

Der überwachte Abgeordnete (Lösungsvorschlag)¹

© 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 gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a i. V. m. §§ 13 Nr. 8a, 90 ff. BVerfGG

Das Bundesverfassungsgericht ist für **Verfassungsbeschwerden** gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a i. V. m. §§ 13 Nr. 8a, 90 ff. BVerfGG und gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG, §§ 13 Nr. 5, 63 ff. BVerfGG für **Organstreitverfahren** zuständig. Fraglich ist, welche Verfahrensart hier die richtige ist.

1. Organstreitverfahren

Ein Organstreitverfahren kommt in Betracht, wenn oberste Verfassungsorgane oder ihre Teile über den Umfang ihrer Rechte und Pflichten streiten (§ 63 BVerfGG).

Ein einzelner Abgeordneter ist keine selbstständige Gliederungseinheit des Bundestags und daher kein Organteil.² § 63 BVerfGG, der enger als Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG gefasst ist, muss hierbei allerdings verfassungskonform ausgelegt,³ oder als bloß partielle Regelung, die noch weitere Verfahrensbeteiligte zulässt,⁴ betrachtet 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 seinem durch das Grundgesetz verliehenen Statusrecht verletzt zu sein.⁵

Hier streitet *Dr. Fahmentreu* aber mit dem Bundesamt für Verfassungsschutz, einer Bundesoberbehörde. Das Bundesamt ist kein oberstes Verfassungsorgan. Damit kommt das Organstreitverfahren vorliegend nicht in Betracht.

¹ Der Fall und auch die Lösung sind der Entscheidung BVerfG, 2 BvE 6/08, 2 BvR 2436/10 v. 17.09.2013 („Abgeordnetenüberwachung, Bodo Ramelow“) nachempfunden. Vorliegend wurde letztlich hauptsächlich der die Verfassungsbeschwerde (2 BvR 2436/10) betreffende Teil verwertet, sodass auch nur dieses Aktenzeichen zitiert wird. Urteilsrandnummern, soweit nicht anders angegeben, nach Juris.

² BVerfGE 90, 286, 349 f.; E 117, 359, 367 f.; E 123, 267, 337.

³ Dahingehend wohl *Maunz*, in: *Maunz/Dürig*, 78. EL 2016, GG Art. 93 Rn. 12 („soweit letzterer [§ 63 BVerfGG] den ersteren [Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG] einschränkt, kann er nicht wirksam sein“).

⁴ So z.B. *Morgenthaler*, in: *Epping/Hillgruber*, BeckOK GG, 31. Ed. 2016, Art. 93 Rn. 20 m.w.N.

⁵ Vgl. nur: *Morlok/Michael*, Staatsorganisationsrecht, 2013, Rn. 1026.

2. Verfassungsbeschwerde

Fraglich ist, ob stattdessen die Verfassungsbeschwerde die richtige Verfahrensart darstellt.

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts kann ein Bundestagsabgeordneter seine Rechte dann nicht im Wege der Verfassungsbeschwerde geltend machen, wenn er über diese mit einem „Staatsorgan“ streitet.⁶ Dies scheint aufgrund der Beteiligung des Bundesamts für Verfassungsschutz, das zwar kein Staatsorgan ist, aber als Bundesoberbehörde der Aufsicht des Bundesministeriums des Inneren unterliegt, gegen die Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts zu sprechen.

Jedoch zeigt schon der Wortlaut sowohl des Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG als auch des § 90 BVerfGG, dass eine verfassungsrechtliche Kontrolle, gerichtet auf die Wahrung des Art. 38 GG, möglich sein soll. Darüber hinaus garantiert Art. 38 GG in ähnlicher Weise wie die übrigen Vorschriften des Grundgesetzes, in die er in der Aufzählung des Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG eingereiht ist, Individualrechte.⁷ Auch die Ausprägungen des Statusrechts des Abgeordneten können subjektiv-öffentliche Rechte desselben darstellen.⁸ Der 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.⁹

Die Verfassungsbeschwerde ist einschlägig.¹⁰

II. Beteiligtenfähigkeit (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG: „jeder-mann“)

Dr. Fahrentreu müsste „jeder-mann“ i. S. d. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG sein. Seine Abgeordnetentätigkeit und die Beschwerde über eine Verletzung von Rechten, die seinem Mandat entspringen und damit gerade nicht jeder-mann gleichermaßen zukommen, könnten gegen eine Beteiligtenfähigkeit sprechen. Diese Sichtweise würde aber die geforderte Gewährung effektiven Rechtsschutzes (s. o.) unterlaufen.

Die Beteiligtenfähigkeit des *Dr. Fahrentreu*, der somit „jeder-mann“ i. S. d. Vorschriften ist, ist daher gegeben.

⁶ BVerfGE 32, 157, 162; 43, 142, 148, 150; 64, 301, 312; 99, 19, 29; BVerfG, 2 BvR 2436/10 v. 17.09.2013, Rn. 84.

⁷ BVerfG, 2 BvR 2436/10 v. 17.09.2013, Rn. 85.

⁸ BVerfG, 2 BvR 508/01 v. 30.07.2003, Rn. 38.

⁹ BVerfG, 2 BvR 508/01 v. 30.07.2003, LS 1.

¹⁰ BVerfG, 2 BvR 2436/10 v. 17.09.2013, Rn. 86.

III. Beschwerdegegenstand (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG: „Akt der öffentlichen Gewalt“)

Verfassungsbeschwerden können sich nur gegen einen „Akt öffentlicher Gewalt“ richten. Gemeint sind damit alle Maßnahmen der vollziehenden, gesetzgeberischen und rechtsprechenden Gewalt. *Dr. Fahrentreu* will sich gegen das **Urteil des Bundesverwaltungsgerichtes** wenden. Dieses ist unzweifelhaft ein Akt der öffentlichen Gewalt und damit tauglicher Beschwerdegegenstand der Verfassungsbeschwerde. Das Gleiche gilt für den **Beschluss** vom 27. Januar 2017, mit dem die **Anhörungsrüge** zurückgewiesen wurde.

Hinweis: Ob das Urteil allein oder nur gemeinsam mit dem Beschluss im Wege der Anhörungsrüge angegriffen werden kann, wird von der Rechtsprechung unterschiedlich gehandhabt. Grundsätzlich gilt, dass die Anhörungsrüge nach § 152a VwGO der Verletzung des Rechts auf rechtliches Gehör abhelfen kann. Tut sie dies nicht, indem sie als unzulässig verworfen oder als unbegründet zurückgewiesen wird, so liegt es nahe, die Verletzung des rechtlichen Gehörs auf das Urteil zu stützen und den Beschluss für „gegenstandslos“ zu halten (so der Verfassungsgerichtshof des Landes Berlin in ständiger Rechtsprechung¹¹). Das Bundesverfassungsgericht sieht in dem Beschluss hingegen eine Perpetuierung des Verstoßes gegen Art. 103 GG.¹² In der Sache macht dies letztlich keinen Unterschied.

IV. Beschwerdebefugnis (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG: „Behauptung, in einem seiner Grundrechte verletzt zu sein“)

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. Dies ist immer dann der Fall, wenn die Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung nicht von vornherein ausgeschlossen und der Beschwerdeführer selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen ist.¹³ Im Rahmen der Verfassungsbeschwerde gegen ein Urteil („Urteilsverfassungsbeschwerde“) ist darüber hinaus zu beachten, dass das Bundesverfassungsgericht keine Superrevisionsinstanz ist. Es überprüft nicht die richtige Auslegung und Anwendung einfachgesetzlicher Normen, sondern beschränkt seine Prüfung darauf, zu untersuchen, ob die Fachgerichte bei der Rechtsanwendung spezifisches Verfassungsrecht verletzt haben. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn das Gericht Grundrechte übersehen, den Schutzbereich oder die Schranken eines Grundrechts oder die Wechselwirkung zwischen Grundrecht und grundrechtseinschränkendem Gesetz verkannt oder ein verfassungswidriges Gesetz angewendet hat.¹⁴

¹¹ S. z.B. VerfGH Berlin, 152/11 v. 19.12.2013, Rn. 24.

¹² BVerfG, 2 BvR 425/12 v. 14.08.2013, Rn. 20.

¹³ BVerfGE 79, 1, 13.

¹⁴ Vgl. BVerfGE 101, 361, 388. Vgl. dazu *Kingreen/Poscher*, Staatsrecht II, 32. Aufl., 2016, Rn. 1304 ff.; BVerfGE 7, 275, 281. Für Art. 103 GG s. BVerfGE 75, 302, 312 f. = NJW 1987, 2733; vgl. *Kunig*, in: v. Münch/Kunig GG Art 103 Rn 3a; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, 2. Aufl., 2008, Art 103 Abs. 1 Rn. 30 f.; BVerfG, NJW 2004, 3551, LS 1.

Es ist möglich, dass das Verwaltungsgericht bei seinen Entscheidungen den Abgeordnetenrechten des *Dr. Fahmentreu* nicht ausreichend Rechnung getragen haben könnte. Damit könnte eine Verletzung von Art. 38 Abs. 1 GG vorliegen (gegebenenfalls i. V. m. Art. 28 GG für seine Zeit als Mitglied des Abgeordnetenhauses). Allein, dass die Möglichkeit besteht, dass das Gericht trotz Hinweises des *Dr. Fahmentreu* die Reichweite des Art. 38 Abs. 1 GG verkannt haben könnte, begründet bereits die Möglichkeit einer Verletzung seines Anspruchs auf rechtliches Gehör gemäß Art. 103 Abs. 1 GG und würde eine Verletzung spezifischen Verfassungsrechts darstellen.

Darüber hinaus ist *Dr. Fahmentreu* durch die Entscheidung des Gerichts unmittelbar selbst beschwert.

Fraglich ist, ob er auch gegenwärtig beschwert ist. Auch wenn die Prüfung sich auf die konkrete gerichtliche Maßnahme bezieht, so ist doch letztlich deren Gegenstand, also der Sachverhalt, über den entschieden wurde, maßgeblich für die Beurteilung der Gegenwartigkeit. Es ist zunächst anzubringen, dass das Kriterium der Gegenwartigkeit weit verstanden wird. Gegenwartigkeit ist dann nicht mehr gegeben, wenn eine Wirkung für den Beschwerdeführer erst weit in der Zukunft zu spüren ist oder die angegriffene Maßnahme keine Wirkungen mehr entfaltet. Dafür könnte vorliegend sprechen, dass *Dr. Fahmentreu* sein Mandat nicht mehr innehat, die Beobachtung eingestellt werden soll und somit im Grunde ihren Abschluss gefunden hat. Andererseits hat der Beschwerdeführer aber ein bereits aus der Wichtigkeit des Abgeordnetenrechts entspringendes erhebliches Interesse daran, festgestellt zu wissen, ob es sich bei der Beobachtung und deren gerichtlicher Bestätigung um ein verfassungswidriges Vorgehen gehandelt hat, das ihn in seinen Rechten verletzt hat. Zudem ist nicht auszuschließen, dass er sich weiter politisch betätigen und nochmals in ein Parlament gewählt wird. Aufgrund seiner Aktivitäten besteht für ihn dann die erneute Gefahr, wieder zum Beobachtungsobjekt zu werden.

Die Gegenwartigkeit ist gegeben.

Hinweis: Im Grunde handelt es sich um besondere Ausprägungen des Rechtsschutzbedürfnisses und Einschränkungen der Kompetenz des Bundesverfassungsgerichts. Man könnte die soeben dargestellten Themenfelder demnach durchaus erst später ansprechen und auch gutachtlich im Prüfungspunkt des Rechtsschutzbedürfnisses verankern.¹⁵

Der Bearbeiter empfiehlt, den beschränkten Prüfungsumfang zu Beginn der Begründetheitsprüfung jedenfalls noch einmal kurz darzustellen.

Dr. Fahmentreu ist beschwerdebefugt.

¹⁵ So auch BVerfG, 2 BvR 2436/10 v. 17.09.2013, Rn. 87. Der Argumentationsweg des BVerfG im konkreten Fall, dass eine Erledigung des ursprünglichen Rechtsstreits nicht eingetreten sein könne, weil sich bereits der Verwaltungsrechtsstreit von vornherein auch auf den in der Vergangenheit liegenden Beobachtungszeitraum bezogen habe, überzeugt jedoch für sich genommen nicht. Dass sich bereits die Instanzgerichte (kürzlich) mit dem Streitgegenstand auseinandergesetzt haben, mag ein Kriterium sein, lässt aber nicht aus sich heraus den Schluss auf die Gegenwartigkeit zu.

Hinweis: Ob auch die Verletzung des Art. 38 Abs. 1 i. V. m. Art. 28 Abs. 1 GG angegriffen werden kann, muss hier – abgesehen von einem kurzen Hinweis – nicht weiter angesprochen werden.

Letztlich liegen zwei Problemfelder zu Grunde:

1. Beschwerdegegenstand sind ein Urteil und ein Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts, die nur vor dem Bundes- und keinem Landesverfassungsgericht angefochten werden können. Dies kann im Rahmen der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde angesprochen werden.
2. Zudem müsste das Grundgesetz überhaupt Landesabgeordneten Abgeordnetenrechte vermitteln. Das ist eine Frage der Begründetheit, die das Bundesverfassungsgericht auch dort ausführt. Es wäre nicht falsch, sie hier anzusprechen. Da man in der Beschwerdebefugnis letztlich den Prüfungsumfang (vor)bestimmt, würde aber zu einem (unnötigen) Aufblähen der Zulässigkeitsprüfung führen.

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

Ein ordnungsgemäßer Antrag nach §§ 23 Abs. 1, 92 f. BVerfGG müsste noch gestellt werden können. Ein solcher verlangt die Wahrung der Frist- und Formerfordernisse. Während die Wahrung der Form noch unproblematisch möglich sein sollte, stellt die Fristwahrung ein Problem dar.

Die Verfassungsbeschwerde müsste innerhalb der **Frist** des § 93 Abs. 1 BVerfGG (1 Monat) eingelegt worden sein. Allerdings wäre diese in Bezug auf die Urteilsverkündung schon abgelaufen. Fraglich ist, ob möglicherweise durch die Anhörungsrüge die Frist erst später zu laufen beginnt. Hierbei sind **verschiedene Konstellationen** zu unterscheiden.

So könnte man 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 die 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“. Im Rahmen der Verfahrensfortführung könnte es daher dazu kommen, dass auch die übrigen Grundrechtsverletzungen durch das letztinstanzliche Gericht beseitigt werden, so dass insoweit die Notwendigkeit des Durchlaufens des Anhörungsrügeverfahrens auch im Hinblick auf die übrigen Grundrechtsverletzungen als Ausdruck der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde angesehen werden kann. Dementsprechend geht das Bundesverfassungsgericht davon aus, dass **„der Lauf der Frist zur Einlegung und Begründung der Verfassungsbeschwerde erst mit der Bekanntgabe der Entscheidung über die Anhörungsrüge [beginnt]. Etwas anderes gilt jedoch im Fall der Einlegung einer für den Beschwerdeführer erkennbar offensichtlich unzulässigen oder offensichtlich aussichtslosen Anhörungsrüge**. Denn der Beschwerdeführer soll sich nicht durch einen offensichtlich unzulässigen oder offensichtlich aussichtslosen Rechtsbehelf die Möglichkeit zur Ein-

legung einer Verfassungsbeschwerde offen halten können. **Offensichtlich unzulässig oder aussichtslos ist ein Rechtsbehelf**, über dessen Unzulässigkeit oder Aussichtslosigkeit der Beschwerdeführer bei seiner Einlegung nach dem Stand der Rechtsprechung und Lehre **nicht im Ungewissen sein konnte**.¹⁶

Demzufolge ist hier zu prüfen, ob die zulässige Anhöhrungsrüge offensichtlich aussichtslos war. Unter Berücksichtigung von Art. 46 Abs. 1 S. 1 GG, nach dem ein Abgeordneter „zu keiner Zeit wegen seiner Abstimmung oder wegen einer 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“ darf, und der mangelnden Unterscheidung von Äußerungen innerhalb und außerhalb des Parlaments durch die Gerichte, erschien die zulässige Anhöhrungsrüge aber **jedenfalls nicht als offensichtlich aussichtslos**, so dass die **Frist noch nicht abgelaufen** ist.

VI. Rechtsschutzbedürfnis

Ein Rechtsschutzbedürfnis ist nur dann zu bejahen, wenn der **Rechtsweg erschöpft** ist und der **Grundsatz der Subsidiarität** der Verfassungsbeschwerde der Zulässigkeit nicht entgegensteht.

Dr. Fahrentreu hat gemäß § 90 Abs. 2 BVerfGG den Rechtsweg erschöpft, insbesondere hat er auch eine Anhöhrungsrüge nach § 152a VwGO erhoben. Diese gehört zum Rechtsweg i. S. d. § 90 Abs. 2 BVerfGG, wenn eine Verletzung rechtlichen Gehörs geltend gemacht wird.¹⁷

Man könnte daran denken, dass für die Beobachtung des *Dr. Fahrentreu* in seiner Zeit als Landtagsabgeordneter Schutz vor dem Landesverfassungsgericht zu suchen ist und den vorliegenden Verfahren insoweit der Grundsatz der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde entgegensteht. Gegen Urteile des **Bundesverwaltungsgerichts** ist aber eine Beschwerde vor einem **Landesverfassungsgericht** nicht möglich.¹⁸

Hinweis: Das Bundesverfassungsgericht prüft dies in der Begründetheit bei der Frage der Eröffnung des Schutzbereichs von Art. 38 Abs. 1 S. 2 i. V. m. Art. 28 Abs. 1 GG. Es lässt sich aber auch hier ansprechen.

VII. Ergebnis zu A.

Die Verfassungsbeschwerde des *Dr. Fahrentreu* ist zulässig.

¹⁶ BVerfG, 2 BvR 1979/08 v. 31.8.2011, Rn. 10.

¹⁷ BVerfG, 1 BvR 3057/11 v. 16.07.2013, Rn. 22.

¹⁸ BVerfG, 2 BvR 2436/10 v. 17.09.2013, Rn. 106.

B. Begründetheit

Vorliegend handelt es sich um eine **Urteilsverfassungsbeschwerde**. Hier ist zu beachten, dass sich das Bundesverfassungsgericht nicht als Superrevisionsinstanz sieht. Es prüft nicht, ob das Fachgericht das einfache Recht richtig angewendet und ausgelegt hat, sondern beschränkt sich auf die Prüfung der spezifischen Verletzung von **Verfassungsrecht**. Es geht also um die Frage, ob das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts den verfassungsrechtlichen Maßstäben nicht hinreichend Rechnung trägt, indem es **Inhalt und Reichweite der Grundrechte und grundrechtsgleichen Rechte** verkennt.¹⁹

I. Grundrechtsverletzung durch Verstoß gegen Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG²⁰

Eine Grundrechtsverletzung liegt vor, wenn die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts das aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG entspringende Recht des *Dr. Fahnen-treu* verletzt. Dazu müsste ein Eingriff in den Schutzbereich vorliegen, der nicht gerechtfertigt werden kann.

1. Schutzbereich

Fraglich ist, wie weit der Schutzbereich des Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG gefasst ist. Er müsste neben dem **Bestand** auch die **Ausübung** des Mandats umfassen, die **freie Willensbildung** des Abgeordneten und die **Kommunikation** zwischen Repräsentanten und Repräsentierten schützen sowie einen Raum gewährleisten, der den Abgeordneten vor **Beobachtung, Beaufsichtigung und Kontrolle durch die Exekutive** schützt.

Würde das Mandat nur in seinem Bestand, nicht aber in der tatsächlichen Ausübung Schutz durch Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG erfahren, so könnte der einzelne Abgeordnete seiner Aufgabe aus Furcht vor Repressalien u. U. nicht mehr nachkommen. Art. 38 Abs. 1 GG schützt daher **nicht nur den Bestand**, sondern auch die **tatsächliche Ausübung des Mandats**.²¹

Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG beinhaltet das **Recht des Abgeordneten, frei zu entscheiden, seinen Willen frei zu bilden**.²² Dieses Recht wird noch verstärkt durch den Zusammenhang mit dem Grundsatz der **parlamentarischen Demokratie** (Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG). Dieser Schutz der **Willens- und Entscheidungsbildung der Abgeordneten setzt den Schutz der Kommunikationsbeziehung** zwischen den Abgeordneten und Wählern vor gezielter staatlicher Beeinflussung und staatlicher Abschreckung **voraus**.²³

¹⁹ Vgl. BVerfGE 101, 361, 388. Dazu *Kingreen/Poscher*, Staatsrecht II, 32. Aufl., 2016, Rn. 1314 ff.; BVerfGE 7, 275, 281; für Art. 103 GG s. BVerfGE 75, 302, 312 f. = NJW 1987, 2733; vgl. *Kunig*, in: v.Münch/Kunig GG Art. 103 Rn. 3a; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, 2. Aufl., 2008, Art. 103 Abs. 1 Rn. 30 f.; BVerfG, NJW 2004, 3551, LS 1.

²⁰ Das Folgende beruht auf BVerfG, 2 BvR 2436/10 v. 17.09.2013, Rn. 89 ff.

²¹ Vgl. nur: *Butzer*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, 31. Ed. 2016, Art. 38, Rn. 94.

²² Vgl. nur: *Butzer*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, 31. Ed. 2016, Art. 38, Rn. 94.

²³ BVerfG, 2 BvR 2436/10 v. 17.09.2013, Rn. 94.

Der Abgeordnete hat dabei eine „**Transformationsfunktion**“²⁴, er wird beeinflusst durch die Willensbildung des Volkes und bringt diesen Willen in den Willensbildungsprozess der Staatsorgane ein. Dabei findet ein Wechselspiel statt, wobei der Abgeordnete als „Verbindungsglied zwischen Parlament und Bürger“²⁵ fungiert. **Der kommunikative Prozess ist damit ebenfalls von Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG geschützt.** Dies verlangt insbesondere, dass Meinungen und Interessen den Abgeordneten unverfälscht, d. h. ohne staatliche Beeinflussung, erreichen können.

Dabei ist das gesamte politische Handeln des Abgeordneten umfasst und nicht nur das Handeln im parlamentarischen Bereich. Eine Trennung in verschiedene Sphären ist nicht möglich.²⁶

Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG schützt dementsprechend auch die **Freiheit der Abgeordneten von exekutiver Beobachtung, Beaufsichtigung und Kontrolle.**²⁷ Dies wird **verstärkt durch den Grundsatz der Gewaltenteilung** (Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG). Der von Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG, der Gewaltenteilung und dem Demokratieprinzip etablierte Kontrollzusammenhang²⁸ zwischen Bundestag und Bundesregierung geht von den Abgeordneten aus und verläuft mit dem demokratischen Legitimationsstrang vom Bundestag hin zur Regierung, nicht aber umgekehrt.²⁹

Die Kontrolle von Regierung und Verwaltung gehört zum Kernbereich der parlamentarischen Aufgaben. Die „Kontrolle“ des Parlaments erfolgt grundsätzlich durch die Wähler.³⁰

Der Schutzbereich umfasst demnach die freie Ausübung des Mandats, insbesondere die Willensbildung und Kommunikation des Abgeordneten, und schützt diesen vor Beobachtung durch die Exekutive.

Der Schutzbereich ist eröffnet.

2. Eingriff

Es müsste ein Eingriff in den Schutzbereich vorliegen.

Das 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.

Nach dem **klassischen Eingriffsbegriff** sind dafür vier Voraussetzungen notwendig: Der Eingriff muss (1) final und nicht bloß unbeabsichtigte Folge, (2) unmittelbar und (3) ein Rechtsakt mit rechtlicher und nicht bloß tatsächlicher Wirkung sein, sowie (4) mit Befehl und Zwang angeordnet bzw. durchgesetzt werden können. Der **neuere Eingriffsbegriff** weitet dagegen alle vier Kategorien aus. Nach ihm ist ein Eingriff

²⁴ BVerfG, 2 BvR 2436/10 v. 17.09.2013, Rn. 96, unter Verweis auf *Morlok*, in: Dreier, GG, Bd. 2, 2. Aufl. 2006, Art. 38 Rn. 135.

²⁵ Ebd.

²⁶ Ebd. Rn. 98 unter Verweis auf: BVerfGE 40, 296 (313); BVerfGE 118, 277 (355).

²⁷ Ebd. Rn. 100 ff.

²⁸ Vgl. *Möllers*, JZ 2011, 48 (50); *Gusy*, ZRP 2008, 36.

²⁹ BVerfG, 2 BvR 2436/10 v. 17.09.2013, Rn. 101.

³⁰ Ebd.

jedes staatliche Handeln, das dem Einzelnen ein Verhalten, das in den Schutzbereich eines Grundrechts fällt, ganz oder teilweise unmöglich macht.³¹

Hier kommt in Betracht, dass die Beobachtung, Informationssammlung und Auswertung in die Ausübung des **freien Mandats** und die **Kommunikationsbeziehung** zwischen Abgeordneten und Bürgern eingreift.

Schon die Beobachtung nämlich kann dazu führen, dass der Beobachtete sich anders verhält.³² Es kommt dabei nicht darauf an, ob das exekutivische Handeln darauf gerichtet ist, den Beschwerdeführer zu einem Verhalten zu verleiten oder ob es tatsächlich beeinflusst wurde. Dies gilt ebenfalls für die daran anschließende **Informationssammlung** und **Auswertung**. Die freie Zugänglichkeit der Quellen, also die Nichtnutzung nachrichtendienstlicher Methoden, kann keinen Unterschied machen; auch diese Art der Beobachtung stört die Grundrechtswahrnehmung im Schutzbereich.³³

Die Kommunikationsbeziehung zu den Wählern ist betroffen. Die 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. Die bloße Möglichkeit, dass sich die Überwachung auch auf die Bürger erstreckt, kann eine abschreckende Wirkung entfalten und schon im Vorfeld zu Kommunikationsstörungen und Verhaltensanpassungen führen.³⁴

Schließlich wird durch die Beobachtung des Abgeordneten „der im Grundgesetz vorgesehene typische **Kontrollzusammenhang zwischen Legislative und Exekutive umgekehrt**“³⁵. Auch dies spricht für die Eingriffsqualität der Maßnahme.

In der **Beobachtung** des Beschwerdeführers durch das Bundesamt für Verfassungsschutz liegt nach den vorstehenden Maßstäben ein Eingriff in dessen freie Mandatsausübung.

3. Rechtfertigung

Der vorliegende Eingriff in das freie Mandat des Abgeordneten könnte jedoch gerechtfertigt sein.

³¹ Kingreen/Poscher, Staatsrecht II, 32. Aufl., 2016, Rn. 261.

³² S. auch BVerfGE 100, 313 (381) – Telekommunikationsüberwachung: „Die Befürchtung einer Überwachung mit der Gefahr einer Aufzeichnung, späteren Auswertung, etwaigen Übermittlung und weiteren Verwendung durch andere Behörden kann schon im Vorfeld zu einer Befangenheit in der Kommunikation, zu Kommunikationsstörungen und zu Verhaltensanpassungen [...] führen.“

³³ BVerfG, 2 BvR 2436/10 v. 17.09.2013, Rn. 107; unter Verweis auf: BVerfGE 120, 378 (398 f.).

³⁴ BVerfG, 2 BvR 2436/10 v. 17.09.2013, Rn. 108, m.w.N.; Sokolov, MIP 2014, 170 (174).

³⁵ BVerfG, 2 BvR 2436/10 v. 17.09.2013, Rn. 109, unter Verweis auf Möllers, JZ 2011, 48 (50).

a) Hinreichend bestimmte Rechtsgrundlage

Der Eingriff bedarf jedenfalls einer **hinreichend bestimmten Rechtsgrundlage**. Dabei kann offenbleiben, ob sich dieses Erfordernis bereits aus dem Gesetzgebungsauftrag in Art. 38 Abs. 3 GG ergibt, denn die verfassungsrechtliche Notwendigkeit eines Parlamentsgesetzes folgt jedenfalls aus dem auf der Wesentlichkeitsdoktrin des Bundesverfassungsgerichts (und somit dem Rechtsstaats- und Demokratieprinzip) beruhenden Vorbehalt des Gesetzes.³⁶

Der 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 einem formellen Parlamentsgesetz.

Es ist aber bereits fraglich, ob der Gesetzgeber die Überwachung von Abgeordneten überhaupt wollte. Allerdings war bei Erlass des BVerfSchG allgemein bekannt, dass auch Abgeordnete beobachtet werden. Mangels anderweitiger Anhaltspunkte ist anzunehmen, dass diese Beobachtung nicht grundsätzlich in Frage gestellt werden sollte, weshalb insofern davon auszugehen ist, dass der Gesetzgeber auch die Beobachtung von Abgeordneten umfassen wollte.³⁷

Die Vorschriften müssten hinreichend klar und bestimmt sein, wobei allein die Auslegungsbedürftigkeit nicht zum Fehlen der Bestimmtheit führt.³⁸ Entscheidend ist, ob sich mit Hilfe der üblichen Auslegungsmethoden ein ausreichend klarer Inhalt der Norm ermitteln lässt (Art. 20 Abs. 3 GG).

Die Tatbestandsvoraussetzungen sind grundsätzlich ausreichend klar geregelt.

In der Norm werden Abgeordnete nicht eigens erwähnt. Mangels einer Unterscheidung gelten die Regelungen somit gleichermaßen für die Überwachung von Abgeordneten wie anderer Personen. Bezweifelt werden kann daher, ob das Bundesverfassungsschutzgesetz dem Schutz des Abgeordnetenmandats ausreichend Rechnung trägt.³⁹

Der Gesetzgeber hat in § 8 ff. BVerfSchG ein System von in ihrer Intensität abgestuften Maßnahmen vorgesehen.⁴⁰ Der besonderen Schutzwürdigkeit von Abgeordneten kann darüber hinaus im Rahmen der nach § 8 Abs. 5 BVerfSchG gebotenen Verhältnismäßigkeitsprüfung Rechnung getragen werden. So muss das Bundesamt für Verfassungsschutz die Tatsache berücksichtigen, dass die zu beobachtende Person Abgeordneter ist und damit dem besonderen Schutz des Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG unterliegt.⁴¹

Mit den genannten Vorschriften hat der Gesetzgeber also die Beobachtung von Abgeordneten des Deutschen Bundestages grundsätzlich dem Grundsatz der Verhält-

³⁶ BVerfG, 2 BvR 2436/10 v. 17.09.2013, Rn. 126 m.w.N.

³⁷ BVerfG, 2 BvR 2436/10 v. 17.09.2013, Rn. 134 f. unter Verweis auf BT-Drs. 10/6584, S. 126 ff.; dies ist zwar kein juristisches Allgemeinwissen, ist aber dem Sachverhalt zu entnehmen.

³⁸ BVerfG, 2 BvR 2436/10 v. 17.09.2013, Rn. 127 m.w.N.

³⁹ *Prigge*, MIP 2014, 202 (202), nach dem das BVerfSchG „ausschließlich Generalklauseln“ enthalte.

⁴⁰ *Sokolov*, MIP 2014, 170 (175).

⁴¹ BVerfG, 2 BvR 2436/10 v. 17.09.2013, Rn. 134 f.; a.A. *Sokolov*, MIP 2014, 170 (173), der gesetzlich geregelte Spezialvorschriften für Abgeordnete als verfassungsrechtlich geboten ansieht.

nismäßigkeit entsprechend erlaubt und damit die wesentliche Entscheidung selbst getroffen.⁴²

Damit stellen die genannten Vorschriften eine hinreichend bestimmte Rechtsgrundlage dar.⁴³

b) Verhältnismäßigkeit im Einzelfall

Die getroffenen Maßnahmen müssten aber auch im Einzelfall verhältnismäßig gewesen sein. Sie müssten sich demnach an einem legitimen Zweck orientiert haben, zu dessen Erreichung geeignet, erforderlich und schließlich angemessen gewesen sein.

aa) Legitimes Mittel

Im Einzelfall können bereits die eingesetzten Mittel per se illegitim sein.⁴⁴ Dies ist dann der Fall, wenn das Grundgesetz diese explizit verbietet, wie z. B. im Fall der „Zensur“ in Art. 5 Abs. 1 GG.

Allerdings sieht das Bundesverfassungsgericht im vorliegenden Fall Art. 46 Abs. 1 GG in Bezug auf die Auswertung der parlamentarischen Drucksachen zwar zunächst als absolutes Verbot an⁴⁵, im Rahmen der Prüfung der Anwendung von Verfassungsrecht durch das Bundesverwaltungsgericht dann aber vielmehr als zusätzlichen Aspekt, der im Rahmen der Abwägung zu berücksichtigen sei⁴⁶. Vorzugswürdig ist die Auffassung, Art. 46 Abs. 1 GG als absolutes Verbot zu sehen.

Gemäß **Art. 46 Abs. 1 GG** darf ein Abgeordneter nicht wegen einer 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“.

Vorliegend wurden durch den Verfassungsschutz Bundestagsdrucksachen ausgewertet. Diese Auswertung hat selbst keine unmittelbaren Folgen für die Arbeitsfähigkeit des Abgeordneten, insofern könnte das Vorliegen eines Eingriffs in Art. 46 Abs. 1 GG mit dem Argument abgelehnt werden, dass kein gerichtliches oder dienstliches Verfolgen bzw. Zur-Verantwortung-Ziehen vorliegt.

Das Bundesverfassungsgericht versteht diese Vorschrift, unter Hinweis auf Wortlaut und Telos, der im Schutz der Arbeits- und Funktionsfähigkeit des Parlaments liegt, aber weit. Insbesondere weist das Gericht den Einwand, die Beobachtung durch den Verfassungsschutz habe keinen Sanktionscharakter, weil sie keine unmittelbaren Folgen nach sich zöge, zurück. Auf eine Unmittelbarkeit der Folgen kommt es für die

⁴² Kritisch dazu: *Sokolov*, MIP 2014, 170 (175).

⁴³ Ebd. Rn. 133.

⁴⁴ Der Prüfungsort für diesen Sonderfall wird unterschiedlich gehandhabt. Die Frage des legitimen Mittels kann – wie hier – an den Anfang der Verhältnismäßigkeitsprüfung gestellt werden, so: *Michael/Morlok*, Grundrechte, 4. Aufl., 2014, Schema 2, S. 470; das BVerfG prüft dies, zumindest im vorliegenden Fall, im Rahmen der Angemessenheit.

⁴⁵ BVerfG, 2 BvR 2436/10 v. 17.09.2013, Rn. 124.

⁴⁶ BVerfG, 2 BvR 2436/10 v. 17.09.2013, Rn. 143.

Bejahung eines Eingriffs nicht an.⁴⁷ Insbesondere liegt auch in der bloßen Auswertung der Drucksachen ein faktisches Hemmnis, wenn der Abgeordnete mit einer späteren Verwertung, etwa im Verfassungsschutzbericht, rechnen muss.⁴⁸

Damit verstößt die Auswertung der Bundestagsdrucksachen aufgrund des durch Art. 46 Abs. 1 GG gewährten Schutzes gegen Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG und hätte vom Bundesverwaltungsgericht in dessen Urteil als Rechtsverstoß des Bundesamtes für Verfassungsschutz berücksichtigt werden müssen.⁴⁹

bb) Legitimer Zweck

Fraglich ist, ob im Übrigen ein **legitimer Zweck** verfolgt wurde. Auch wenn die einzelnen Abgeordneten nicht von vornherein jeder Kontrolle entzogen sind, so ist dies jedoch in erster Linie eine eigene Aufgabe des Deutschen Bundestages, die dieser im Rahmen seiner Parlamentsautonomie wahrnimmt.⁵⁰ Darüber hinausgehende Eingriffskompetenzen der Exekutive können nur im Einzelfall zugunsten anderer Rechtsgüter von Verfassungsrang vorliegen.⁵¹

Der **Schutz der freiheitlichen demokratischen Grundordnung, der sich** in § 3 Abs. 1 Nr. 1 i. V. m. § 4 Abs. 1 S. 1 lit. c) BVerfSchG als Ziel bundesverfassungsschutzdienstlicher Tätigkeiten wiederfindet, könnte einen solchen legitimen Zweck darstellen. Der Verfassungsgeber hat sich für eine streitbare, wehrhafte Demokratie entschieden⁵² und zum Zwecke deren Schutzes (und der die Demokratie gewährenden Verfassung) ausdrücklich Gesetzgebungskompetenzen und Verwaltungsregelungen zur Schaffung von Verfassungsschutz in Art. 73 Nr. 10 lit. b und Art. 87 Abs. 1 S. 2 GG festgelegt⁵³. Geschützt werden sollen insbesondere die Repräsentationsfunktion und die Funktionsfähigkeit des Parlaments.⁵⁴

Der angestrebte Schutz der freiheitlichen demokratischen Grundordnung stellt demnach einen legitimen Zweck dar.

cc) Geeignetheit

Ein Eingriff ist dann geeignet, wenn durch ihn die Zielerreichung gefördert wird. Das kann hier schon fraglich sein, da *Dr. Fahrentreu* nicht vorgeworfen wurde, selbst die freiheitliche demokratische Grundordnung zu gefährden. Jedoch sprechen gute Gründe dafür, dass auch durch seine Beobachtung Erkenntnisse gewonnen werden konnten.

⁴⁷ BVerfG, 2 BvR 2436/10 v. 17.09.2013, Rn. 124.

⁴⁸ *Warg*, NVwZ 2014, 36 (37).

⁴⁹ Insoweit sieht das BVerfG hier nur einen Verstoß gegen den Abwägungsgrundsatz als gegeben an: BVerfG, 2 BvR 2436/10 v. 17.09.2013, Rn. 143.

⁵⁰ BVerfG, 2 BvR 2436/10 v. 17.09.2013, Rn. 102.

⁵¹ BVerfG, 2 BvR 2436/10 v. 17.09.2013, Rn. 111.

⁵² BVerfG, 2 BvR 2436/10 v. 17.09.2013, Rn. 112 m.w.N.

⁵³ BVerfG, 2 BvR 2436/10 v. 17.09.2013, Rn. 113.

⁵⁴ BVerfG, 2 BvR 2436/10 v. 17.09.2013, Rn. 111.

In seiner Fraktion war ein Mitglied der Gruppe „*Plattform 1914*“, die die Gerichte auflösen und die Regierung unter die Kontrolle einer Einheitspartei stellen will. Dies verstößt gegen die freiheitlich-demokratische Grundordnung (vgl. § 4 Abs. 2 lit. d) und lit. e) BVerfSchG). Die Beobachtung des *Dr. Fahmentreu* hat jedenfalls die Möglichkeit geboten, zusätzliche Erkenntnisse zu gewinnen. Dass die Erkenntnisse laut Sachverhalt trotzdem nur marginal waren, spricht nicht gegen die Geeignetheit.

dd) Erforderlichkeit

Ein Eingriff ist dann erforderlich, wenn es keine milderen Mittel gibt, die das Ziel ebenso gut erreichen können. Gerade beim Sammeln von Informationen ist aber nie auszuschließen, dass die Beobachtung einer weiteren Quelle zu weiteren wichtigen Informationen führt. Die ebenso wirksame Zielerreichung würde durch den Verzicht auf die Beobachtung demnach nicht erreicht werden können.

Hinweis: Das Bundesverfassungsgericht unterscheidet oft selbst nicht sauber zwischen den verschiedenen Ebenen der Verhältnismäßigkeitsprüfung – und wird dafür zu Recht mitunter kritisiert. Im vorliegenden Fall unterscheidet es zwar ausdrücklich zwischen Erforderlichkeit und Angemessenheit, wägt dann aber doch nur gegeneinander ab. Sie sollten aber grundsätzlich Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit getrennt prüfen.

ee) Angemessenheit

Der Eingriff muss auch angemessen sein, d. h. das Ausmaß des Eingriffs in die Rechte des betroffenen Abgeordneten und das Ziel des Eingriffs (Schutz der freiheitlichen demokratischen Grundordnung) müssen in einem wohlausgewogenen Verhältnis stehen.

Aufgrund des Umstandes, dass allein öffentlich zugängliche Quellen ausgewertet wurden und auf den Einsatz nachrichtendienstlicher Mittel verzichtet wurde, könnte man eine geringe Eingriffsintensität annehmen.⁵⁵ Das Bundesamt für Verfassungsschutz bediente sich im Grunde nur solcher Quellen, zu denen jeder Private Zugang gehabt hätte. Diese Sicht würde aber die Besonderheit staatlicher Beobachtung, die in der umfassenden Systematisierung und dauerhaften Verfügbarkeit der gesammelten Daten und der damit verbundenen abstrakten Gefährlichkeit liegt, verkennen.⁵⁶ Gerade die Beobachtung der Legislative durch die Exekutive wiegt zudem durch die Umkehrung der verfassungsrechtlich primär vorgesehenen Kontrollrichtung besonders schwer.⁵⁷ Es handelt sich also bereits **abstrakt**⁵⁸ um einen besonders schweren

⁵⁵ Zum eher missverständlichen Begriff der „offenen Beobachtung“ in diesem Zusammenhang *Sokolov*, MIP 2014, 170 (170 f.).

⁵⁶ *Sokolov*, MIP 2014, 170 (173 f.).

⁵⁷ Vgl. BVerfG, 2 BvR 2436/10 v. 17.09.2013, Rn. 112 ff. („zumindest ähnlich strenge Anforderungen [...] wie für besonders schwere Eingriffe in die Rechte der Abgeordneten durch das Parlament selbst“ – Rn. 116).

⁵⁸ Zur Unterscheidung zwischen abstrakter und konkreter Abwägung und allgemein als sehr gute Einführung in die „Kunst“ der Abwägung i.R.d. Angemessenheit, Morlok/Michael, Grundrechte, 4. Auflage, 2014, Rn. 623 ff.

Eingriff, zumal das freie Mandat für die repräsentative demokratische Willensbildung von überragender Bedeutung ist.

Allerdings trifft dies auch auf das mit dem Eingriff verfolgte Ziel zu.

Für die Angemessenheit kommt es demnach auf die Abwägung aller berührten Interessen an, wobei in deren Rahmen insbesondere die **konkrete Schwere** des Eingriffs und der **Grad der Zweckerreichung** (also die besondere Eignung der Maßnahme zur Zielerreichung) zu berücksichtigen sind.

Der Grad der Zweckerreichung (Schutz der freiheitlichen demokratischen Grundordnung) wäre dann besonders hoch, wenn konkrete Anhaltspunkte bestünden, dass der Abgeordnete sein Mandat zum Kampf gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung missbraucht.⁵⁹ Dabei sind Verfassungsbehörden (typischerweise) zwar nicht in so hohem Maße auf Spontaneität und Schnelligkeit angewiesen wie die Polizei⁶⁰, damit sie ihre Aufgabe aber erfüllen können, haben sie einen Bedarf an einer frühzeitigen und umfassenden Information, um potenzielle Gefahren rechtzeitig aufzuspüren.

Fraglich ist, inwieweit das **Verhältnis des Abgeordneten zu seiner Partei** im Rahmen der Abwägung Berücksichtigung finden kann.

Das Bundesverfassungsgericht bejaht die Möglichkeit der Berücksichtigung.⁶¹ Zwar besitzt der Abgeordnete im Verhältnis zu seiner Partei einen eigenständigen verfassungsrechtlichen Status, gleichzeitig befindet er sich aber in einem „**besonderen Spannungsverhältnis**“ zwischen seinem freien und gleichen Mandat (Art. 38 GG) und seiner Partei bzw. der aus dieser entspringenden Fraktion (Art. 21 GG).⁶² Es besteht ein grundlegendes schützenswertes Interesse daran, festzustellen, in welche Richtung sich eine (neu zusammengesetzte) Partei entwickelt.⁶³ Allerdings kann allein die Parteimitgliedschaft nur eine vorübergehende Beobachtung rechtfertigen, um das Verhältnis des Parteimitglieds zu verfassungsfeindlichen Strömungen festzustellen.⁶⁴ Auf dieser Grundlage kann dann entschieden werden, inwiefern der Beobachtete selbst von den verfassungsfeindlichen Strömungen innerhalb seiner Partei beeinflusst ist bzw. diese unterstützt.⁶⁵

Daher kann die Tatsache, dass ein Mitglied der „*Plattform 1914*“ Fraktionsmitglied war, nur eine **vorübergehende Beobachtung** rechtfertigen.

Für eine langjährige Beobachtung setzt das Bundesverfassungsgericht demgegenüber einen **Missbrauch des Mandats zum „Kampf“ bzw. ein aktives und aggressives Bekämpfen** der freiheitlichen demokratischen Grundordnung voraus.⁶⁶ Personen, die ihr (grundgesetzlich durch Art. 21 GG geschütztes) parteipolitisches Engagement ausüben, stärken durch ihren Einsatz prinzipiell die freiheitlich-

⁵⁹ BVerfG, 2 BvR 2436/10 v. 17.09.2013, Rn. 121.

⁶⁰ Sokolov, MIP 2014, 170 (176).

⁶¹ BVerfG, 2 BvR 2436/10 v. 17.09.2013, Rn. 123.

⁶² Ebd. 122.

⁶³ BVerwG, 6 C 22/09 v. 21.08.2010, Rn. 63.

⁶⁴ BVerfG, 2 BvR 2436/10 v. 17.09.2013, Rn. 123.

⁶⁵ BVerfG, 2 BvR 2436/10 v. 17.09.2013, Rn. 120 ff.

⁶⁶ BVerfG, 2 BvR 2436/10 v. 17.09.2013, Rn. 122 ff.; dazu weiterführend: Warg, NVwZ 2014, 36 (38).

demokratische Grundordnung – gerade in einer Partei, in der unterschiedliche Kräfte und Strömungen miteinander um Einfluss ringen.⁶⁷

Tatsächliche Anhaltspunkte für den Verdacht verfassungsfeindlicher Bestrebungen bestehen **lediglich in Bezug auf einzelne Untergliederungen** – namentlich die „Plattform 1914“. Zugleich ist klar, dass der **Beschwerdeführer individuell nicht verdächtig** ist, verfassungsfeindliche Bestrebungen zu verfolgen. Er hatte zwar wichtige Parteiämter inne, war „Spitzenfunktionär der Partei“ und ein „herausgehobenes Mitglied“. Der Beschwerdeführer gehörte aber weder zu den Angehörigen noch zu den Unterstützern der betreffenden Untergliederungen innerhalb der Partei. **Von ihm selbst ging folglich keine Gefährdung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung aus.**

Nach alledem war vorliegend allenfalls eine kurzfristige Beobachtung des Beschwerdeführers zu rechtfertigen gewesen, die aber alsbald nach der Feststellung der ersten Ergebnisse hätte eingestellt werden müssen. Die **langjährige Beobachtung** einschließlich der **Sammlung und Speicherung der gewonnenen Informationen** genügt den Anforderungen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit damit nicht. Bei einer **Gesamtabwägung** aller Umstände stehen die vom Bundesverwaltungsgericht **angenommenen geringfügigen zusätzlichen Erkenntnisse für die Ermittlung eines umfassenden Bildes über die Partei** außer Verhältnis zu der Schwere des Eingriffs in das freie Mandat des Beschwerdeführers.

ff) Zwischenergebnis

Der Gewinn an Erkenntnissen ist nachrangig gegenüber dem Schutz des Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG. Dies gilt insbesondere für den **von Art. 46 Abs. 1 GG besonders geschützten parlamentarischen Bereich**.

4. Ergebnis zu I.

Damit liegt ein Verstoß gegen Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG vor, das Bundesverwaltungsgericht 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

Für die Zeit als Landtagsabgeordneter kommt ebenfalls ein Verstoß gegen Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG in Betracht, diesmal allerdings in Verbindung mit Art. 28 Abs. 1 GG.

Dafür müsste das zuvor Gesagte bezüglich der Verletzung des Art. 38 Abs. 1 S. 2 über Art. 28 Abs. 1 GG auch für Mitglieder der Länderparlamente gelten. Grundsätzlich gilt, dass das Grundgesetz von der Verfassungsautonomie der Länder ausgeht. Die Bedeutung der parlamentsrechtlichen Regelungen des Grundgesetzes und der zu ihnen ergangenen Rechtsprechung des Bundesverfassungsge-

⁶⁷ BVerfG, 2 BvR 2436/10 v. 17.09.2013, Rn. 141.

rechts beschränkt sich darauf, den nach Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG zu gewährleistenden Grundsätzen der verfassungsmäßigen Ordnung in den Ländern in Bezug auf das Landesparlament Konturen zu geben. Die Bestimmungen über den Status der Bundestagsabgeordneten und die Stellung des Bundestages sind dabei nicht in ihren konkreten Ausgestaltungen, sondern nur in ihren essentiellen, den deutschen Parlamentarismus prägenden Grundsätzen für die Verfasstheit der Länder von Bedeutung. Bei der Gewährleistung einer von staatlicher Beeinflussung freien Kommunikationsbeziehung zwischen dem Abgeordneten und den Wählerinnen und Wählern sowie der Freiheit des Abgeordneten von exekutiver Beobachtung, Beaufsichtigung und Kontrolle handelt es sich um Grundbedingungen des freien Mandats, die im Demokratie- und Gewaltenteilungsprinzip wurzeln.⁶⁸ **Diese 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.**⁶⁹ Gegen die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts ist kein landes-(verfassungs-)rechtlicher Rechtsschutz möglich, sodass auch für die Zeit im Abgeordnetenhaus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG, vermittelt über Art. 28 Abs. 1 GG den Prüfungsumfang vorgibt.

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

Für die Eingriffs- und Rechtfertigungsprüfung ist auf oben zu verweisen.

Ergebnis: Das Bundesverwaltungsgericht hat **Inhalt und Reichweite der Grundrechte und grundrechtsgleichen Rechte** verkannt. Damit liegt ein 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. Fahrentreu 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

Die 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

⁶⁸ BVerfG, 2 BvR 2436/10 v. 17.09.2013, Rn. 105.

⁶⁹ Ebd.

zur Kenntnis nimmt und in Erwägung zieht.⁷⁰ Hier könnte der Schutzbereich eröffnet sein, da der Beschwerdeführer sich zwar geäußert hat, dieses Vorbringen im Verfahren aber nicht in Erwägung gezogen wurde. Allerdings wurde das Vorbringen i. R. d. Anhörungsrüge gehört und berücksichtigt. Dies ist allerdings eine Frage des Eingriffs, genauer, der Heilung eines vorhergehenden Eingriffs. Der Schutzbereich ist also eröffnet.

2. Eingriff

Es könnte auch ein Eingriff in dieses Recht vorliegen. Ein Eingriff in das Grundrecht auf rechtliches Gehör liegt jedoch nach der Rechtsprechung des BVerfG nicht schon dann vor, wenn das Gericht den dargestellten Anforderungen nicht gerecht wird. Vielmehr ist ein – grundsätzlich niemals verfassungsrechtlich zu rechtfertigender – Eingriff nur dann gegeben, wenn ein zunächst unterbliebenes rechtliches Gehör in derselben Instanz oder in der Rechtsmittelinstanz nicht nachgeholt wird und die Gerichtsentscheidung auf einem Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG beruht, also nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Gewährung des rechtlichen Gehörs zu einer anderen, für den Betroffenen günstigeren Entscheidung geführt hätte.⁷¹

Das im vorliegenden Fall zunächst unterbliebene rechtliche Gehör ist in keiner Rechtsmittelinstanz nachgeholt worden. Es kann auch nicht in dem Rügeverfahren nach § 152a VwGO nachgeholt worden sein. Dieses führt nur dazu, dass im Fall des Erfolgs des Rügeverfahrens das ursprüngliche Verfahren fortzuführen ist. In diesem Verfahren kann es dann nachgeholt werden. Dementsprechend ist also darauf abzustellen, ob das Urteil selbst gegen Art. 103 Abs. 1 GG verstieß. Der im Rügeverfahren gefasste Beschluss wird entweder gegenstandslos⁷² oder stellt eine Perpetuierung⁷³ des vorhergehenden Verstoßes dar. Es ist also zu prüfen, ob das Recht auf rechtliches Gehör beeinträchtigt wurde und ob dies entscheidungserheblich war.⁷⁴

Hier wurde *Dr. Fahrentreu* mit seinem Vorbringen nicht gehört – dies wurde vom Bundesverwaltungsgericht auch schon anerkannt.⁷⁵ Allein entscheidend ist dementsprechend, ob die Frage entscheidungserheblich war. Die vorhergehenden Ausführungen machen deutlich, dass Art. 46 Abs. 1 GG die Äußerungen eines Abgeordneten der Informationserhebung und -sammlung entzieht, wenn er diese im Bundestag oder in einem seiner Ausschüsse getan hat. Eine entsprechende Berücksichtigung hätte zum Erfolg des verwaltungsrechtlichen Verfahrens zumindest hinsichtlich dieser Überwachung führen müssen.

⁷⁰ BVerfGE 11, 218, 220 = NJW 1960, 1445; *Radtke/Hagemeier*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, 31. Ed. 2015, Art. 103, Rn. 13; VerfGH Berlin, 147/12 v. 19.06.2013, Rn. 19; st. Rspr.

⁷¹ Vgl. *Radtk/Hagemeier*, in: Epping/Hillgruber, Beck OK GG, Stand: 01.03.2015, Art. 103 GG, Rn. 17 m.w.N.

⁷² Dies ist u.a. ständige Praxis der Berliner Verfassungsgerichtshofs, s. nur VerfGH Berlin 152/11 v. 19.12.2013, Rn. 18 ff.

⁷³ So BVerfG, 2 BvR 425/12 v. 14.08.2013, Rn. 20; s. auch BVerfG, 1 BvR 1633/09 v. 20.09.2012, Rn. 21.

⁷⁴ VerfGH Berlin, 62/12 v. 13.08.2013; BVerfGE 75, 201, 216.

⁷⁵ Damit erübrigt sich auch die Diskussion, unter welchen Umständen Parteivorträge, die nicht im Urteil Niederschlag finden, berücksichtigt wurden, s. dazu VerfGH Berlin, 87/10 v. 29.05.2012, Rn. 20.

Damit ist *Dr. Fahrentreu* auch in seinem Recht aus Art. 103 Abs. 1 GG verletzt.

IV. Ergebnis zu B.

Damit liegt sowohl ein Verstoß gegen Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG (i. V. m. Art. 28 Abs. 1 GG) vor als auch ein Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG.

C. Endergebnis

Eine Verfassungsbeschwerde des *Dr. Fahrentreu* 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.⁷⁶ 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.

Zur Vertiefung:

Urteile:

BVerfG, „Beobachtung von Abgeordneten durch Verfassungsschutz – Fall Rame-low“, NVwZ 2013, 1468.

BVerwG, NVwZ 2011, 161 (Ausgangsentscheidung)

Zur Beobachtung der Partei „Die Linke“ durch den Verfassungsschutz im Saarland s. VG Saarlouis, Urt. V. 8.7.2010 – 6 K 214/08.

Entscheidungsbesprechungen:

Morlok/Sokolov, Beobachtung von Abgeordneten durch den Verfassungsschutz, DÖV 2014, 405-413.

Prigge, Parteienrecht und Parlamentsrecht im Spiegel der Rechtsprechung – Parteien und Parlamentsrecht, MIP 2014, 202.

Sachs, Staatsorganisationsrecht: Freies Mandat des Abgeordneten, JuS 2014, 284-287.

Sokolov, Geheime „offene Beobachtung“ für Jedermann, MIP 2014, 170-177.

Warg, Man muss Extremist sein wollen – Das BVerfG und die Abgeordnetenbeobachtung, NVwZ 2014, 36-39.

⁷⁶ BVerfG, 2 BvR 2436/10 v. 17.09.2013, Rn. 144.

Weitere Fallbearbeitungen:

Holterhus, Anfängerklausur – Öffentliches Recht: Staatsorganisationsrecht – Der beobachtete Abgeordnete, JuS 2014, 233-237-

Zu der Rechtsstellung der Bundestagsabgeordneten:

Du Mesnil de Rochemont / Müller, Die Rechtsstellung der Bundestagsabgeordneten, JuS 2016, 504-506, 603-608