

## **Stellungnahme**

### **zum Referentenentwurf des Kanzleramtes des Gesetzes über den Bundesnachrichtendienst**

Empfehlungen für eine grundrechtskonforme und die Pressefreiheit wahrende  
Neufassung des BND-Gesetzes

Berlin, Dezember 2020

Mit dieser Stellungnahme legt Reporter ohne Grenzen (RSF) Vorschläge für eine verfassungskonforme und die Pressefreiheit achtende Neufassung der gesetzlichen Grundlage der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung durch den Bundesnachrichtendienst vor.

Vor dem Hintergrund des von RSF gemeinsam mit sieben Medienschaffenden und Berufsheimnisträgern erstrittenen Urteils des Bundesverfassungsgerichts ist für uns von Interesse, inwiefern der Gesetzentwurf der nun gebotenen Stärkung journalistischer Schutzrechte gerecht wird. Hierzu blicken wir insbesondere auf die Vorgaben zum Schutz von Vertraulichkeitsbeziehungen, auf die gesetzliche Neuregelung von verdeckten Eingriffen in IT-Systeme, auf den Umgang mit Verkehrsdaten und die Zusammenarbeit mit anderen Nachrichtendiensten sowie die für journalistische Schutzrechte relevanten Anpassungen der Nachrichtendienstkontrolle.

## **Inhaltsverzeichnis**

1 Zusammenfassung.....	3
2 Empfehlungen im Überblick.....	4
3 Einleitung.....	5
4 Stellungnahme.....	6
4.1 Schutz von Vertraulichkeitsbeziehungen nach § 21.....	6
4.2 Weiteren Beschränkungen von Vertraulichkeitsbeziehungen.....	8
4.3 Fehlender Schutz bei der Erhebung von Verkehrsdaten nach § 26.....	11
4.4 Fehlender Schutz bei der Verarbeitung von unselektierten Verkehrsdaten im Rahmen von Kooperationen nach § 33.....	11
4.5 Legalisierung bisher unregelter Hacking-Befugnisse nach § 34, 35.....	12
4.6 Nachrichtendienstkontrolle.....	13

## 1 Zusammenfassung

Ziel der Verfassungsbeschwerde gegen das 2017 in Kraft getretene BND-Gesetz war eine mit Grund- und Menschenrechten konforme Ausgestaltung nachrichtendienstlicher Arbeit und deren Kontrolle. Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts im Mai 2020 bestätigte die Notwendigkeit der Überarbeitung der gesetzlichen Grundlage der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung des Bundesnachrichtendienstes. Auch die Überwachung von Ausländerinnen und Ausländern im Ausland sei an das Grundgesetz gebunden und müsse Pressefreiheit und Telekommunikationsgeheimnis achten, so urteilte Karlsruhe.

Die nun im Referentenentwurf vorgenommene grundsätzliche Anerkennung der Schutzwürdigkeit vertraulicher Kommunikation ausländischer Journalistinnen und Journalisten und anderer Berufsgeheimnisträger mit Dritten ist ein wichtiger Schritt in die richtige Richtung. Pressefreiheit im digitalen Zeitalter setzt voraus, dass journalistische Schutzrechte den technischen Möglichkeiten nachrichtendienstlicher und sonstiger staatlicher Überwachung entsprechend gestärkt werden. Indem der Entwurf den Schutz von Vertraulichkeitsbeziehungen ausländischer Personen im Ausland formalisiert, sendet er ein Signal über die deutsche Gesetzgebung hinaus für künftige Entwicklungen im Bereich des Schutzes vor Überwachung und des Umgangs mit international verarbeiteten Daten. Im besten Falle könnte sich dies auch positiv auf die Achtung der Rechte deutscher Staatsbürgerinnen und –bürger und Berufsgeheimnisträger auswirken, deren Daten unweigerlich durch nichtdeutsche Geheimdienste ausgewertet werden.

Betrachtet man den Gesetzentwurf jedoch im Ganzen ergibt sich ein ernüchterndes Bild: Nicht das demokratische Einhegen der massenhaften Überwachung digitaler Kommunikation steht im Vordergrund, sondern die Legalisierung der weitest möglichen Fortsetzung der Praxis. Dem höchstrichterlichen Auftrag, berechnete Sicherheitsinteressen und die Pressefreiheit in ein demokratisches Verhältnis zu setzen, wird dieser Gesetzentwurf nicht gerecht. Zunächst formal anerkannte Schutzrechte werden durch weitreichende Einschränkungen, nicht oder kaum kontrollierte behördeneigene Ermessensspielräume und die Legitimierung weitreichender und eingriffsintensiver Befugnisse sogleich untergraben. Insbesondere das Festhalten an der uneingeschränkten Erhebung von Verkehrsdaten, also beispielsweise den Verbindungsdaten von Journalistinnen und Journalisten untereinander oder mit ihren Quellen, setzt ein fatales Zeichen. Die damit fortgesetzte Relativierung bis hin zur Aushöhlung journalistischer Schutzrechte gefährdet das Vertrauen von Informantinnen und Informanten weltweit und beschädigt anderweitige Bemühungen zur Stärkung der Pressefreiheit.

Reporter ohne Grenzen empfiehlt daher dringend, dem Schutz vertraulicher Kommunikation gesteigerte Priorität innerhalb des Entwurfs einzuräumen und Eingriffe in journalistische Schutzrechte klarer zu begrenzen. Neben klar umrissenen Vorgaben für im Einzelfall zu rechtfertigende Eingriffe in Vertraulichkeitsbeziehungen, sind es insbesondere die Kontrollmöglichkeiten, die eine grundrechtskonforme Praxis der Fernmeldeaufklärung absichern. Es müssen daher effektive Kontrollmechanismen von der Einordnung etwaiger Vertraulichkeitsbeziehungen über nachfolgende Abwägungsentscheidungen in Bezug auf die Überwachung von Medienschaffenden bis hin zum rechtmäßigen Umgang mit den erhobenen Daten geschaffen werden.

## 2 RSF-Empfehlungen zur Überarbeitung des Gesetzentwurfs im Überblick

1. Der Schutz von Vertraulichkeitsbeziehungen muss **sämtliche damit verbundenen Informationen und Daten inkl. der Verkehrsdaten einschließen** und darf sich nicht auf ein Verbot der gezielten Erhebung „personenbezogener Daten“ beschränken.
2. Die **Gefahren** nach § 21 Absatz 2, die einen Eingriff in journalistische Schutzrechte im Einzelfall rechtfertigen, müssen **klar umrissen** und auf tatsächlich staatsgefährdende Sachverhalte **eingeschränkt werden**.
3. Die **Einordnung** von Vertraulichkeitsbeziehungen durch den BND muss **Dokumentationspflichten** und der Aufsicht der **vorherigen, unabhängigen Kontrolle unterliegen**.
4. **Abwägungsentscheidungen** zwischen Sicherheitsinteressen und dem Schutz von Vertraulichkeitsbeziehungen müssen einer effektiven **Ende-zu-Ende-Kontrolle** unterliegen. Informierte Abwägungsentscheidungen des Kontrollrats über die Anordnung von Maßnahmen setzen den Zugang zu allen relevanten Daten, also insbesondere auch den Suchbegriffen, nach denen die Datenerhebung gesteuert wird, voraus.
5. Die im Entwurf enthaltenen **weitreichenden Befugnisse** insbesondere zum verdeckten Eingriff in IT-Systeme und zur Sammlung, Verwertung und Weitergabe von Verkehrsdaten widersprechen der gebotenen Stärkung journalistischer Schutzrechte. Die Achtung eben dieser in der operativen Praxis setzt mindestens grundsätzliche **Verwertungsverbote**, geeignete **Filterverfahren** und **gestärkte administrative Kontrollmechanismen** zur Sicherung des Quellenschutzes voraus.
6. Zur Sicherung ausgewogener Abwägungsentscheidungen des unabhängigen Kontrollrats sollte ein **kontradiktorisches Verfahren** eingeführt werden. Mindestens aber sollte der Kontrollrat um relevante **Fachexpertise zu Rechtsstaatlichkeit und Pressefreiheit** ergänzt werden.
7. Ein vollumfänglicher, **kontinuierlicher Datenzugriff und angemessene Beanstandungsrechte** sollten eine insgesamt gestärkte **administrative Kontrolle** anders als in der derzeit vorgesehenen „Beobachterrolle“ in die Position versetzen, dem Ausmaß moderner datenbasierter Fernmeldeaufklärung gerecht zu werden und deren effektive Kontrolle zu garantieren.

### 3 Einleitung

Sieben Jahre nach den Snowden-Enthüllungen und dem Beginn einer intensiven öffentlichen Debatte über die weltweite Massenüberwachung durch die NSA und ihre internationalen Partner besteht das Ungleichgewicht zwischen den Eingriffsmöglichkeiten der Nachrichtendienste und dem Schutz von Grund- und Menschenrechten weiterhin fort. Auf internationaler Ebene beobachtet Reporter ohne Grenzen als Pressefreiheits- und Menschenrechtsorganisation die strukturelle Schwächung der Rechte von Medienschaffenden durch staatliche Überwachungsbefugnisse, die mit der Digitalisierung aller Lebensbereiche an Tragweite zunehmen. Besonders schwer wiegen diese Eingriffe in Staaten, die Überwachung gezielt dazu einsetzen, persönliche Freiheiten und Arbeitsmöglichkeiten einzuschränken und kritische Stimmen zum Verstummen zu bringen. Doch auch demokratische Staaten höhlen das Menschenrecht auf Pressefreiheit weiterhin durch unzureichend begrenzte Eingriffe in den globalen Internetverkehr und die vertrauliche Kommunikation von Medienschaffenden aus.

In Deutschland lösten die NSA-Enthüllungen eine besonders ernsthafte Auseinandersetzung mit der Rolle der hiesigen Nachrichtendienste aus. Deren politisches Ergebnis, das 2017 in Kraft getretene BND-Gesetz, fiel aus Sicht der Pressefreiheit jedoch enttäuschend aus<sup>1</sup>. Zivilgesellschaftliche Kritik an der Fortschreibung nahezu schrankenloser Überwachung ausländischer Berufsgeheimnisträgerinnen und -träger und die Bedenken dreier UN-Sonderberichterstatter wurden nicht gehört. Auch verfassungsrechtliche Zweifel wurden ignoriert. Daher reichte die internationale Organisation Reporters sans frontières (RSF) im Jahr 2018 gemeinsam mit sieben Berufsgeheimnisträgerinnen und -trägern und der Unterstützung weiterer zivilgesellschaftlicher Organisationen Verfassungsbeschwerde gegen das BND-Gesetz ein.

Im Mai 2020 erklärte das Bundesverfassungsgericht die strategische Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung in ihrer derzeitigen Ausgestaltung für verfassungswidrig und wies die Bundesregierung an, klar umrissene Vorgaben zum Schutz von Vertraulichkeitsbeziehungen zu schaffen. Das Gericht betonte dabei sowohl die notwendige Achtung von Pressefreiheit und Telekommunikationsgeheimnis als im Kontext der Berührung mit deutschen Behörden über Staatsgrenzen und –angehörigkeiten gültige Grundrechte als auch die menschenrechtliche Dimension, die das Urteil in mehreren Verweisen auf die Kritiken und Empfehlungen des ehemaligen UN-Sonderberichterstatters für Meinungsfreiheit<sup>2</sup>, David Kaye, würdigt. Diesem Anspruch wird der nun vorgelegte Gesetzentwurf nicht gerecht. Zwar formalisiert der Entwurf besondere Schutzrechte in Bezug auf die Kommunikation von Journalistinnen und Journalisten und anderen Berufsgeheimnisträgern zu Dritten, zugleich höhlt er diese jedoch durch weitreichende Einschränkungen, unkontrollierte

---

<sup>1</sup> Reporter ohne Grenzen 2016. Stellungnahme: Wahrung der Meinungs- und Pressefreiheit durch eine grundrechtskonforme Fassung des BND-Gesetzes. [https://www.reporter-ohne-grenzen.de/fileadmin/Redaktion/Downloads/Berichte/2016/160804\\_ROG\\_Stellungnahme\\_zum\\_BND-Gesetzentwurf.pdf](https://www.reporter-ohne-grenzen.de/fileadmin/Redaktion/Downloads/Berichte/2016/160804_ROG_Stellungnahme_zum_BND-Gesetzentwurf.pdf)

<sup>2</sup> United Nations Office of the High Commissioner for Human Rights, Brief der Sonderberichterstatter vom 29. August 2016, OL DEU 2/2016. <https://spcommreports.ohchr.org/TMResultsBase/DownloadPublicCommunicationFile?gld=3316>

Ermessensspielräume (Abschnitt 4.2) und die gesetzliche Neuregelung weiterer Befugnisse zum Eingriff in fremde IT-Systeme (Abschnitt 4.5) erneut aus. Würde dieser Gesetzentwurf Grundlage der künftigen Arbeit des BND, blieben Medienschaffende einem nicht hinnehmbaren Risiko ausgesetzt, allein aufgrund ihrer Recherchen zum Ziel staatlicher Überwachung zu werden. Der Quellenschutz würde beschädigt, die Kontrollfunktion der Medien geschwächt.

Reporter ohne Grenzen mahnt daher dringend zur Überarbeitung des Gesetzentwurfs. Eine die Pressefreiheit wahrende Ausgestaltung des BND-Gesetzes ist möglich, ohne die Handlungsfähigkeit des Nachrichtendienstes unverhältnismäßig zu beschränken. Es ist die Aufgabe der Bundesregierung, klare Vorgaben zu schaffen, die Sicherheitsinteressen und Grund- und Menschenrechte in Einklang bringen. Reporter ohne Grenzen möchte dazu mit konstruktiven Vorschlägen beitragen.

## **4 Stellungnahme im Einzelnen**

### **4.1 Zum Schutz von Vertraulichkeitsbeziehungen (§ 21)**

Der nun vorliegende Gesetzentwurf erkennt die grundsätzliche Notwendigkeit besonderer Hürden zur Überwachung von Vertraulichkeitsbeziehungen von Journalisten, Rechtsanwälten und Geistlichen zu Dritten in Anlehnung an § 53 der Strafprozessordnung an, schafft aber zugleich erhebliche Spielräume zur Fortsetzung der bestehenden Praxis.

Zunächst besteht Nachbesserungsbedarf in Bezug auf den tatsächlichen Schutz sämtlicher dem Redaktionsgeheimnis und dem Quellenschutz unterstehenden Daten. Während § 2 Abs. 1 unverändert die Verarbeitung von „erforderlichen Informationen einschließlich personenbezogener Daten“ vorsieht, geht der Referentenentwurf im Weiteren offensichtlich davon aus, dass es „mangels Grundrechtsrelevanz“ (Begründung zu Art. 1 § 19 Abs. 1, S. 57) insbesondere für die technische Aufklärung keiner weiteren Regelung für Daten ohne Personenbezug bedürfe. Dementsprechend sind auch die Regelungen zum Schutz von Vertraulichkeitsbeziehungen (§ 21 Abs. 1 Ref-E) auf personenbezogene Daten begrenzt. Dem liegt offenbar die Vorstellung zugrunde, dass nur personenbezogene Daten Grundrechtsrelevanz hätten. Konkret ist damit wohl das in Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 GG verankerte allgemeine Persönlichkeitsrecht in seiner Ausprägung als Recht auf informationelle Selbstbestimmung gemeint. Dies verkennt allerdings, dass Art. 5 Abs. 1 GG umfassend die journalistische Tätigkeit „von der Beschaffung der Information bis zur Verbreitung“ schützt<sup>3</sup> und damit gerade nicht nur das Persönlichkeitsrecht von Medienschaffenden schützt, sondern allgemein das „Institut der freien Presse“. Insofern sind „reine Sachdaten“ genauso von Art. 5 Abs. 1 GG geschützt wie Daten, die einen Personenbezug aufweisen. Dies ist insbesondere deshalb von Bedeutung, weil digitale Anonymisierungswerkzeuge (anonyme Briefkästen, Tor-Netzwerk) in der internationalen journalistischen Arbeit, insbesondere bei Investigativrecherchen in Medienverbänden eine zentrale Rolle spielen. Anonymisierung und die zunehmende Rolle der Automatisierung im Journalismus wie in anderen Lebensbereichen dürfen keinen Anlass zur Aushöhlung der

---

<sup>3</sup> BVerfGE 20, 162 [176] „Spiegel“

Pressefreiheit geben. Vor allem wird ein Eingriff in Art. 5 Abs. 1 GG auch nicht dadurch geheilt, dass vertrauliche Informationen vom BND in anonymisierter Form verarbeitet oder an anderen Stellen weitergegeben werden. Auch das Bundesverfassungsgericht geht in seiner Entscheidung vom 19.05.2020 von einem umfassenden Schutz aus.

Ein auf personenbezogene Daten eingeschränkter Schutz wäre auch deshalb problematisch, weil nicht sichergestellt werden kann, dass auf den ersten Blick „reine Sachdaten“ in Kombination mit anderen Erkenntnissen des BND oder anderen Stellen doch zu einer Identifizierbarkeit führen können, was de facto zu einer bedenklichen Aushöhlung des Quellenschutzes führt. Zu Recht geht aber das Bundesverfassungsgericht davon aus, dass die Medien auf Informanten angewiesen sind und dass diese sich nur dann an die Medien wenden, wenn sie sich darauf verlassen können, dass das Redaktionsgeheimnis gewahrt bleibt. Daher ist auch das Vertrauensverhältnis zwischen Medienschaffenden und ihren Quellen durch die Pressefreiheit geschützt.

Auch die in Satz 1 zu findende Formulierung, die „gezielte Erhebung von personenbezogenen Daten zum Zweck der Erlangung von Daten aus einer Vertraulichkeitsbeziehung“ sei „grundsätzlich unzulässig“, scheint darauf abzielen, den Rahmen möglicher Eingriffe in Vertraulichkeitsbeziehungen zu erweitern. Nicht die Intention des Eingriffs ist entscheidend, sondern die Anerkennung der Schutzwürdigkeit jeglicher Vertraulichkeitsbeziehungen. Sollte ein Suchbegriff also auch dazu dienen, in erheblichem Maße Daten aus Vertraulichkeitsbeziehungen zu ermitteln, muss dessen Verwendung ebenso ausgeschlossen werden. Die Erhebung von Daten aus Vertraulichkeitsbeziehungen muss ebenso verhindert werden, wenn diese lediglich als „Beifang“ einer auf andere Erkenntnisse ausgerichteten Aufklärungsmaßnahme eintritt. Dies unterstreicht die dringende Notwendigkeit der Kenntnis des Kontrollrats der Aufklärungsmaßnahmen zugrundeliegenden Suchbegriffe, die bisher gemäß § 23 Ref-E nicht gegeben ist.

Des Weiteren führt § 21 Abs. 2 Ref-E zu einer erheblichen Relativierung des Schutzes journalistischer Vertraulichkeitsbeziehungen und muss daher weiter eingegrenzt und klarer gefasst werden. Das Gleiche gilt für die Parallelnormen, wie § 29 Abs. 8 oder § 35 Abs. 2 Ref-E. Nach § 21 Abs. 2 Ref-E soll der Schutz bereits dann entfallen und eine Datenerhebung zulässig sein, wenn „tatsächliche Anhaltspunkte“ für eine Täterschaft oder Teilnahme an bestimmten Straftaten vorliegen. Der Referentenentwurf orientiert sich damit augenscheinlich an der aus der StPO entnommenen Terminologie für den Anfangsverdacht nach § 152 Abs. 2 StPO. Das Bundesverfassungsgericht hat in der Cicero-Entscheidung in Bezug auf die Durchsuchung von Redaktionsräumen und damit zusammenhängenden Beschlagnahmen festgestellt, dass die Vorschriften der StPO im Bereich der Presse insoweit grundrechtsfreundlich auszulegen sind und es insoweit „spezifischer [!] tatsächlicher Anhaltspunkte“ im Hinblick auf den Verdachtsgrad bedürfe<sup>4</sup>. So kann es beispielsweise nicht sein, dass Medienschaffende den Vertraulichkeitsschutz allein deshalb verlieren, weil sie im Kontakt mit Personen stehen, die ihrerseits tatverdächtig sind. Solche Kontaktaufnahmen kommen gerade bei investigativ tätigen Journalisten regelmäßig vor, ohne dass hieraus ein Verdacht für eine Beteiligung resultieren darf. Journalistinnen und Journalisten können zu einer solchen Kontaktaufnahme unter Beachtung ihrer journalistischen Sorgfaltspflicht im Bereich der Verdachtsberichterstattung sogar verpflichtet sein. Hinzu kommt, dass auch

---

<sup>4</sup> BVerfGE 117, 244 [266] „Cicero“

verdeckte Recherchemethoden, insbesondere wenn Medienschaffende im Bereich der Straftaten gem. § 100b Abs. 2 StPO recherchieren, notwendig sein können und von Art. 5 Abs. 1 GG auch geschützt sind. Berücksichtigt man zusätzlich, dass nach § 59 Abs. 1 Ref-E – anders als bei der Online-Durchsuchung (vgl. § 101 StPO) – keine nachträgliche Information ausländischer Journalisten vorgesehen ist und damit auch eine nachträgliche Kontrolle durch den Betroffenen de facto ausgeschlossen ist, ist ein derart offener Rechtsbegriff zu unbestimmt und macht die Tür auf für erhebliche Eingriffe in die Recherchefreiheit. Je schwächer die verfahrensmäßige Absicherung der Rechte von Betroffenen ausgestaltet ist, desto höhere Anforderungen sind an die Bestimmtheit der Eingriffsnormen zu stellen. Hierauf hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung vom 19.05.2020 explizit hingewiesen<sup>5</sup>.

Zu begrüßen ist, dass § 21 Abs. 2 Nr. 1 in Verbindung mit § 29 Abs. 3 Ref-E für mehr Rechtsklarheit sorgt, insofern er den Kreis in Frage kommender Straftaten einschränkt. Nicht verständlich ist dagegen, warum § 29 Abs. 3 Ref-E lediglich auf den Katalog in § 100b Abs. 2 StPO, nicht jedoch auf die sonstigen in § 100b Abs. 1 StPO genannten Voraussetzungen verweist. Es ist nicht einsichtig, warum eine Online-Durchsuchung von Medienschaffenden im Bereich der StPO – zu Recht – nicht zulässig ist, wenn die Verdachtstat im Einzelfall nicht schwerwiegend ist oder der Sachverhalt auf andere Weise ebenso ermittelt werden kann. Beide Voraussetzungen sind Konkretisierungen des Verhältnismäßigkeitsprinzips, das in der nachrichtendienstlichen Ermittlung gleichermaßen Anwendung finden muss.

Ähnlichen Bedenken im Hinblick auf die vom Bundesverfassungsgericht angemahnte Normenklarheit und Bestimmtheit begegnen die Begriffe „lebenswichtige Güter der Allgemeinheit“ sowie „Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes oder die Sicherheit eines Mitgliedstaates der Europäischen Union, der Europäischen Freihandelsassoziation oder des Nordatlantikvertrages“ in § 21 Abs. 2 Nr. 2 Ref-E. Zwar ist die gegenüber dem ersten Entwurf vorgenommene Einschränkung der Gefahrenlagen, die den Eingriff in Vertraulichkeitsbeziehungen im Einzelfall rechtfertigen, zu begrüßen, die zuvor genannten Begrifflichkeiten schaffen jedoch auch weiterhin keine klare Trennlinie. Umso entscheidender ist daher auch an dieser Stelle die Befähigung des Kontrollrats zu einer informierten Abwägung zwischen den Schutzrechten der Betroffenen und dem zu erwartenden Mehrwert der Informationsgewinnung in Bezug auf die erwähnten Güter. Hierzu gehört zwingend auch die Kenntnis der Suchbegriffe, die die gezielte Datenerhebung anleiten und ermöglichen.

#### **4.2 Zu weiteren Beschränkungen von Vertraulichkeitsbeziehungen**

Auf die zentrale Frage, wem künftig journalistische Schutzrechte zugestanden werden, schafft der Gesetzentwurf keine eindeutigen Antworten. Dem derzeitigen Gesetzentwurf zufolge obliegt die Entscheidung, welche Kommunikation als Teil einer Vertraulichkeitsbeziehung eingestuft wird, einzig den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern des BND. Der neugeschaffene Kontrollrat soll gemäß § 42 einzig bewerten, inwiefern der BND rechtmäßig im Interesse der Gefahrenfrüherkennung in Vertraulichkeitsbeziehungen

---

<sup>5</sup> BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 19. Mai 2020 - 1 BvR 2835/17 -, Rn. 137.  
[http://www.bverfg.de/e/rs20200519\\_1bvr283517.html](http://www.bverfg.de/e/rs20200519_1bvr283517.html)



eingreifen darf. Dies setzt jedoch voraus, dass betroffene Vertraulichkeitsbeziehungen vorab entsprechend den in einer nichtöffentlichen Dienstvorschrift niedergelegten Kriterien identifiziert und als solche eingestuft werden. Eine Dokumentationspflicht dieser Einordnung besteht bisher nicht. Damit setzt der Entwurf eben jene Praxis der Regelung essenzieller Vorgaben und Befugnisse im Geheimen fort, die das Bundesverfassungsgericht explizit in seinem Urteil kritisiert hat.<sup>6</sup> Auch die nur „stichprobenmäßige“ administrative Kontrolle der praktischen Anwendung sämtlicher Normen kann den Schutzansprüchen von Medienschaffenden nicht gerecht werden.

In der Gesetzesbegründung findet sich eine konkrete Aussage, wem der Schutz der Vertraulichkeitsbeziehung explizit verweigert werden soll: In Anlehnung an das Urteil des Bundesverfassungsgerichts, das eine Beschränkung auf Personen ermöglicht, deren Tätigkeiten „durch Freiheit und Unabhängigkeit gekennzeichnet sind“<sup>7</sup>, führt der Begründungstext des Gesetzentwurfs aus, dass in jedem Fall als „Journalisten getarnten Vertreterinnen oder Vertreter fremder Nachrichtendienste oder Personen, die mediale Propaganda für journalistisch und extremistische Gruppierungen betreiben“ (S. 73) keinen Schutz genießen. Die Formulierung stellt eine Verbesserung gegenüber dem ersten Referentenentwurf dar, der sich noch auf den politisch höchst umkämpften und variabel auslegbaren Begriff der „Fake News“ bezog. Die Grundproblematik bleibt jedoch bestehen: Allein der BND soll abseits einer der Tragweite der Entscheidung angemessenen unabhängigen Kontrolle über die politische Legitimität und Intention journalistischer Berichte richten. Ein solche Praxis wäre verfassungswidrig. Staatlichen Stellen ist es nicht gestattet, bei der Auslegung des Begriffs „Journalist“ auf inhaltliche Kriterien zurückzugreifen. Kern der Medienfreiheiten des Art. 5 GG ist gerade, dass der Staat bei allen Maßnahmen strikt dem Prinzip der Inhaltsneutralität unterworfen ist und jegliche Differenzierung anhand des Inhalts einer Publikation unzulässig ist. Eine Grenze ist erst dort erreicht, wo Journalistinnen und Journalisten allgemeine Gesetze verletzen. Durch den ausdrücklichen Verweis auf die Katalogtaten in § 100 b StPO ist zudem sichergestellt, dass in dieser Weise strafrechtlich relevant agierende Medienschaffenden vom Schutz ohnehin ausgenommen sind.

Im Gegensatz zu Geistlichen und Rechtsanwälten ist der Begriff „Journalist“ nicht eindeutig an institutionelle Zugehörigkeiten oder eine staatliche Zulassung gebunden. Der digitale Wandel und damit einhergehende neue Formen des Publizierens abseits institutioneller Medien haben größere Medienvielfalt geschaffen, erschweren zugleich aber auch die Abgrenzung des Begriffs. In vielen Staaten, in denen der BND agiert, sind es vor allem Personen, denen autokratische Regierungen die Möglichkeit zur Ausübung des Berufs zu verweigern suchen, die ein Mindestmaß an unabhängiger Berichterstattung garantieren. Diese in ihren Heimatstaaten oft gefährdeten Personen, so beispielsweise die Bürgerjournalistinnen und -journalisten der Gruppe *Raqqa is being slaughtered silently*, die heimlich die Grauen der IS-Herrschaft in Syrien dokumentierten, sind essenziell auf den Schutz ihrer Anonymität und den ihrer Kontakte angewiesen. Die Nichtachtung ihrer Schutzrechte aufgrund einer zu engen Auslegungen des Begriffs „Journalist“ hätte potenziell katastrophale Folgen für ihre persönliche Sicherheit. Dies gilt ebenso für Personen

---

<sup>6</sup> BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 19. Mai 2020 - 1 BvR 2835/17 -, Rn. 137-139.  
[http://www.bverfg.de/e/rs20200519\\_1bvr283517.html](http://www.bverfg.de/e/rs20200519_1bvr283517.html)

<sup>7</sup> BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 19. Mai 2020 - 1 BvR 2835/17 -, Rn. 196.  
[http://www.bverfg.de/e/rs20200519\\_1bvr283517.html](http://www.bverfg.de/e/rs20200519_1bvr283517.html)

außerhalb von Kriegs- und Krisengebieten, so zum Beispiel für die renommierte aserbaidische Journalistin und Klägerin in der Verfassungsbeschwerde gegen das BND-Gesetz, Khadija Ismajilowa, die aufgrund ihrer Recherchen zu Themen wie Korruption immer wieder staatlichen Repressalien wie Berufs- oder Reiseverboten ausgesetzt ist. In Belarus entzieht Alexander Lukaschenkos Regierung angesichts anhaltender Proteste massenhaft Akkreditierungen, der reichenweitenstärksten Nachrichtenseite *Tut.by* wurde der Medienstatus abgesprochen<sup>8</sup>. Dieser politisch motivierte Entzug der Rechte von Medienschaffenden darf keinesfalls zu einer weiteren Aufweichung oder Aufhebung von Rechten durch ausländische Behörden führen.

Reporter ohne Grenzen setzt sich vor diesem Hintergrund mit Nachdruck für eine auf die gesellschaftliche Funktion und auf den *Entstehungsprozess* vertrauenswürdigen Journalismus bezogene Abgrenzung des Begriffs ein<sup>9</sup>. Nicht die Bewertung journalistischer Beiträge oder die Bindung einer Person an ein Medium darf die Grundlage der Zuerkennung journalistischer Schutzrechte bilden. Stattdessen sollte die Einhaltung journalistischer Standards, wie sie beispielsweise das EU-geförderte Pilotprojekt der „Journalism Trust Initiative“<sup>10</sup> in einem unter Aufsicht des Europäischen Komitees für Normung erarbeiteten CEN Workshop Agreement dargelegt, im Vordergrund der Entscheidung stehen, wem journalistische Schutzrechte zugesprochen werden. Das Dokument schafft objektive Kriterien vertrauenswürdiger Medienarbeit, die sowohl auf große Medien wie auch die Arbeit von Einzelpersonen anwendbar sind. Ursprünglich mit dem Ziel vor Augen entwickelt, gute journalistische Quellen stärker gegenüber zunehmender Desinformation auf Online-Plattformen abzusetzen und zu fördern, gibt der Standard auch Anhaltspunkte in Bezug auf die Herausforderung des BND, Journalistinnen und Journalisten bzw. deren Kommunikation auf operativer Ebene zu identifizieren und entsprechend vor Überwachung zu schützen. Mittelfristig könnte die breite Anwendung eines solchen maschinenlesbaren Standards auch das automatisierte Ausfiltern von Daten aus Vertraulichkeitsbeziehungen unterstützen und verbessern.

Im Interesse von Transparenz und Rechtsklarheit muss das neugefasste BND-Gesetz klarstellen, dass sämtliche Vertraulichkeitsbeziehungen, die sich aus vertrauenswürdigen journalistischen *Arbeitsprozessen* ergeben, zu schützen sind. Eben aufgrund möglicher Abgrenzungsschwierigkeiten muss das Gesetz Dokumentationspflichten bezüglich der Prüfung möglicher Vertraulichkeitsbeziehungen vorsehen, aufgrund derer der Kontrollrat diesbezügliche Einordnungen des BND unabhängig prüfen kann, bevor in mögliche Vertraulichkeitsbeziehungen eingegriffen wird.

---

<sup>8</sup> Reporter ohne Grenzen 2020. Kritik an Lukaschenkos Medienpolitik. <https://www.reporter-ohne-grenzen.de/belarus/alle-meldungen/meldung/kritik-an-lukaschenkos-medienpolitik>

<sup>9</sup> Reporter ohne Grenzen 2020. Nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts: Empfehlungen für ein grundrechtskonformes BND-Gesetz. [https://reporter-ohne-grenzen.de/fileadmin/Redaktion/News/Downloads/RSF\\_Empfehlungen\\_Neufassung\\_BND-Gesetz\\_Juli2020.pdf](https://reporter-ohne-grenzen.de/fileadmin/Redaktion/News/Downloads/RSF_Empfehlungen_Neufassung_BND-Gesetz_Juli2020.pdf)

<sup>10</sup> Reporter ohne Grenzen 2019. Journalism Trust Initiative: Standard für Journalismus vorgelegt. <https://www.reporter-ohne-grenzen.de/pressemitteilungen/meldung/standard-fuer-journalismus-vorgelegt/>

#### **4.3 Fehlender Schutz bei der Erhebung von Verkehrsdaten nach § 26**

Grundsätzlich fehlen im Entwurf angemessene Schutzmaßnahmen in Bezug auf die Erhebung und Verarbeitung von Verkehrsdaten. § 26 Ref-E enthält keinerlei Verweis auf eine Einschränkung der Datenerhebung zum Schutz von Vertraulichkeitsbeziehungen entsprechend den Vorgaben des § 21 Ref-E. Allein aus der Auswertung von Kontaktadressen und -nummern und anderen Verkehrsdaten, die ebenso wie die Inhalte einer Kommunikation dem Schutz des Fernmeldegeheimnisses unterstehen, lassen sich besonders im Fall von Journalistinnen und Journalisten umfangreiche Erkenntnisse über deren Vertraulichkeitsbeziehungen zu Informantinnen und Informanten gewinnen. Doch auch E-Mail-Betreffzeilen, die noch deutlich weitreichendere Erkenntnisse über die Inhalte einer Kommunikation zulassen und damit in den Kernbereich von Vertraulichkeitsbeziehungen fallen, gehören technisch zu den Metadaten einer Email und lassen sich nicht verschlüsseln. Ein effektiver digitaler Quellenschutz setzt ein Auswertungsverbot von Verkehrsdaten mit Bezug zu schutzwürdigen Personen voraus.

Soweit wie möglich müssen Medienschaffenden zuzuordnende Verkehrsdaten (darunter solche, die der BND im Rahmen vorheriger Aufklärungsmaßnahmen identifiziert hat (vgl. § 32 Abs. 5 Ref-E)) automatisiert herausgefiltert und gelöscht werden. Mindestens aber sollten Daten aus Vertraulichkeitsbeziehungen demselben Unkenntlichmachungsprozess („Hashing“) unterzogen werden, wie es der Gesetzentwurf für deutsche Staatsangehörige, inländische juristische Personen und ausländische Personen im Inland vorsieht. Um den verfassungsrechtlich gebotenen Quellenschutz zu gewährleisten, reicht es jedoch nicht nur die Verkehrsdaten der primär geschützten Person unkenntlich zu machen, nicht aber die des Gesprächspartners (vgl. Begründung zu § 26 Abs. 3 Ref-E, S. 85). Andernfalls ergäbe sich durch die mögliche Rückkoppelung von Verbindungsdaten der Kontaktpersonen Medienschaffender an gezielte Datenerhebungsmaßnahmen mittels Suchbegriffen eine Schutzlücke, die die Vorgaben des § 21 annullieren würde. Auch jegliche Form der Kategorisierung gehashter Daten muss ausgeschlossen werden. Die Einhaltung entsprechender Vorgaben und die Funktionalität der Filterverfahren muss in regelmäßigen Abständen durch die administrative Kontrolle überprüft werden können.

#### **4.4 Fehlender Schutz bei der Verarbeitung von unselektierten Verkehrsdaten im Rahmen von Kooperationen nach § 33**

An die zuvor genannten Problematiken schließt sich in § 33 die „automatisierte Übermittlung von unselektierten personenbezogenen Verkehrsdaten“ im Rahmen von Kooperationen mit anderen Nachrichtendiensten an. Der Entwurf sieht hier äußerst weitreichende Befugnisse zur Nutzung und Weitergabe von massenhaft gesammelten, ungefilterten und personenbezogenen Verkehrsdaten vor, so dies unter anderem der „Aufklärung staatlich gesteuerter, auf Destabilisierung angelegter Desinformationskampagnen“ dient. In einem vorigen Abschnitt wurde bereits erläutert, warum unscharfe Begrifflichkeiten wie „Fake News“ (erster Entwurf, nunmehr „mediale Propaganda“) der Pressefreiheit enormen Schaden zufügen können. Allzu oft liefern sie bereits in zahlreichen Staaten ein Einfallstor für die Beschränkung von Meinungs- und Pressefreiheit unter dem Vorwand schädlicher Einflussnahme auf die öffentliche Meinung. Vor diesem Hintergrund der besonderen

Tragweite entsprechender Ermessensentscheidungen muss der Nachrichtendienstkontrolle eine engmaschig begleitende Rolle zukommen.

Höchst fragwürdig scheint die Befugnis der ungefilterten Weitergabe von Verkehrsdaten, auch, aber nicht allein, im Kontext dieses Tätigkeitsfeldes des BND. Diese Daten bilden eine Grundlage für umfangreiche Erkenntnisse über Kontakte, Bewegungsprofile sowie den inhaltlichen Fokus der Internetaktivitäten einer Person. Werden diese Daten ungefiltert mit anderen Nachrichtendiensten geteilt, kann nicht ausgeschlossen werden, dass diese eben solche Profile über Medienschaffende und ihre Quellen anlegen, auch wenn diese keine Verbindung zum eigentlichen Aufklärungsbedarf aufzeigen. Der rechtmäßige Umgang anderer Nachrichtendienste entzieht sich jeglicher demokratischen Kontrolle deutscher Instanzen, daher muss die nachträgliche Nutzung vom BND gesammelter Daten zur Ausforschung von Vertraulichkeitsbeziehungen durch andere Dienste im Vorhinein ausgeschlossen werden. Allgemeine Rechtsstaatlichkeitsversicherungen reichen an dieser Stelle nicht aus, um eine Aushöhlung des Quellenschutzes auszuschließen.

#### **4.5 Zur Legalisierung bisher un geregelter Hacking-Befugnisse nach §§ 34, 35**

Erschwerend kommt hinzu, dass der Entwurf bisher gesetzlich un geregelte Hacking-Methoden des BND festschreiben soll. Der Nachrichtendienst soll bereits seit einigen Jahren über die Möglichkeit verfügen, in ausländische IT-Systeme und Server einzudringen<sup>11</sup>, digitale Kommunikation mitzulesen und gespeicherte Daten abzugreifen. Das Gesetz soll diese eingriffsintensive Praxis nun legitimieren und nimmt dabei auch Medienschaffende von „individuellen Aufklärungsmaßnahmen“ dieser Art nicht aus, insofern die Daten zur Gefahrenfrüherkennung gemäß den zuvor besprochenen, nicht ausreichend umgrenzten Voraussetzungen analog zu § 21 Abs. 2 beitragen.

Bereits im Kontext der Änderung des Verfassungsschutzrechts hat sich gezeigt, dass die Praxis staatlichen Hackings hoch umstritten ist. An dieser Stelle sei auf die Stellungnahme<sup>12</sup> von Reporter ohne Grenzen zum Referentenentwurf eines Gesetzentwurfs zur Anpassung des Verfassungsschutzrechts verwiesen.

Dies liegt zum einen an der Schwere des heimlichen Eingriffs in fremde Systeme, zum anderen an der mangelnden praktischen Trennschärfe zwischen gezielten Eingriffen zur zweckbegrenzten Informationsgewinnung und dem darüber hinausreichenden Zugriff auf irrelevante und schützenswerte Daten. So ist kaum auszuschließen, dass mit der Infiltration fremder Server nicht auch vertrauliche Kommunikation oder Dateien von Medienschaffenden verdachtsunabhängig als Beifang miterhoben werden. Die bisher vorgesehene schwache administrative Kontrolle der Datenerhebung und -verarbeitung würde diesem Risiko nicht gerecht. Mindestmaß der Achtung journalistischer Schutzrechte wäre deshalb auch hier der

---

<sup>11</sup> Netzpolitik.org 2020. Eine neue Lizenz zum Hacken. <https://netzpolitik.org/2020/bnd-gesetz-eine-neue-lizenz-zum-hacken/>

<sup>12</sup> Reporter ohne Grenzen 2020. Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Anpassung des Verfassungsschutzrechts. [https://www.reporter-ohne-grenzen.de/fileadmin/Redaktion/user\\_upload/Stellungnahme\\_BVerfSchG-RefE\\_Reporter\\_ohne\\_Grenzen\\_RSf\\_2020.pdf](https://www.reporter-ohne-grenzen.de/fileadmin/Redaktion/user_upload/Stellungnahme_BVerfSchG-RefE_Reporter_ohne_Grenzen_RSf_2020.pdf)

vollumfängliche und regelmäßige Zugriff der administrativen Kontrolle auf die in dieser Form gewonnenen Daten.

#### **4.6 Zur Nachrichtendienstkontrolle (§§ 23, 40-58 (Unterabschnitt 5))**

Insgesamt greift der nun anvisierte Umbau der Nachrichtendienstkontrolle mit Blick auf die unabhängige Sicherung des Schutzes von Vertraulichkeitsbeziehungen zu kurz. Der europäische Vergleich verschiedener Kontrollsysteme zeigt Möglichkeiten auf, wie die Nachrichtendienstkontrolle effektiver und den stark gewachsenen technischen Möglichkeiten der Fernmeldeaufklärung angemessener ausgestaltet werden könnte, ohne die Handlungsfähigkeit des BND zu weit einzuschränken. Sowohl aus der Zivilgesellschaft als auch beispielsweise von Seiten des Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit wurden alternative Gestaltungsmöglichkeiten<sup>13,14</sup> vorgeschlagen, die in diesem Gesetzentwurf nicht ausreichend berücksichtigt wurden. Der eng gesteckte Zeitrahmen dieser Reform sollte nicht dazu führen, dass wichtige Chancen zur zeitgemäßen Überarbeitung des Kontrollsystems ungenutzt bleiben.

Ein „Unabhängiger Kontrollrat“ aus sechs Juristinnen und Juristen mit erweitertem Mitarbeiterstab soll künftig über die Überwachungsmaßnahmen des BND entscheiden. Er soll die Rechtmäßigkeit der Anordnungen prüfen, tut dies aber unter Bedingungen, die der datengesteuerten Fernmeldeaufklärung nicht gerecht werden. So müssen die Anordnungen keine Angaben zu den einzelnen Suchbegriffen („Selektoren“) enthalten, die die Datenerhebung und nachfolgende Auswertung maßgeblich bestimmen (§ 23 (6)). Damit bleiben der Kontrollinstanz entscheidende Informationen vorenthalten. Inwiefern Suchbegriffe Vertraulichkeitsbeziehungen betreffen, ist für den Kontrollrat unter diesen Bedingungen nicht nachzuvollziehen. Des Weiteren unterliegt die Einordnung von Vertraulichkeitsbeziehungen weder Dokumentationspflichten noch der Aufsicht und Entscheidungsgewalt des Kontrollrats. § 56 begrenzt ferner den Zugang des Kontrollrats zu Dienststellen und IT-Systemen auf solche, die allein dem BND unterstehen und nicht in Kooperation mit anderen Nachrichtendiensten genutzt werden. In Anbetracht der weitreichenden Zusammenarbeit des BND mit anderen Stellen ist dies eine erhebliche Einschränkung der demokratischen Kontrolle.

Die bereits angesprochene administrative Kontrollinstanz soll künftig lediglich „stichprobenartig“ die rechtmäßige Umsetzung der Datenerhebung und -verarbeitung sowie die Weiterleitung an Partnerdienste überprüfen, somit fallen die entsprechenden Vorgaben deutlich zu schwach aus, als dass sie die Beachtung der Schutzmaßnahmen in der Praxis absichern könnten. Von einer „lückenlosen Kontrolle“ wie in der Gesetzesbegründung beschrieben, kann angesichts dieser Vorgaben nicht die Rede sein. Zwar ist der anvisierte Austausch zwischen Kontrollrat und administrativer Kontrolle zu begrüßen, die Begrenzung

---

<sup>13</sup> Wetzling, Thorsten und Moßbrucker, Daniel, Stiftung Neue Verantwortung 2020. BND-Reform, die Zweite: Vorschläge zur Neustrukturierung der Nachrichtendienst-Kontrolle. [https://www.stiftung-nv.de/sites/default/files/bnd\\_reform\\_die\\_zweite\\_vorschlaege\\_zur\\_neustrukturierung.pdf](https://www.stiftung-nv.de/sites/default/files/bnd_reform_die_zweite_vorschlaege_zur_neustrukturierung.pdf)

<sup>14</sup> Netzpolitik.org 2020. Erste Positionierung des Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit (BfDI) zum BND-Gesetz. [https://netzpolitik.org/2020/bnd-gesetz-datenschutzbeauftragter-kritisiert-staatstrojaner-fuer-geheimdienste/#2020-10-12\\_BfDI\\_BND-Gesetz\\_Erste-Positionierung](https://netzpolitik.org/2020/bnd-gesetz-datenschutzbeauftragter-kritisiert-staatstrojaner-fuer-geheimdienste/#2020-10-12_BfDI_BND-Gesetz_Erste-Positionierung)

auf die stichprobenbasierte „Beobachterrolle“ mit limitierten Beanstandungsrechten untergräbt jedoch die Effektivität des Kontrollsystems insgesamt.

Dem parlamentarischen Kontrollgremium kommt dagegen keine gesteigerte Rolle zu, einzig die Wahl der Mitglieder des Kontrollrates fällt ihm neu zu, wird aber durch die Vorauswahl durch den oder die Präsident/in des Bundesgerichtshofes und der oder des Generalbundesanwaltes/-anwältin zusätzlich beschränkt (§ 43). Die Zersplitterung der Nachrichtendienstkontrolle auf verschiedene Gremien mit teils deutlich zu restriktiven Kompetenzen, verbunden mit der fragwürdigen Trennung zwischen Inland-Ausland- und Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung, wird somit fortgeführt, statt den Moment für eine umfassende Reform der Nachrichtendienstkontrolle zu nutzen.

Grundsätzlich fehlt eine unabhängige und kritische Stimme der von Überwachung betroffenen Gruppen, insbesondere schutzwürdiger Personen wie Medienschaffenden und Rechtsanwälten. In einem kontradiktorischen Verfahren könnte der auf möglichst weitreichende Erkenntnisgewinnung fokussierten Argumentation des Nachrichtendienstes ein dringend notwendiges Gegengewicht in der Entscheidungsfindung entgegengestellt werden.

Als Mindestmaß zur Sicherung einer effektiven unabhängigen Kontrolle könnte ein erweiterter Beirat notwendige Fachexpertise und Stimmenpluralität liefern. So unabdinglich juristische und technische Expertise für die effektive Kontrolle digitaler Nachrichtendienstarbeit ist, sollten auch Fragen der Rechtsstaatlichkeit, der Lage der Pressefreiheit und anderer gesellschaftlicher Entwicklungen durch entsprechende Fachexpertise informiert beantwortet werden. Aus positiven Beispielen entsprechender Modelle in anderen europäischen Staaten sollte nicht nur an dieser Stelle gelernt werden.

Berlin, Dezember 2020

## **Kontakt**

Lisa Dittmer  
Referentin für Internetfreiheit, Reporter ohne Grenzen

Mail: [ld@reporter-ohne-grenzen.de](mailto:ld@reporter-ohne-grenzen.de)  
Telefon: +49 30 60 98 95 33 40