

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1268

**Der Bundestag und
die Nachrichtendienste –
eine Neubestimmung durch
Art. 45d GG?**

Von

Marcel Hempel



Duncker & Humblot · Berlin

MARCEL HEMPEL

Der Bundestag und die Nachrichtendienste –
eine Neubestimmung durch Art. 45d GG?

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1268

Der Bundestag und
die Nachrichtendienste –
eine Neubestimmung durch
Art. 45d GG?

Von

Marcel Hempel



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät
der Gottfried Wilhelm Leibniz Universität Hannover
hat diese Arbeit im Wintersemester 2013/2014
als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2014 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: L101 Mediengestaltung, Berlin
Druck: CPI buchbücher.de, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0582-0200
ISBN 978-3-428-14353-5 (Print)
ISBN 978-3-428-54353-3 (E-Book)
ISBN 978-3-428-84353-4 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meiner Familie

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2013/2014 von der Juristischen Fakultät der Gottfried Wilhelm Leibniz Universität Hannover als Dissertation angenommen. Literatur und Rechtsprechung konnten bis Oktober 2013 berücksichtigt werden. Vereinzelt wurden Anpassungen noch im Mai 2014 vorgenommen.

Mein besonderer Dank gilt zunächst meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Volker Epping, der die Anregung zu diesem Thema gab und durch seine konstruktiven Anmerkungen und die jederzeitige Gesprächsbereitschaft zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen hat. Ebenfalls herzlich bedanken möchte ich mich bei Herrn Professor Dr. Veith Mehde für die freundliche Übernahme der Zweitbegutachtung. Beiden Gutachtern danke ich ausdrücklich für die sehr zügige Erstellung der Voten.

Nicht zuletzt habe ich meinen Eltern für die mehrjährige ideelle und finanzielle Unterstützung zu danken.

Hannover, im Mai 2014

Marcel Hempel

Inhaltsverzeichnis

| | |
|--|----|
| A. Einführung | 13 |
| B. Struktur und Aufgaben der Nachrichtendienste | 19 |
| I. Das Bundesamt für Verfassungsschutz | 20 |
| II. Der Bundesnachrichtendienst | 25 |
| III. Das Amt für den militärischen Abschirmdienst | 26 |
| C. Zur Entstehungsgeschichte des heutigen Art. 45d im Grundgesetz | 29 |
| I. Zur historischen Ausgangslage | 29 |
| 1. Das PVMG und die Reformbemühungen in den 1960er Jahren | 29 |
| 2. Die Reformdiskussionen in den 1970er Jahren | 33 |
| 3. Die Begründung der Parlamentarischen Kontrollkommission im Jah- re 1978 | 39 |
| 4. Weitere wesentliche Entwicklungen bis zum Jahr 2009 | 44 |
| II. Das Gesetzgebungsverfahren zu Art. 45d GG und zum PKGrG n.F. . . | 49 |
| D. Wandlungen im Kontrollbegriff durch Art. 45d GG | 56 |
| I. Konkretisierung des Kontrollbegriffes in Art. 45d GG unter Abgren- zung zu anderen Kontrollarten | 56 |
| II. Art. 45d GG als konstitutive Ermächtigung zu parlamentarischer Kon- trolle? | 60 |
| 1. Herleitung aus dem „allgemeinen“ Demokratieprinzip | 60 |
| 2. Herleitung aus den Prinzipien der Volkssouveränität und der Gewalt- enteilung | 64 |
| 3. Herleitung aus dem Verantwortlichkeitsansatz | 66 |
| 4. Folgerungen und Zwischenergebnis | 67 |
| III. Adressat der Kontrolle | 68 |
| 1. Parlamentarische Verantwortlichkeit von Bundeskanzler und Bun- desministern | 71 |
| 2. Parlamentarische Verantwortlichkeit des Bundeskabinetts | 73 |
| IV. Erhöhte Legitimität der Kontrolle durch Art. 45d GG? | 77 |
| 1. Zulässige Delegation von Kontrollbefugnissen auf ein Hilfsorgan des Bundestages | 77 |
| 2. Zulässigkeit der Delegation auf das PKGr | 81 |
| 3. Legitimation und Legitimität der Kontrolle durch das PKGr | 88 |
| V. Zur Veränderung des verfassungsrechtlichen Kontroll- und Befugnisrah- mens | 91 |
| 1. Zum verfassungsrechtlichen Rahmen parlamentarischer Kontrolle bezogen auf das PKGr | 91 |

| | |
|--|------------|
| 2. Kontroll- und Befugnisrahmenerweiterung durch Art. 45d GG | 96 |
| a) „Mitwirkende Kontrolle“ durch das PKGr konstitutiv aufgrund Art. 45d GG? | 96 |
| aa) Zulässigkeit „mitwirkender Kontrolle“ | 97 |
| bb) „Mitwirkende Kontrolle“ durch das PKGr | 101 |
| b) Zur konstitutiven Bedeutung von Art. 45d GG für die Gewährung von Selbstinformationsrechten im PKGrG n.F. | 105 |
| aa) Die verfassungsrechtliche Verortung des Fremdinformationsrechts | 107 |
| bb) Die Kompetenz-Kompensation als Grundlage des Selbstinformationsrechts | 110 |
| (1) Das Vorliegen einer Kompensationslage | 111 |
| (2) Das Selbstinformationsrecht als geeignetes Kompensationsmittel | 113 |
| (3) Verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Kompetenz-Kompensation | 114 |
| (4) Zwischenfazit | 120 |
| 3. Verdrängung der allgemeinen parlamentarischen Kontrolle durch Art. 45d GG? | 121 |
| E. Die Bedeutung der „nachrichtendienstlichen Tätigkeit“ nach Art. 45d GG | 125 |
| I. Der Begriff „nachrichtendienstliche Tätigkeit“ und dessen Konsequenzen | 125 |
| 1. Zur Abgrenzung exekutivischen von nachrichtendienstlichem Verfassungsschutz | 127 |
| a) Unterschiedliche Aufgaben von Polizei und Nachrichtendiensten als Unterscheidungskriterium | 129 |
| b) Unterschiedliche Arbeitsweisen von Polizei und Nachrichtendiensten als Unterscheidungskriterium | 131 |
| c) Unterschiedliche Befugnisse von Polizei und Nachrichtendiensten als Unterscheidungskriterium | 133 |
| d) Zwischenfazit | 137 |
| 2. Beachtlichkeit der Unterschiede für den Kontrollauftrag nach Art. 45d GG | 137 |
| 3. Zulässige Selbstbeschränkung des PKGrG n.F. bezüglich des Kontrollgegenstandes? | 143 |
| II. Art. 45d GG und das Trennungsgebot | 145 |
| 1. Zur inhaltlichen Bedeutung des Trennungsgebotes | 145 |
| a) Die befugnisrechtliche Komponente | 146 |
| b) Die organisatorische Komponente | 147 |
| c) Die funktionale Komponente | 147 |
| d) Die informationelle Komponente | 149 |

| | |
|--|-----|
| 2. Das Trennungsgebot und die neuere Sicherheitsgesetzgebung des Bundes | 151 |
| 3. Art. 45d GG bedingte Auswirkungen auf das Trennungsgebot | 155 |
| F. Das „Gremium“ nach Art. 45d GG und dessen Bedeutung | 159 |
| I. Gremium statt Ausschuss | 159 |
| II. Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Errichtung des PKGr | 162 |
| 1. Zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts in BVerfGE 70, 324 ff. | 162 |
| 2. Zur neueren verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung | 165 |
| a) Zur Errichtung eines relativ kleinen und geheim tagenden Gremiums | 166 |
| b) „Spiegelbildliche“ Besetzung versus Mehrheitsprinzip | 170 |
| c) Zur vorliegenden Bedeutung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes | 172 |
| III. Übertragung der verfassungsgerichtlichen Vorgaben auf das heutige PKGr | 174 |
| 1. Das PKGr als relativ kleines und geheim tagendes Gremium | 174 |
| a) Zur Geheimhaltung im Gremium | 174 |
| b) Die Größe des Gremiums | 179 |
| 2. Die Besetzung des PKGr | 184 |
| 3. Die Nichtberücksichtigung eines Abgeordneten im PKGr | 188 |
| 4. Konstitutive Auswirkungen des Art. 45d GG auf die Besetzung des PKGr | 191 |
| G. Stärkung der formal-rechtlichen Position durch Art. 45d GG | 194 |
| I. Bestätigung der Regelungskompetenz für den einfachen Gesetzgeber .. | 194 |
| 1. Zum Meinungsstand in der Literatur | 194 |
| 2. Zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts | 197 |
| II. Konstitutive Schaffung eines Klagerechts vor dem Bundesverfassungsgericht durch Art. 45d GG? | 200 |
| H. Art. 45d GG und das Prinzip der „wehrhaften Demokratie“ | 208 |
| I. Die „wehrhafte Demokratie“ und deren Bedeutung für die Besetzung des PKGr | 208 |
| 1. Die verfassungsrechtliche Grundentscheidung für eine „wehrhafte Demokratie“ | 209 |
| 2. Zur „Sperrwirkung“ des Art. 21 Abs. 2 GG | 213 |
| II. Art. 45d GG als Bestandteil des Prinzips der „wehrhaften Demokratie“ | 217 |
| I. Zusammenfassung und Fazit | 224 |
| Literaturverzeichnis | 230 |
| Sachregister | 248 |

A. Einführung

Am 17. Dezember 2009 sollten die Mitglieder des Parlamentarischen Kontrollgremiums (PKGr) durch das Plenum des Deutschen Bundestages für die Dauer der 17. Legislaturperiode gewählt werden. Hierzu hatten sämtliche Fraktionen Wahlvorschläge unterbreitet.¹ Mit Ausnahme des Wahlvorschlags der Fraktion DIE LINKE, die den Abgeordneten Wolfgang Nešković nominiert hatte, fanden sämtliche Wahlvorschläge der anderen Fraktionen im Plenum die erforderliche Mehrheit.² Die Tatsache, dass nicht sämtliche Kandidaten, die sich zur Wahl stellten, die erforderliche Mehrheit auf sich vereinigen konnten, ist banal und sollte in einem demokratischen System nicht weiter beunruhigen.

Die besondere Relevanz dieses Vorgangs liegt nun darin begründet, dass dem Parlamentarischen Kontrollgremium durch § 1 Abs. 1 PKGrG n.F.³ die regelmäßige Kontrolle der Bundesregierung im Bereich der Nachrichtendienste übertragen worden ist. In dieser Funktion übernimmt das Gremium eine originär parlamentarische Aufgabe, die sonst dem Plenum und den Ausschüssen des Bundestages vorbehalten bleibt.⁴ Für die Ausschüsse ist seit jeher höchstrichterlich anerkannt, dass diese als verkleinertes Abbild des Plenums dessen Zusammensetzung zwingend widerspiegeln (Grundsatz der „Spiegelbildlichkeit“) müssen, was den im Bundestag vertretenen Fraktionen, ihrem Gewicht im Plenum entsprechend, einen Anspruch auf Teilhabe am parlamentarischen Geschehen sichert.⁵

Dem unmissverständlichen Gesetzeswortlaut im PKGrG n.F. lässt sich indes entnehmen, dass dem Parlamentarischen Kontrollgremium gerade keine gewöhnliche Ausschussqualität zukommen soll.⁶ Hinter der Wortwahl steckt keine sprachliche Entgleisung, sondern eine bewusste und klare ge-

¹ BT-Drs. 17/209, S. 1.

² Sten. Ber. BT 17/12, 17.12.2009, S. 915 (A); der Abgeordnete Nešković erhielt 294 von 312 erforderlichen Stimmen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass lediglich 54 der 76 Abgeordneten der Fraktion DIE LINKE an der Wahl teilgenommen haben, siehe Sten. Ber. BT 17/12, 17.12.2009, Anlage 7, S. 1068 (D) – 1069 (A).

³ Gesetz über die parlamentarische Kontrolle nachrichtendienstlicher Tätigkeit des Bundes (Kontrollgremiumsgesetz – PKGrG) vom 29.07.2009, BGBl. I, S. 2346.

⁴ *Hansalek*, Die parlamentarische Kontrolle der Bundesregierung, S. 271.

⁵ BVerfGE 80, 188 (222); 84, 304 (323 f.); 96, 264 (282).

⁶ BT-Drs. 16/12412, S. 5.

setzgeberische Intention.⁷ Dies ist auch der Grund, weshalb das Gesetz keine Entsendung durch die Fraktionen, sondern eine Wahl der Gremiumsmitglieder durch den Bundestag vorsieht. Nur aus diesem Grunde war es überhaupt möglich, dass der Abgeordnete Nešković den Einzug in das Parlamentarische Kontrollgremium seinerzeit verfehlen konnte.⁸

Die hier kurz skizzierten Besonderheiten warfen seit jeher Fragen zur Verfassungsmäßigkeit der zu Grunde liegenden einfachgesetzlichen Regelungen auf, die im Laufe der Untersuchung zur Sprache kommen werden. Im Mittelpunkt des Diskurses ging und geht es um die Frage, wie es einem relativ kleinen und geheim tagenden Gremium erlaubt sein kann, spezifisch parlamentarische Kontrollaufgaben mit hoher rechtlicher und politischer Relevanz regelmäßig wahrzunehmen, wenn durch dessen konkrete Zusammensetzung nicht stets sichergestellt werden kann, dass das gesamte Parlament, wie es aus den Wahlen hervorgegangen ist, im erforderlichen Maße repräsentiert wird.

Als Neuerung im System der parlamentarischen Kontrolle der Bundesregierung im nachrichtendienstlichen Tätigkeitsbereich gilt es nunmehr, das Inkrafttreten des neu geschaffenen Art. 45d GG in das Zentrum der wissenschaftlichen Betrachtung zu rücken.⁹

Durch diese Grundgesetzänderung wurden die bislang lediglich einfachgesetzlich normierten Regelungen auch verfassungsrechtlich implementiert. Angesichts des knappen Wortlauts der Vorschrift und des Umstands, dass Art. 45d Abs. 2 GG nahezu die gesamte nähere Ausgestaltung des Kontrollgremiums auch weiterhin dem einfachen Gesetzgeber überlässt, stellt sich die Frage nach der Bedeutung dieses Artikels.

Die Zweifel an der rechtlichen Bedeutung der neuen Verfassungsnorm fanden bereits in der Sachverständigenanhörung im Gesetzgebungsverfahren Ausdruck, als der neu geschaffenen Norm entweder eine die Kontrollbeziehung zwischen Bundestag und Bundesregierung verfassungsrechtlich relativierende Negativwirkung beigemessen oder ihr bestenfalls als „symbolisches Verfassungsrecht“ „Überflüssigkeit“ attestiert wurde.¹⁰

Ziel dieser Untersuchung soll es daher sein zu klären, inwieweit Art. 45d GG imstande ist, das Verhältnis des Bundestages zu den Nachrichtendiensten des Bundes neu zu bestimmen.

⁷ „Ausschuss sui generis“, Sten. Ber. BT 16/215, 27.03.2009, S. 23417 (D).

⁸ Der Abgeordnete Nešković wurde schließlich am 19.01.2010 in das PKGr für die Dauer der 17. Legislaturperiode wiedergewählt, Sten. Ber. BT 17/14, 19.01.2010, S. 1145 (C).

⁹ Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Art. 45d) vom 17.07.2009, BGBl. I, S. 1977.

¹⁰ BT-A(usschuss)-Drs. 16(4)614 D, Stellungnahme Möllers, S. 2.

Um den Regelungsgehalt von Art. 45d GG für die parlamentarische Kontrolle der Nachrichtendienste beurteilen zu können, soll die verfassungsmäßige Rechtslage vor und nach Inkrafttreten von Art. 45d GG untersucht werden, um sodann feststellen zu können, ob durch die Einfügung dieser Norm entweder etwaige verfassungsrechtliche Probleme beseitigt werden konnten, oder ob die Neuregelung wiederum selbst verfassungsrechtliche Fragen aufgeworfen hat. Ebenso denkbar ist die Feststellung, wonach Art. 45d GG das kontrollspezifische Verhältnis von Bundestag und Nachrichtendiensten in Teilbereichen nicht zu ändern vermochte.

An dieser Stelle darf der klarstellende Hinweis nicht fehlen, wonach es sich freilich nicht um eine unmittelbare Kontrollbeziehung des Parlaments zu den Nachrichtendiensten selbst handelt, vielmehr um das verfassungsrechtliche Kontrollverhältnis des Bundestages gegenüber der Bundesregierung im nachrichtendienstlichen Tätigkeitsbereich auf Bundesebene.

In einem ersten Schritt (Kapitel B. und C.) wird es nach einer kurzen Vorstellung der drei Nachrichtendienste des Bundes darum gehen, den verfassungshistorischen Hintergrund, der zur Einfügung des neuen Artikels in das Grundgesetz geführt hat, zu beleuchten. Schließlich gab es nicht nur einen gescheiterten Versuch, die Nachrichtendienstkontrolle grundgesetzlich zu verankern. So verabschiedete man 1978 schließlich ein einfaches Kontrollgesetz, wengleich die Stimmen, die hierfür fortan eine verfassungsrechtliche Unterlegung als erforderlich erachteten, nie ganz zustimmten.

Es gilt daher, den damaligen Prozess aufzubereiten und die aufgeworfenen widerstreitenden Argumente, die schließlich zur Nichtaufnahme der parlamentarischen Nachrichtendienstkontrolle in das Grundgesetz führten, darzustellen. Anhand dieser Ausführungen lässt sich illustrieren, inwieweit sich zwischenzeitlich die politischen und rechtlichen Gegebenheiten verändert haben. Derartige Erkenntnisse sollen zum Hintergrundverständnis bezüglich der nunmehrigen Einfügung von Art. 45d GG beitragen, auch um die Motivlage des heutigen Gesetzgebers besser nachvollziehen zu können.

Im sich anschließenden Kapitel D. wird der von Art. 45d GG nicht näher eingegrenzte Kontrollbegriff und dessen verfassungsrechtliche Verankerung konkretisiert werden müssen. Dabei fragt sich zudem, wer letztlich Adressat der Kontrolle nach Art. 45d GG ist. Der Normtext jedenfalls lässt offen, wer konkret dieser Kontrolle unterliegen soll.

Es wird weiter der Frage nachzugehen sein, inwieweit Art. 45d GG das Ziel des verfassungsändernden Gesetzgebers, die „Legitimation“ des PKGr beziehungsweise (bzw.) der von ihm ausgeübten Kontrolltätigkeit zu