

## Der überwachte Abgeordnete (Kurzlösung)

© Markus Heintzen und Heike Krieger (Freie Universität Berlin)

Bearbeitung für Hauptstadtfälle: Dominik Steiger, Jannik Bach  
Stand der Bearbeitung: Februar 2017

### A. Zulässigkeit

#### I. Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a i.V.m. §§ 13 Nr. 8a, 90 ff. BVerfGG

##### 1. Organstreitverfahren (§ 63 BVerfGG)

Einzelner Abgeordneter keine selbstständige Gliederungseinheit des Bundestags und daher kein Organteil

§ 63 BVerfGG muss verfassungskonform ausgelegt werden; auch ein einzelner Abgeordneter kann daher als „anderer Beteiligter“ (Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG) Antragsteller im Organstreitverfahren sein, wenn er geltend macht, in einem durch das Grundgesetz verliehenen Statusrecht verletzt zu sein

Bundesamt aber kein oberstes Verfassungsorgan

⇒ Kein Organstreitverfahren

##### 2. Verfassungsbeschwerde

Bundestagsabgeordneter kann Rechte dann nicht im Wege der Verfassungsbeschwerde geltend machen, wenn er über diese mit einem „Staatsorgan“ streitet; scheint aufgrund der Beteiligung des Bundesamts für Verfassungsschutz gegen die Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts zu sprechen

Abgeordnete muss auch und gerade zur Bewahrung seiner Rechte als Abgeordneter aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG effektiven verfassungsgerichtlichen Rechtsschutz genießen; soweit ein Abgeordneter die Verletzung seines Statusrechts in keinem anderen Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht geltend machen kann, ist die Verfassungsbeschwerde statthaft

⇒ Verfassungsbeschwerde ist statthaft

### II. Beteiligtenfähigkeit

*Dr. Fahmentreu* müsste „jedermann“ i. S. d. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG sein; Abgeordnetentätigkeit und Beschwerde über eine Verletzung von Rechten, die seinem Mandat entspringen könnten gegen Beteiligtenfähigkeit sprechen. Diese Sichtweise würde aber effektiven Rechtsschutz unterlaufen

⇒ Beteiligtenfähigkeit des *Dr. Fahmentreu* daher gegeben

### III. Beschwerdegegenstand

Nur gegen einen „Akt öffentlicher Gewalt“; alle Maßnahmen der vollziehenden, gesetzgeberischen und rechtsprechenden Gewalt; *Dr. Fahrentreu* will sich gegen Urteil des Bundesverwaltungsgerichtes wenden; unzweifelhaft ein Akt der öffentlichen Gewalt und damit tauglicher Beschwerdegegenstand der Verfassungsbeschwerde

Das Gleiche gilt für den Beschluss vom 27. Januar 2017, mit dem Anhörungsrüge zurückgewiesen wurde

### IV. Beschwerdebefugnis

*Dr. Fahrentreu* müsste beschwerdebefugt sein; er müsste also behaupten können, durch die angegriffenen Akte der öffentlichen Gewalt in seinen Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten verletzt zu sein

Immer dann der Fall, wenn die Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung nicht von vornherein ausgeschlossen und der Beschwerdeführer selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen ist

Bundesverfassungsgericht keine Superrevisionsinstanz; überprüft nicht die richtige Auslegung und Anwendung einfach-gesetzlicher Normen, sondern nur Verletzung spezifischen Verfassungsrechts

Verletzung von Art. 38 Abs. 1 GG durch Fachgerichte könnte vorliegen (ggf. i.V.m. Art. 28 GG für Zeit als Mitglied des Abgeordnetenhauses); daraus folgt bereits Möglichkeit einer Verletzung von Art. 103 Abs. 1 GG

⇒ Möglichkeit der Verletzung spezifischen Verfassungsrechts

*Dr. Fahrentreu* durch Entscheidung des Gerichts unmittelbar selbst beschwert

Fraglich ist, ob auch gegenwärtig beschwert ist; maßgeblich: der Entscheidung zugrundeliegender Sachverhalt; Kriterium der Gegenwärtigkeit wird weit verstanden

(-), *Dr. Fahrentreu* hat Mandat nicht mehr inne, Beobachtung wird eingestellt werden

(+), Wichtigkeit des Abgeordnetenrechts, zudem nicht auszuschließen, dass er sich weiter politisch betätigen und nochmals in ein Parlament gewählt wird; erneute Gefahr, wieder zum Beobachtungsobjekt zu werden.

⇒ Gegenwärtigkeit ist gegeben

⇒ *Dr. Fahrentreu* ist beschwerdebefugt.

### V. Ordnungsgemäßer Antrag nach §§ 23 Abs. 1, 92 f. BVerfGG

Während Wahrung der Form noch unproblematisch möglich sein sollte, stellt Fristwahrung ein Problem dar

Frist des § 93 Abs. 1 BVerfGG (1 Monat) in Bezug auf die Urteilsverkündung schon abgelaufen

Man könnte insoweit differenzieren, dass nur im Hinblick auf die gerügte Verletzung des Art. 103 Abs. 1 GG die Anhörungsrüge zum „Rechtsweg“ i.S.d. § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG gehört, während im Übrigen die Verfassungsbeschwerdefrist unmittelbar mit der Bekanntgabe der letztinstanzlichen (auch mit der Anhörungsrüge insoweit nicht angreifbaren) Entscheidung zu laufen beginnt

Ist Rüge begründet, hat dies allerdings nach § 321a Abs. 5 ZPO, § 152a Abs. 5 VwGO zur Folge, dass das Gericht das „Verfahren fortführt, soweit dies aufgrund der Rüge geboten ist“ und „in die Lage zurückversetzt, in der es sich vor Schluss der mündlichen Verhandlung befand“; Lauf der Frist zur Einlegung und Begründung der Verfassungsbeschwerde beginnt erst mit der Bekanntgabe der Entscheidung über die Anhörungsrüge, solange Anhörungsrüge nicht erkennbar offensichtlich unzulässig oder aussichtslos

Unter Berücksichtigung von Art. 46 Abs. 1 S. 1 GG erschien zulässige Anhörungsrüge jedenfalls nicht als offensichtlich aussichtslos, so dass

⇒ Frist noch nicht abgelaufen

## **VI. Rechtsschutzbedürfnis**

*Dr. Fahrentreu* hat gem. § 90 Abs. 2 BVerfGG den Rechtsweg erschöpft, insbesondere hat er auch Anhörungsrüge nach § 152a VwGO erhoben

Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde: gewahrt, insbes. ist gegen Urteile des Bundesverwaltungsgerichts Beschwerde vor Landesverfassungsgericht nicht möglich

## **VII. Ergebnis zu A.**

Verfassungsbeschwerde des *Dr. Fahrentreu* ist zulässig

### **B. Begründetheit**

Bundesverfassungsgericht keine Superrevisionsinstanz

Es geht also um Frage, ob das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts den verfassungsrechtlichen Maßstäben nicht hinreichend Rechnung trägt, indem es Inhalt und Reichweite der Grundrechte und grundrechtsgleichen Rechte verkennt

## **I. Grundrechtsverletzung durch Verstoß gegen Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG**

### **1. Schutzbereich**

Müsste neben Bestand auch Ausübung des Mandats umfassen; würde Mandat nur in seinem Bestand, nicht aber in der tatsächlichen Ausübung Schutz durch Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG erfahren, könnte der einzelne Abgeordnete seiner Aufgabe aus Furcht vor Repressalien u. U. nicht mehr nachkommen

⇒ Art. 38 Abs. 1 GG schützt auch die tatsächliche Ausübung des Mandats

Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG beinhaltet Schutz der Willens- und Entscheidungsbildung der Abgeordneten; setzt Schutz der Kommunikationsbeziehung zwischen Abgeordneten und Wählern vor staatlicher Beeinflussung und Abschreckung voraus; Abgeordneter hat „Transformationsfunktion“, wird beeinflusst durch Willensbildung des Volkes und bringt diesen Willen in Willensbildungsprozess der Staatsorgane ein; Wechselspiel  
Gesamtes polit. Handeln Abgeordneten umfasst, nicht nur parlamentarischer Bereich  
Wird verstärkt durch den Grundsatz der Gewaltenteilung (Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG); Kontrolle von Regierung und Verwaltung gehört zum Kernbereich der parlamentarischen Aufgaben; „Kontrolle“ des Parlaments erfolgt grundsätzlich durch die Wähler  
⇒ Schutzbereich ist eröffnet.

## 2. Eingriff

Es müsste Eingriff in den Schutzbereich vorliegen

Bundesverwaltungsgericht hätte mit seiner Entscheidung letztlich nur dann in den Schutzbereich eingegriffen, wenn die Beobachtung selbst in ein Grundrecht oder grundrechtsgleiches Recht des *Dr. Fahrentreu* eingriff

**Klassischer Eingriffsbegriff:** Eingriff muss final, unmittelbar und Rechtsakt mit rechtlicher und nicht bloß tatsächlicher Wirkung sein, sowie mit Befehl und Zwang angeordnet bzw. durchgesetzt werden können

**Neuerer Eingriffsbegriff:** Eingriff jedes staatliche Handeln, das Einzelnem Verhalten, das in Schutzbereich eines Grundrechts fällt, ganz oder teilweise unmöglich macht

Schon Beobachtung kann dazu führen, dass der Beobachtete sich anders verhält; Kommunikationsbeziehung zu den Wählern ist betroffen; mit der Beobachtung verbundene Stigmatisierung kann Wähler von einer Kontaktaufnahme und von eigener inhaltlicher Auseinandersetzung mit den politischen Tätigkeiten des Beobachteten und denen seiner Partei und Fraktion abhalten; im Grundgesetz vorgesehener typischer Kontrollzusammenhang zwischen Legislative und Exekutive umgekehrt“

⇒ Beobachtung des Beschwerdeführers durch BfV Eingriff in freies Mandat

## 3. Rechtfertigung

Eingriff in das freie Mandat des Abgeordneten könnte jedoch gerechtfertigt sein

### a) Hinreichend bestimmte Rechtsgrundlage

Bedarf jedenfalls einer hinreichend bestimmten Rechtsgrundlage

Eingriff beruht auf § 8 Abs. 1 S. 1 und § 3 Abs. 1 Nr. 1 in Verbindung mit § 4 Abs. 1 S. 1 Buchstabe c) BVerfSchG und somit auf formellen Parlamentsgesetz

Gesetzgeber ging von Anwendbarkeit auf Abgeordnete aus

Vorschriften müssten hinreichend klar und bestimmt sein

Tatbestandsvoraussetzungen grundsätzlich ausreichend klar geregelt

Bezweifelt werden kann, ob das BVerfSchG Schutz des Abgeordnetenmandats ausreichend Rechnung trägt

§ 8 ff. BVerfSchG: System von in ihrer Intensität abgestuften Maßnahmen; besonderer Schutzwürdigkeit von Abgeordneten kann im Rahmen der nach § 8 Abs. 5 BVerfSchG gebotenen Verhältnismäßigkeitsprüfung Rechnung getragen werden

⇒ formelles Parlamentsgesetz wahrt Verhältnismäßigkeit

⇒ Vorschriften stellen hinreichend bestimmte Rechtsgrundlage dar

## **b) Verhältnismäßigkeit im Einzelfall**

### **aa) Legitimes Mittel**

Im Einzelfall können bereits die eingesetzten Mittel per se illegitim sein

Gemäß **Art. 46 Abs. 1 GG** darf ein Abgeordneter nicht wegen Äußerung, „die er im Bundestage oder in einem seiner Ausschüsse getan hat, gerichtlich oder dienstlich verfolgt oder sonst außerhalb des Bundestages zur Verantwortung gezogen werden“

Auswertung der BT-Drs. durch BfV zwar kein gerichtliches oder dienstliches Verfolgen bzw. Zur-Verantwortung-Ziehen

BVerfG versteht Vorschrift, unter Hinweis auf Wortlaut und Telos (Schutz der Arbeits- und Funktionsfähigkeit des Parlaments) weit; auf Unmittelbarkeit der Folgen kommt es für Bejahung eines Eingriffs nicht an; auch in der bloßen Auswertung der Drs. liegt faktisches Hemmnis, wenn Abgeordneter mit späterer Verwertung, etwa im Verfassungsschutzbericht, rechnen muss

⇒ Auswertung der BT-Drs. durch BfV verstößt aufgrund des durch Art. 46 Abs. 1 GG gewährten Schutzes gegen Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG und hätte vom BVerwG in Urteil als Rechtsverstoß berücksichtigt werden müssen

### **bb) Legitimer Zweck**

Kontrolle von Abgeordneten in erster Linie eigene Aufgabe des Deutschen Bundestages, die dieser im Rahmen seiner Parlamentsautonomie wahrnimmt; Eingriffskompetenzen der Exekutive nur im Einzelfall zugunsten anderer Rechtsgüter von Verfassungsrang

Schutz der freiheitlichen demokratischen Grundordnung gem. § 3 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 4 Abs. 1 S. 1 lit. c) BVerfSchG als Ziel bundesverfassungsschutzdienstlicher Tätigkeiten stellt legitimen Zweck dar

### **cc) Geeignetheit**

Beobachtung des *Dr. Fahrentreu* hat jedenfalls Möglichkeit geboten, zusätzliche Erkenntnisse zu gewinnen, auch wenn diese nur marginal waren

#### **dd) Erforderlichkeit**

Nicht auszuschließen, dass Beobachtung einer weiteren Quelle zu weiteren wichtigen Informationen führt

#### **ee) Angemessenheit**

Ausmaß des Eingriffs in die Rechte des betroffenen Abgeordneten und Ziel des Eingriffs müssen in einem wohlausgewogenen Verhältnis stehen

Trotz alleiniger Auswertung öffentlich zugänglicher Quellen unter Verzicht auf Einsatz nachrichtendienstlicher Mittel handelte es sich um einen abstrakt gefährlichen, schweren Eingriff; Besonderheit staatlicher Beobachtung, die in der umfassenden Systematisierung und dauerhaften Verfügbarkeit der gesammelten Daten und der damit verbundenen abstrakten Gefährlichkeit liegt; Umkehrung der verfassungsrechtlich primär vorgesehenen Kontrollrichtung; bes. Bedeutung des freien Mandats

Allerdings ist auch mit dem Eingriff verfolgtes Ziel wichtig

- ⇒ Abwägung aller berührten Interessen an, insb. konkrete Schwere des Eingriffs und Grad der Zweckerreichung (Eignung der Maßnahme zur Zielerreichung)

Fraglich ist, inwieweit das Verhältnis des Abgeordneten zu seiner Partei im Rahmen der Abwägung Berücksichtigung finden kann (Art. 21 GG); Parteimitgliedschaft allein kann nur vorübergehende Beobachtung rechtfertigen, um Verhältnis des Parteimitglieds zu verfassungsfeindlichen Strömungen festzustellen; Für langjährige Beobachtung Missbrauch des Mandats zum „Kampf“ bzw. ein aktives und aggressives Bekämpfen der freiheitlichen demokratischen Grundordnung vonnöten; parteipolit. Engagement prinzipiell gut für Demokratie

Tatsächliche Anhaltspunkte für Verdacht verfassungsfeindlicher Bestrebungen bestehen lediglich in Bezug auf einzelne Untergliederungen; Beschwerdeführer individuell nicht verdächtig, verfassungsfeindliche Bestrebungen zu verfolgen

- ⇒ allenfalls eine kurzfristige Beobachtung des Beschwerdeführers zu rechtfertigen gewesen; langjährige Beobachtung einschließlich Sammlung und Speicherung der gewonnenen Informationen genügt den Anforderungen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit nicht

#### **ff) Zwischenergebnis**

- ⇒ Gewinn an Erkenntnissen ist nachrangig gegenüber dem Schutz des Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG, insb. bzgl. des von Art. 46 Abs. 1 GG besonders geschützten parlamentarischen Bereichs

#### **4. Ergebnis zu I.**

- ⇒ Verstoß gegen Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG liegt vor, BVerwG hat Inhalt und Reichweite der Grundrechte und grundrechtsgleichen Rechte verkannt

## **II. Grundrechtsverletzung durch Verstoß gegen Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG i.V.m. Art. 28 Abs. 1 GG**

Grundsatz: GG geht von Verfassungsautonomie der Länder aus; Grundregeln, die wegen Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG auch im Verfassungsbereich der Länder Beachtung verlangen, können mit Hilfe des Bundesverfassungsgerichts durchgesetzt werden, sofern kein anderer gleichwertiger Rechtsschutz zur Verfügung steht; Gegen die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts kein landes-(verfassungs-)rechtlicher Rechtsschutz möglich

- ⇒ Damit ist Schutzbereich des Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG auch für die Beobachtung des *Dr. Fahmentreu* in seiner Zeit als Landtagsabgeordneter, allerdings in Verbindung mit Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG, eröffnet

Für Eingriffs- und Rechtfertigungsprüfung ist auf oben zu verweisen

- ⇒ Das Bundesverwaltungsgericht hat Inhalt und Reichweite der Grundrechte und grundrechtsgleichen Rechte verkannt; damit liegt Verstoß gegen Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG in Verbindung mit Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG vor

## **III. Grundrechtsverletzung durch Verstoß gegen das grundrechtsgleiche Recht auf rechtliches Gehör**

*Dr. Fahmentreu* könnte darüber hinaus durch den seine Anhörungsrüge abweisenden Beschluss, sowie die Nichtberücksichtigung seines Einwandes, dass es einen Unterschied mache, ob parlamentarische oder nicht-parlamentarische Äußerungen ausgewertet werden, in seinem grundrechtsgleichen Recht auf rechtliches Gehör nach Art. 103 Abs. 1 GG verletzt worden sein, weil ein seiner Ansicht nach wesentliches Vorbringen nicht berücksichtigt wurde.

### **1. Schutzbereich**

Gewährung rechtlichen Gehörs bedeutet u. a., dass einem Prozessbeteiligten vor Erlass einer Entscheidung die Gelegenheit gegeben wird, sich in sachlicher und rechtlicher Hinsicht äußern zu können, und dass das Gericht dieses Vorbringen auch zur Kenntnis nimmt und in Erwägung zieht; Beschwerdeführer hat sich zwar geäußert, Vorbringen wurde im Verfahren aber nicht in Erwägung gezogen

- ⇒ Schutzbereich ist eröffnet

### **2. Eingriff**

Eingriff nur dann gegeben, wenn zunächst unterbliebenes rechtliches Gehör in derselben Instanz oder in der Rechtsmittelinstanz nicht nachgeholt wird und Gerichtsentscheidung auf Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG beruht, also nicht ausgeschlossen werden kann, dass Gewährung des rechtlichen Gehörs zu einer anderen, für den Betroffenen günstigeren Entscheidung geführt hätte

Zunächst unterbliebenes rechtliches Gehör ist in keiner Rechtsmittelinstanz nachgeholt worden; dementsprechend ist also darauf abzustellen, ob das Urteil selbst gegen Art. 103 Abs. 1 GG verstieß

Art. 46 Abs. 1 GG entzieht Äußerungen eines Abgeordneten der Informationserhebung und -sammlung, wenn er diese im Bundestag oder in einem seiner Ausschüsse getan hat; entsprechende Berücksichtigung hätte zum Erfolg des verwaltungsrechtlichen Verfahrens zumindest hinsichtlich dieser Überwachung führen müssen

⇒ *Dr. Fahmentreu* ist auch in seinem Recht aus Art. 103 Abs. 1 GG verletzt

#### **IV. Ergebnis zu B.**

⇒ Sowohl Verstoß gegen Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG (i.V.m. Art. 28 Abs. 1 GG) als auch Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG

#### **C. Endergebnis**

⇒ Verfassungsbeschwerde des *Dr. Fahmentreu* wird Erfolg haben

**Hinweis:** Nicht zu prüfen waren aufgrund des Bearbeitervermerks weitere Grundrechte. Auch das Bundesverfassungsgericht musste sich in Anbetracht der bereits gegebenen Begründetheit der Verfassungsbeschwerde nicht zur Verletzung weiterer Grundrechte äußern. Jedenfalls im Hinblick darauf, dass der Beschwerdeführer vorliegend seine Abgeordnetenrechte geltend macht, ist aber höchst fraglich, ob er sich dann auch noch auf die jedermann gewährten Grundrechte, die keine Prozessgrundrechte sind, berufen kann, oder ob ihm dies verwehrt bleibt.