger Verein nutzen wir strategische Gerichtsverfahren und juristische Interventionen, um Demokratie und Zivilgesellschaft zu fördern, Überwachung und digitale Durchleuchtung zu begrenzen und für alle Menschen gleiche Rechte und soziale Teilhabe durchzusetzen.

Reporter ohne Grenzen (RSF) dokumentiert Verstöße gegen die Presse- und Informationsfreiheit weltweit und alarmiert die Öffentlichkeit, wenn Journalist*innen oder deren Mitarbeitende in Gefahr sind. Wir setzen uns für mehr Sicherheit und besseren Schutz von Medienschaffenden ein. Wir kämpfen online wie offline gegen Zensur, gegen den Einsatz sowie den Export von Überwachungstechnik und gegen restriktive Mediengesetze.

Inhaltsverzeichnis

1 Vorbemerkung.....	2
2 Kursorische Einschätzung des vorliegenden Entwurfs.....	3
3 Verfassungsbeschwerde gegen das BNDG.....	6

1 Vorbemerkung

Reporter ohne Grenzen und die Gesellschaft für Freiheitsrechte danken für die Gelegenheit zur Stellungnahme zum Referentenentwurf vom 21.08.2023. Wir merken jedoch kritisch an, dass eine sorgsame und tiefgründige Kommentierung des vorliegenden 88-seitigen Gesetzesentwurfs innerhalb einer Frist von ca. 24h nicht als angemessene, demokratische Verbändebeteiligung verstanden werden kann und eine vernünftige Auseinandersetzung schlicht nicht möglich ist.

Die kurze Zeitspanne ist bei einem so komplexen Regelwerk aus unserer Sicht der Qualität eines Gesetzgebungsverfahrens nicht zuträglich. Reformen des BNDG haben eine hohe Grundrechtsrelevanz: Die vergangenen BNDG-Novellen der letzten Jahre wurden nötig, weil gesetzliche Regelungen verfassungswidrig waren. Um verfassungsrechtliche Risiken und den unrechtmäßigen Eingriff in Grundrechte zu vermeiden, ist gerade im Bereich der Sicherheitsgesetze Gründlichkeit vor Schnelligkeit dringend geboten. Die Einführung und Änderung von Gesetzen in diesem Bereich sollten von einer in Ruhe durchgeführten, ergebnisoffenen, sorgfältigen und vor allem öffentlichen rechtspolitischen Diskussion begleitet sein. Die Gesellschaft für Freiheitsrechte und Reporter ohne Grenzen empfehlen daher dringend, bei der Reform des BNDG eine angemessene politische Diskussion mit Verbänden und der Öffentlichkeit sicherzustellen - anstelle gar den Rückwärtstrend bei der eingeräumten Stellungnahmefrist weiter zu fördern.

Wir verweisen auf die von uns koordinierte Verfassungsbeschwerde vom 29. Dezember 2022 gegen Vorschriften des geltenden BND-Gesetzes, die wir als Anlage beifügen.¹ In der Beschwerdeschrift hat unser Bevollmächtigter Prof. Dr. Matthias Bäcker u.a. eine Reihe an verfassungsrechtlichen Kritikpunkten an den derzeit geltenden Übermittlungsvorschriften formuliert (S. 106 ff.). Mit 20 Beschwerdeführer*innen, darunter namhaften Journalist*innen aus dem In- und Ausland, greifen wir mehr als 30 Punkte im BND-Gesetz an.

Der vorliegende Entwurf bringt zwar Verbesserungen mit sich, etwa in Form der Klarstellung, dass vor Übermittlungen an inländische Strafverfolgungsbehörden bestimmte, den Verdacht einer Straftat begründende Tatsachen vorliegen müssen und sich die "tatsächlichen Anhaltspunkte" nur auf die Notwendigkeit einer Datenübermittlung beziehen. Wesentliche Teile der von uns formulierten Kritik bleiben jedoch unbeachtet und müssen in eine verfassungsrechtlich saubere Überarbeitung des BNDG einfließen.

¹ Prof. Dr. Matthias Bäcker, LL.M. (2022): https://www.reporter-ohne-grenzen.de/fileadmin/Redaktion/Dokumente/Internetfreiheit/BNDG2/Beschwerdeschrift_BND-Gesetz.pdf (Zugriff am 21.08.2023).

2 Kursorische Einschätzung des vorliegenden Entwurfs

Schon eine kursorische Prüfung fördert Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit verschiedener der geplanten Regelungen zutage:

- § 11 BNDG-E fällt noch hinter den schon für sich genommen kritikwürdigen § 29 Abs. 1 Nr. 1 BNDG zurück, indem nicht einmal mehr der Schutz besonders gewichtiger Rechtsgüter erfordert wird.

Wie wir in unserer Verfassungsbeschwerde ausgeführt haben (vgl. S. 106 ff.), bestehen an eine Datenübermittlung von einem Nachrichtendienst an einen anderen Nachrichtendienst grundsätzlich weniger strenge Anforderungen als für Übermittlungen an operativ tätige Behörden, was eine geringere Übermittlungsschwelle rechtfertigt (BVerfG, Urteil vom 26. April 2022 – 1 BvR 1619/17 –, Rn. 257 ff.). So müssen aber bei der Übermittlung von Daten, die aus der strategischen Ausland-Fernmeldeaufklärung stammen, die spezifischen verfassungsrechtlichen Grenzen dieser Maßnahmen berücksichtigt werden. Eine Datenübermittlung durch den Bundesnachrichtendienst an einen der Inlandsnachrichtendienste darf demnach nur zugelassen werden, wenn zumindest hinreichende tatsächliche Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die Daten zur Aufklärung einer bestimmten, nachrichtendienstlich beobachtungsbedürftigen Aktion oder Gruppierung im Einzelfall benötigt werden (zur allgemein zur Übermittlung nachrichtendienstlicher Daten an nicht operativ tätige Stellen, vgl. BVerfG, Urteil vom 26. April 2022 – 1 BvR 1619/17 –, Rn. 258). Das hohe Eingriffsgewicht der strategischen Ausland-Fernmeldeaufklärung legt zudem nahe, dass gesteigerte Anforderungen an die Beobachtungsbedürftigkeit der betreffenden Aktion oder Gruppierung zu stellen sind. Dem genügt § 11 BNDG-E nicht.

- Die zweite Alternative der Eingriffsschwelle für die Übermittlung an inländische öffentliche Stellen in § 11b Abs. 1 Satz 1 BNDG-E ("[ein Rechtsgut] für das eine Gefahr in absehbarer Zeit in bestimmter Art zu entstehen droht") entspricht nicht den Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts.

Das Bundesverfassungsgericht fordert, dass eine Übermittlung an Behörden mit operativen Befugnissen stets nur bei einer konkretisierten Gefahr für besonders gewichtige Rechtsgüter erfolgen darf (BVerfG, Urteil vom 26. April 2022 – 1 BvR 1619/17 –, Rn. 235 ff.). Indem § 11b Abs. 1 Alt. 2 BNDG-E den Gefahrenbegriff weit ins Vorfeld verlagert, unterschreitet die Vorschrift diese Eingriffsschwelle für die Übermittlung an inländische öffentliche Stellen erheblich.

Der Gesetzesentwurf versäumt es in diesem Zusammenhang auch, den Begriff der „operativen (Anschluss-)Befugnisse“ zu definieren. Es bleibt unklar, ob zivile Verwaltungsbehörden wie etwa Ausländerbehörden, Versammlungsbehörde oder

Waffenbehörden unter diesen Begriff fallen.

- Die Aufzählung der besonders gewichtigen Rechtsgüter in § 11b Abs. 1 Satz 2 BNDG-E enthält vage Begriffe wie die Handlungsfähigkeit der Bundesrepublik Deutschland auf dem Gebiet des Aufenthalts- und Staatsangehörigenrechts (Nr. 7) oder die außenpolitische Handlungsfähigkeit der Bundesrepublik Deutschland (Nr. 10) und entfernt sich damit von den Rechtsgütern, die das Bundesverfassungsgericht bereits als besonders gewichtige Rechtsgüter anerkannt hat. Solche sind etwa Leib, Leben und Freiheit der Person sowie der Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes und Sachen von bedeutendem Wert, deren Erhaltung im öffentlichen Interesse geboten ist (BVerfG, Urteil vom 26. April 2022 – 1 BvR 1619/17 –, Rn. 243). Das Bundesverfassungsgericht weist zudem darauf hin, dass bei letzterem ein enges Verständnis geboten sei. Gemeint seien etwa wesentliche Infrastruktureinrichtungen oder sonstige Anlagen mit unmittelbarer Bedeutung für das Gemeinwesen (ebd., m.w.N.). Die im vorliegenden Entwurf genannten vagen Begriffe entfernen sich von diesem Verständnis und eröffnen dem Bundesnachrichtendienst einen nahezu unbegrenzten Übermittlungsspielraum.
- Gleichzeitig werden die ohnehin zu weiten Vorgaben des § 11b Abs. 1 BNDG-E von Abs. 2 Satz 1 noch weiter unterlaufen, der unter anderem nach Nr. 6 Übermittlungen an die Bundeswehr jenseits konkretisierter Gefahrenlagen legitimieren soll. Auch die Rückausnahme in Abs. 2 Satz 2 bleibt zu eng. Selbst wenn die übermittelten personenbezogenen Daten nicht zur operativen Anwendung unmittelbaren Zwangs genutzt werden dürfen, rechtfertigt dies keine pauschale Absenkung der Übermittlungsschwelle. Denn die Übermittlung kann dennoch massive Folgen für die Grundrechte der betroffenen Person haben (BVerfG, Urteil vom 26. April 2022 – 1 BvR 1619/17 –, Rn. 259).
- Hinzu kommt die erst recht zu weit geratene Befugnis zur automatisierten Datenübermittlung an die Bundeswehr in § 11b Abs. 3 BNDG-E.

Wie wir bereits in unserer Verfassungsbeschwerde in Bezug auf § 29 Abs. 5 Satz 2 BNDG dargelegt haben (vgl. S. 116 ff.), ist die Ermächtigung zur automatisierten Datenübermittlung an die Bundeswehr unverhältnismäßig weit gefasst. Im Vergleich zu § 29 Abs. 5 Satz 2 BNDG soll die Befugnis noch erweitert werden. Auch eine Relevanzprüfung durch den Bundesnachrichtendienst ist nicht vorgesehen.

Die Vorschrift verstärkt damit einen Überwachungsverbund zwischen Bundesnachrichtendienst und Bundeswehr, der das vom Bundesverfassungsgericht für die Rechtfertigung der strategischen Telekommunikationsüberwachung angeführte Argument, dass die Überwachung mangels operativer Befugnisse des Bundesnachrichtendienstes nicht unmittelbar zu schwerwiegenden Folgen für die Betroffenen führen kann (vgl. BVerfG, Urteil vom 19. Mai 2020 – 1 BvR 2835/17 –,

Rn. 165), konterkariert. Dabei ist die Bundeswehr aufgrund ihres Auftrags und ihrer Ausrüstung wie keine andere staatliche Stelle in der Lage und gegebenenfalls dazu berufen, in äußerst schwerwiegendem Ausmaß operativ in Grundrechte einzugreifen, und zwar gerade in die Grundrechte von Ausländerinnen und Ausländern im Ausland.

Wenn § 29 Abs. 5 Satz 2 BNDG gleichwohl – etwa aufgrund des nach außen gerichteten Verteidigungsauftrags der Bundeswehr und der (gesetzlich allerdings nirgends ausdrücklich geregelten) Aufgabe des Bundesnachrichtendienstes als auch militärischen Nachrichtendienst – überhaupt für rechtfertigungsfähig gehalten wird, so muss die automatisierte Datenübermittlung zumindest mit strengen Vorgaben für die Auswertung und Weiterverarbeitung der übermittelten Daten verknüpft werden. Diese Vorgaben erfüllt auch § 11b Abs. 3 BNDG-E nicht.

- Auch die Übermittlung an nicht öffentliche inländische Stellen nach § 11c BNDG-E enthält weiterhin keine hinreichende Eingriffsschwelle. Diese Kritik haben wir unserer Verfassungsbeschwerde schon in Bezug auf die Vorgängerregelung des § 29 Abs. 6 Satz 1 BNDG vorgebracht (S. 118). Insbesondere ist nicht erkennbar, inwieweit sich aus der gesetzlichen Voraussetzung („tatsächliche Anhaltspunkte dafür [...], dass die Übermittlung erforderlich ist“) sachliche Unterschiede zu der Vorgängerregelung des § 24 Abs. 2 Satz 1 BNDG a.F. i.V.m. § 19 Abs. 4 Satz 1 BVerfSchG ergeben sollen, die vom Bundesverfassungsgericht beanstandet wurde (BVerfG, Urteil vom 19. Mai 2020 – 1 BvR 2835/17 –, Rn. 313). Denn auch die Vorgängerregelung ließ (selbstverständlich) keine Datenübermittlung aufgrund bloßer Spekulation zu, sondern setzte gleichfalls tatsächliche Anhaltspunkte als Mindestmaß voraus. Insofern besteht unsere Kritik uneingeschränkt fort.
- Die Übermittlung an ausländische, über- und zwischenstaatliche Stellen hängt gemäß § 11e iVm §§ 9a Abs. 4, 9e Abs. 2, 3 BNDG-E nicht von einer positiven Rechtsstaatlichkeitsvergewisserung über den Umgang der ausländischen Stellen mit den ihnen übermittelten Daten ab, wie es das Bundesverfassungsgericht mehrfach gefordert hat (BVerfG, Urteil vom 19. Mai 2020 – 1 BvR 2835/17 –, Rn. 233 ff.; BVerfG, Urteil vom 26. April 2022 – 1 BvR 1619/17 –, Rn. 260 ff.). Diese Vergewisserung umfasst die Wahrung datenschutzrechtlicher Garantien und die Wahrung der Menschenrechte bei der Nutzung der Informationen. Sie ist in normenklaren Regelungen vorzusehen. Die Vorschrift des § 9e Abs. 2 BNDG-E genügt diesen Anforderungen nicht.

Diese Liste ist keineswegs erschöpfend. Wir behalten uns vor, in einem späteren Stadium des Gesetzgebungsverfahrens ausführlicher vorzutragen.

3 Verfassungsbeschwerde gegen das BNDG

RSF und GFF hatten 2017 mit anderen Partnern eine Verfassungsbeschwerde erhoben, die sich gegen die nach den Snowden-Enthüllungen eingeführten Rechtsgrundlagen für die strategische Auslandsüberwachung durch den Bundesnachrichtendienst richtete. Im Mai 2020 erklärte das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) das BND-Gesetz für verfassungswidrig, weil es gegen die Pressefreiheit (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG) und gegen das Fernmeldegeheimnis (Art. 10 Abs. 1) verstieß.² Daraufhin reformierte die Große Koalition das BND-Gesetz. Trotz unzähliger Hinweise von Sachverständigen im Gesetzgebungsverfahren kam ein Gesetz heraus, das etliche Maßgaben des Bundesverfassungsgerichts verletzt und jenseits dieser Maßgaben weitere verfassungswidrige Befugnisse einführt.

Deshalb haben wir uns dazu entschieden, gegen das aktuelle BND-Gesetz erneut eine Verfassungsbeschwerde in Karlsruhe zu erheben. Alle Hintergrundinformationen zum Verfahren und den Biografien der 20 Beschwerdeführenden sind online abrufbar.³

Das BND-Gesetz schadet investigativ arbeitenden Reporter*innen, weil es die Vertraulichkeit der Kommunikation zwischen Journalist*innen und ihren Quellen nicht umfassend schützt, weil es die schrankenlose Verarbeitung von Verkehrsdaten gestattet und weil es das gerichtsähnliche Kontrollgremium nicht konsequent in Einzelfall-Entscheidungen zur Überwachung von Journalist*innen einbezieht. Außerdem leiden Journalist*innen im EU-Ausland wie alle Menschen im EU-Ausland darunter, dass sie anders als Personen in Deutschland faktisch unter denselben (weiten) Voraussetzungen überwacht werden können wie Menschen im Nicht-EU-Ausland.

Daneben gibt es eine lange Reihe weiterer Kritikpunkte: Die „Beschränkung“ der Internetüberwachung auf 30 % des globalen Internetverkehrs; der fehlende Schutz vor Überwachung von in Deutschland lebenden Ausländer*innen, wenn sie sich kurzzeitig im Ausland aufhalten; der faktisch voraussetzungslose Einsatz von Staatstrojanern; und die massenhafte, anlasslose Überwachung der sog. Maschine-zu-Maschine-Kommunikation (Standortdaten, Daten zur Nutzung von Banking Apps, Videostreaming usw.) aller Menschen in Deutschland durch den Auslandsnachrichtendienst.

² BVerfG (2020): Urteil vom 19. Mai 2020, 1 BvR 2835/17, https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Downloads/DE/2020/05/rs20200519_1bvr283517.pdf (Zugriff am 21.08.2023).

³ Gesellschaft für Freiheitsrechte (2023): Reformiertes BND-Gesetz: Noch mehr Massenüberwachung statt verfassungskonforme Neuregelung, https://freiheitsrechte.org/themen/freiheit-im-digitalen/vb_bndg_2 (Zugriff am 21.08.2023).

Reporter ohne Grenzen (2023): Kritik am BND-Gesetz, <https://www.reporter-ohne-grenzen.de/themen/internetfreiheit/kritik-am-bnd-gesetz/> (Zugriff am 21.08.2023).

All das verletzt die Beschwerdeführer*innen in ihren Grundrechten. Einige der genannten Bestimmungen verletzen auch das Recht der Europäischen Union, weshalb wir eine Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) anstreben. Es gibt keinen Grund, warum das BVerfG oder gar der EuGH all diese Frage entscheiden müsste. Wir haben die Hoffnung, dass der Gesetzgeber der Ampel-Koalition die verfassungswidrigen Bestimmungen des BND-Gesetzes vor einem BVerfG-Urteil bzw. einer Vorlage an den EuGH ändert. Dass das im vorliegenden Entwurf nicht geschieht, ist eine vertane Chance.