

Universität Bielefeld ■ Postfach 10 01 31 ■ 33501 Bielefeld

Telefon: (0521) 106 - 00
Durchwahl: (0521) 106 - 0000
Telefax: (0521) 106 - 0000

E-Mail:
Christoph.Gusy@uni-bielefeld.de

Name des Bearbeiters

Az
bitte bei Antwort angeben

Bielefeld, den 18.5.2009

Stellungnahme
für die Anhörung des Innenausschusses des Bundestages
am 25.5.2009

zum

Gesetzentwurf zur Änderung des GG
(BT -Drs. 16/12412)

Entwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung der parlamentarischen Kontrolle der Nachrichtendienste
(BT -Drs. 16/12411)

Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Kontrollgremiumgesetzes
(BT -Drs. 16/1163)

Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der parlamentarischen Kontrolle der Geheimdienste
(BT -Drs. 16/12189)

Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Kontrollgremiumgesetzes
(BT -Drs. 16/12374)

Antrag
(BT -Drs. 16/5455).

Zu den genannten Drucksachen nehme ich wie folgt Stellung:

I. Grundsätzliches

Die Einsicht in die Verbesserungsbedürftigkeit der Instrumente zur parlamentarischen Kontrolle der Nachrichtendienste ist nahezu so alt wie diese Instrumente selbst.¹ Schwieriger war und ist die Bestimmung des richtigen Maßes und der richtigen Form jener Kontrolle, namentlich die notwendigen Gratwanderungen zwischen Geheimhaltungsbedürftigkeit der Dienste, insbesondere ihrer Methoden einerseits und deren durch Kontrolle bedingten und ggf. ermöglichten Transparenz andererseits. Dabei hat sich inzwischen aber herausgestellt: Auch die Instrumente der Kontrolle sind vielfältiger und flexibler, als es bei pauschalierender Betrachtung („die“ parlamentarische Kontrolle) erscheinen mag. Von daher kann die viel zitierte Antithese von Nachrichtendiensten und Kontrolle („Ein transparenter Geheimdienst ist ein Widerspruch in sich!“) inzwischen deutlich differenzierter bewältigt werden. Dies ist in der Rechtsprechung des BVerfG auch bereits mehrfach anerkannt und zum Ausdruck gebracht worden.

Die hierzu vorgelegten Gesetzentwürfe stellen so unterschiedliche Schritte in die Richtung dar. Ihr Hauptanliegen ist – mehr oder weniger – die *Verrechtlichung des bislang politisch erreichten Status Quo*. Dadurch werden die Regeln klarer, stabiler und justizabler, als sie es in der Vergangenheit waren. Angesichts der in Streitfällen in der Vergangenheit stets neu auftretenden Differenzen über deren Inhalt und Auslegung ist dies zu begrüßen. Gerade in derart politisch aufgeladenen Sachverhalt wie der parlamentarischen Kontrolle der Regierungs- und Behördentätigkeit ist dies ein beträchtlicher Fortschritt. Dass die neuen Regeln in Ansätzen an die bisherigen Bestimmungen zur Kontrolle von G-10-Maßnahmen anknüpfen, ist gleichfalls naheliegend: Jene Regelungen konnten sich immerhin schon bewähren. Es sei aber auch nicht verschwiegen, dass es bei der G-10-Kontrolle im Einzelnen noch zu erheblichen Unklarheiten kam und kommt, so dass durch eine Anknüpfung nicht jeglicher Klärungsbedarf befriedigt werden kann.

Der neu zu schaffende Art. 45d GG legt hierfür eine sinnvolle Grundlage. Dass die Kontrolle der Nachrichtendienste nicht vom Plenum wahrgenommen werden kann, liegt nahe. Sie wird durch Art. 45d E-GG aber auch nicht vollständig auf das Kontrollgremium verlagert. Die grundgesetzlich begründeten Kontrollrechte des Plenums insgesamt werden durch das neue Gremium nicht eingeschränkt. Namentlich das Recht zur Einsetzung von Untersuchungsausschüssen bleibt – im Unterschied zu Art. 45a Abs. 2 GG – unberührt.

Ein besonderes Augenmerk ist dabei auf die Zusammensetzung des Kontrollgremiums zu richten. Dies ist

¹ Jüngst *Baier*, Die parlamentarische Kontrolle der Nachrichtendienste und deren Reform, 2009; früher *Wolff u.a. (Hg.)*, Parlamentarische Kontrolle im demokratischen Rechtsstaat, 2008; noch früher *Hirsch*, Die Kontrolle der Nachrichtendienste, 1996; schon davor *Gusy*, in: *BMI (Hg.): Aufgaben und Kontrolle des Verfassungsschutzes*, 1990, S. 25-46.

umso wichtiger, als das Gremium eben selbst keinen Ausschuss darstellt (BT -Drs. 16/12412, S. 7) und dementsprechend die für diese geltenden Regelungen auch hinsichtlich der Zusammensetzung nicht anwendbar sind. Das vorgesehene Wahlverfahren (§ 2 Abs. 3 PKG-E) stellt jedenfalls in seinem Text nicht sicher, dass jede Fraktion auch im Kontrollgremium vertreten sein wird. Auch wenn das BVerfG in einer – viel kritisierten und abgelehnten – Entscheidung² einen Anspruch *sämtlicher* Fraktionen auf einen Sitz in vergleichbaren Gremien verneint hat, so ist doch nicht zu verkennen: Die Funktionsfähigkeit parlamentarischer Kontrolle durch solcher Gremien hängt wesentlich davon ab, dass deren Mitglieder einen repräsentativen Querschnitt des Parlaments darstellen. Dies gilt umso mehr, als das Gesetz ohnehin der Fraktionszugehörigkeit der Mitglieder des PKG eigene Beachtung beimisst (s. etwa § 2 Abs. 4 E-PKG). Mindestanforderung auch des BVerfG wäre dafür, dass – auch in großkoalitionären Zeiten – jedenfalls auch eine wahrnehmbare Zahl von Oppositionsabgeordneten in dem Gremien vertreten sind.

Die Stärkung des Kontrollgremiums sollte Anlass sein, über Verbesserung, Verschlankung und Verzahnung der parlamentarischen Hilfsorgane zur Kontrolle nachrichtendienstlicher Tätigkeit nachzudenken. Jedenfalls hat sich in der Vergangenheit gezeigt: Eine Vielzahl von Kontrollgremien bedeutet noch nicht notwendig eine Verbesserung der Kontrolltätigkeit. Dem ist in § 9a Gesetz zur Fortentwicklung der parlamentarischen Kontrolle der Nachrichtendienste des Bundes (BT-Drs. 16/12411) ansatzweise, aber eben auch nur ansatzweise Rechnung getragen worden.

II. Informationserhebung

Notwendige Grundlage parlamentarischer Kontrolltätigkeit ist das Vorhandensein ausreichender Informationen der Kontrolleure selbst. In der Zukunft wird die Information der Gremien mehrstufig verlaufen:

- die Berichtspflichten der Bundesregierung (§ 4 E-PKG): Sie soll verhindern, dass auch in Zukunft wesentliches Beratungsthema des Kontrollgremiums Themen sind, welche den Mitgliedern vorher aus der Presse bekannt geworden sind³
- die „kleine Informationserhebung“ durch die Mitarbeiter des Gremiums (§ 12 Abs. 3 E-PKG);

² BVerfGE 70, 324.

³ Eine straf- oder disziplinarrechtliche Bewehrung dieser Verpflichtung ist m.E. nicht sinnvoll; daher sollte § 2 E-PKGÄnderungsG (BT Drs. 16/1163) m.E. nicht weiter verfolgt werden.

- die Ausübung der Kontrollrechte durch das Gremium selbst (§ 5 E-PKG),
- die Einsetzung und Tätigkeit eines Sachverständigen (§ 7 E-PKG).

Dies entspricht einzelnen schon geltenden Regelungen im G-10-Bereich. Nach bisherigen Erfahrungen mit jenen Regelungen wird die neue Rechtslage einer gewissen Vorlaufs- und Bewährungszeit bedürfen, bis sie sich einspielt. Dies spricht allerdings nicht gegen das zugrunde gelegte System; im Gegenteil: Es ist einerseits erprobt und kann andererseits durchaus wirkungsvoll sein.

Anzumerken ist im Einzelnen:

(1) Nicht ganz klar ist der Adressatenkreis der Kontrolle: Während § 1 Abs. 2 E-PKG diesen auch auf bestimmte Tätigkeiten des BKA und des ZKA ausdehnt, werden diese im übrigen Entwurf nur noch vereinzelt erwähnt (z.B. in § 5 E-PKG). So wichtig und so richtig jene Ausweitung ist, sollte doch überlegt werden, ob die dort genannten Stellen nicht noch besser in die Adressaten der Kontrollrechte integriert werden sollten. Das gilt namentlich dann, wenn Operationen teils von einem Nachrichtendienst, teils von einer anderen Stelle iSd § 1 Abs. 2 E-PKG vorgenommen werden oder die relevanten Informationen teils hier, teils dort aufbewahrt werden. Dem trägt § 6 Abs. 1 E-PKG jedenfalls seinem Wortlaut nach nicht Rechnung.

(2) Ganz Ähnliches gilt für die Begrenzung des § 6 Abs. 1 E-PKG, wonach nur Informationen geleast werden müssen, welche „der Verfügungsberechtigung der Nachrichtendienste des Bundes“ unterliegen. Hier fehlen sowohl die in § 1 Abs. 2 E-PKG genannten Stellen als auch die Frage, wie mit Vorgängen ausländischer Stellen umzugehen ist, deren Informationen auch den deutschen Nachrichtendiensten zur Verfügung stehen. Jedenfalls bei nachrichtendienstlichen Vorgängen im Inland lässt sich hier eine Differenzierung zwischen in- und ausländischen Stellen nicht begründen.

(3) § 6 Abs. 2 E-PKG zieht den Informationspflichten der Bundesregierung enge Grenzen, die denjenigen des § 96 StPO nahe kommen können. Dabei ist zu berücksichtigen: Die StPO zieht die Grenzen eng, weil die übermittelten Vorgänge nicht nur dem Gericht, sondern auch den Beteiligten am Prozess – Angeklagten u.a. – bekannt werden können (im Wege der Akteneinsicht oder des rechtlichen Gehörs). Solche Risiken bestehen hinsichtlich des PKG nicht, so dass hier deutlich engere Grenzen zu ziehen sind. Nur dann, wenn der Kernbereich der Exekutive betroffen ist (nichtabgeschlossene Gesamt- oder Teilvorgänge) oder wenn die Funktionsfähigkeit des Nachrichtendienstes gefährdet wäre, wenn die einzelnen Information in einem vertraulich tragenden

Gremium mit sicherheitsüberprüften Mitgliedern stattfindet.

(4) Außerordentlich zu begrüßen ist die Regelung des § 7 PKG, namentlich weil hier eine Praxis verrechtlicht wird, welche in der Vergangenheit namentlich durch die Tätigkeit von *Vors. RiBGH a.D. Schäfer* mit großem Sachverstand und reichem Gewinn für das Nachrichtendienstrecht und –kontrollrecht begonnen worden ist. Davon legen die Berichte über seine Tätigkeit reiches Zeugnis ab. So wichtig und so richtig dieser Verrechtlichungsprozess ist, so wichtig ist aber auch eine sinnvolle Ausgestaltung der Funktion, um die Funktion des Sachverständigen im notwendigen Umfang wirksam werden zu lassen. Von daher wäre anzuregen,

- a. das Einsetzungsquorum auf die einfache Mehrheit der Mitglieder des PKG herabzusetzen: Angesichts des Wahlmodus der Mitglieder (s.o. I) ist auch so gesichert, dass abseitige oder äußerst kleine Minderheitenbegehren nicht über Gebühr berücksichtigt werden.
- b. den Sachverständigen nicht nur im Einzelfall einzusetzen. Auf diese Weise könnte er bei späteren Kontrollaufträgen auf eigene frühere Erfahrungen zurückgreifen, was nicht nur die eigene Tätigkeit des Sachverständigen, sondern auch die Zusammenarbeit mit den betroffenen Nachrichtendiensten erleichtert. Zu erwägen wäre also, einen Sachverständigen zu bestellen, der sodann im Einzelfall zu formulierende Aufträge abarbeiten soll.
- c. die entsprechende Anwendbarkeit der Grenzen nach § 7 Abs. 1 S. 2 E-PKG iVm § 6 Abs. 2 E-PKG auch auf die Tätigkeit des Sachverständigen zu überprüfen. Sie ist allenfalls zum Schutz des Kernbereichs der Exekutive vonnöten, weil es hier kein parlamentarisches Zugriffs- und nur ein eingeschränktes Kontrollrecht gibt. Im Übrigen aber gilt: Die Information des Sachverständigen selbst ist praktisch niemals in der Lage, die Tätigkeit der Nachrichtendienste zu gefährden.⁴ Eine solche kommt allenfalls in Betracht, wenn er seinerseits hochsensible Informationen an Dritte weitergibt. Dies könnte allerdings durch eigene Regelungen ausgeschlossen werden.

III. Kontrollinstrumente

⁴ Zum vergleichbaren Problem im Kontext des § 24 Abs. 4 BDSG *Dammann*, in: *Simitis u.a. (Hg.)*,

Parlamentarische Kontrolle ist zentral, aber nicht ausschließlich demokratische und damit politische Kontrolle. Sie lebt damit wesentlich von ihren Kontrollinstrumenten, welche nicht ausschließlich oder ganz überwiegend auf rechtliche oder der rechtlich relevante Handlungen – wie Misstrauensvoten, Abwahlbeschlüsse u.a. – reduziert sein dürfen.⁵ Zentrale Formen sind vielmehr Debatte, Rechtfertigungsdruck und Öffentlichkeit. Diese sind nun wiederum gerade auf dem Gebiet der Kontrolle der Nachrichtendienste notwendigerweise beschränkt (s. o. I). Dies hat in der Vergangenheit dazu geführt, dass die Parlamentarischen Kontrollgremien über nahezu keinerlei wirksame Kontrollinstrumente verfügten. Sie waren in diesem Sinne nicht nur blinde Wächter, sondern zugleich Wächter ohne Schwert. Der genannte Zustand war verfassungsrechtlich unhaltbar und hat zu mehrfachen politischen und verfassungsrechtlichen Kontroversen geführt. Jenem Missstand soll durch den E-PKG begegnet in differenzierter Weise begegnet werden. Er ist schon deshalb ein richtiger Schritt auf dem richtigen Weg.

In Zukunft sollen die Kontrollinstrumente mehrstufig sein: Die grundsätzlich geheimen Beratungen des PKG (§ 10 Abs. 1 E-PKG) können münden in

- Berichte über die Tätigkeit von Sachverständigen (§ 7 Abs. 2, 3 E-PKG),
- Veröffentlichten Bewertungen „bestimmter Vorgänge“ des Gremiums im Einzelfall (§ 10 Abs. 2 S. 1 E-PKG),
- Minderheitsvoten von Mitgliedern des Gremiums zu veröffentlichten Bewertungen (§ 10 Abs. 2 S. 2 E-PKG),
- periodische Berichten des Gremiums (§ 13 E-PKG).

Hierzu ist im Einzelnen anzumerken:

- (1) Die Veröffentlichung über Tätigkeiten von Sachverständigen und von Bewertungen bestimmter Vorgänge ist an ein vergleichsweise striktes Stimmquorum von zwei Dritteln der Mitglieder geknüpft. Der Zweck der parlamentarischen Kontrolle kann aber besser erreicht werden, wenn hier nur eine einfache Mehrheit vorgeschrieben wird (s. schon o. II). Dem ist m.E. der Vorzug einzuräumen.
- (2) Soweit es sich nicht um einzelne Bewertungen bestimmter Vorgänge handelt, ist die Information Dritter und damit die Mobilisierung parlamentarischer Kontrolle kaum möglich. Das gilt etwa für Fälle defizitärer oder unterbliebener Berichterstattung durch die Regierung oder mögliche Rechtsverletzungen oder Fragen der Ausübbarkeit bzw. Behinderung bei der Ausübung von Kontrollrechten. Hier steht

BDSG, 6. A., 2006, § 24 Rn 39.

dem PKG allein der Klageweg zum BVerfG, also ein rechtliches Kontrollinstrument, zur Verfügung. Dies entspricht nicht dem Sinn und Zweck parlamentarischer Kontrolle. Vielmehr ist hier zu überlegen, ob nicht zuvor politische Kontrollmittel einzusetzen sind, etwa die Einschaltung der Fraktionsvorsitzenden oder anderer, ggf. sicherheitsüberprüfter Spitzenpolitiker. An diesem Punkt ist § 5 Abs. 2 E-PKGÄnderungsG (BT -Drs. 16/1163) zielführender und den Mitteln parlamentarischer Kontrolle angemessener.⁶

- (3) Hinsichtlich der periodischen Berichterstattung des PKG an das Plenum fehlt eine Folgeregelung parlamentarischer Befassungspflichten (etwa: Erörterungspflicht u.ä.).

IV. Sonstige Anmerkungen

Die vorgelegten Entwürfe geben darüber hinaus zu folgenden Anmerkungen Anlass:

1.

Die Regelung des § 3 Abs. 3 E-PKG hat mit dem übrigen Inhalt des § 3 nichts tun und müsste eigentlich § 2 Abs. 5 E-PKG bilden.

2.

Eine nachrichtendienstliche Überprüfung der Tätigkeit von Abgeordneten bei Ausübung ihres Mandats und in den Räumen des Bundestages ist grundsätzlich unzulässig und kann allenfalls im Rahmen des Art. 46 GG ausnahmsweise zugelassen werden (zu BT -Drs. 16/12374).

3.

Der Verfassungsschutz erhält einen erheblichen Teil, wenn nicht die Mehrheit seiner Informationen aus öffentlichen Quellen (zu BT -Drs. 16/5455, S. 3, Nr. 10).

⁵ Näher dazu *Gusy*, JA 2005, 395.

⁶ Demgegenüber könnte eine „Flucht in die Öffentlichkeit“, wie sie § 2 Abs. 24 E-PKG (BT-Drs. 16/12189) vorsieht, als ultima ratio zurücktreten.

V. Zusammenfassung

Der vorgelegte Entwurf stellt einen richtigen und wichtigen Schritt auf dem Weg zu einem parlamentarischen Nachrichtendienstkontrollrecht dar, welches einen Kompromiss zwischen der notwendigen Geheimhaltung einerseits und der wirksamen Ausübung notwendiger Kontrollrechte andererseits darstellt. Er ist insoweit uneingeschränkt zu begrüßen.

Doch ist abzusehen, dass der vorgelegten Entwurf nicht alle erkennbaren rechtlichen Streitfragen in befriedenender und ausgleichender Art und Weise löst. An einigen Stellen sind Informationsrechte zu eingeschränkt, an anderen Stellen Kontrollrechte noch nicht ausreichend.

Es ist damit trotz aller begrüßenswerten Fortschritte damit zu rechnen, dass die Materie auch in den kommenden Legislaturperioden weiterhin Anlass zu parlamentarischen Auseinandersetzungen und ggf. gesetzlichem Neuregelungsbedarf führen kann.

Dies sollte allerdings nicht daran hindern, den nun zu Recht eingeschlagenen Weg weiterzugehen und das Mögliche jetzt zu verabschieden, auch wenn manches Wünschenswerte und bisweilen sogar manches Notwendige jetzt noch nicht erreichbar sein mag.

Bielefeld, den 18.5.2009

Christoph Gusy