

## E n t s c h e i d u n g s b e s p r e c h u n g

### Beobachtung von Bundestagsabgeordneten durch den Verfassungsschutz

**1. Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG gewährleistet eine von staatlicher Beeinflussung freie Kommunikationsbeziehung zwischen dem Abgeordneten und den Wählerinnen und Wählern, sowie die Freiheit des Abgeordneten von exekutiver Beobachtung, Beaufsichtigung und Kontrolle.**

**2. In der Beobachtung eines Abgeordneten durch Behörden des Verfassungsschutzes liegt ein Eingriff in das freie Mandat gemäß Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG, der im Einzelfall zum Schutze der freiheitlichen demokratischen Grundordnung gerechtfertigt sein kann. Dieser Eingriff unterliegt strengen Verhältnismäßigkeitsanforderungen und bedarf einer Rechtsgrundlage, die den Grundsätzen des Gesetzesvorbehalts genügt.**

**Die im Jahr 1990 [...] geschaffenen § 8 Abs. 1 Satz 1 und § 3 Abs. 1 Nr. 1 in Verbindung mit § 4 Abs. 1 Satz 1c BVerfSchG stellen eine dem Vorbehalt des Gesetzes genügende Rechtsgrundlage für die Beobachtung von Mitgliedern des Deutschen Bundestags dar, auch wenn darin nicht ausdrücklich auf die Rechte der Abgeordneten aus Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG Bezug genommen wird. (Amtl. Leitsätze.)**

GG Art. 20 Abs. 2 Satz 2, Art. 21, Art. 28 Abs. 1, Art. 38 Abs. 1 Satz 2, Art. 4

BVerfSchG § 3 Abs. 1 Nr. 1, § 4 Abs. 1 Satz 1, § 8 Abs. 1 Satz 1

*BVerfG (2. Senat), Beschl. v. 17.9.2013 – 2 BvR 2436/10 u. 2 BvE 6/08<sup>1</sup>*

### I. Problemstellung und Examensrelevanz

Im Mittelpunkt der Entscheidung stehen Funktion und Rechtsstatus des Abgeordneten in der repräsentativen Demokratie mit Gewaltenteilung. Obwohl der Beschluss insoweit nichts grundsätzlich Neues enthält, setzt er doch einige zusätzliche Akzente und fasst vieles so prägnant zusammen, dass er künftig als Leitentscheidung zum Verständnis des Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG taugen könnte. Gleichsam auf der Gegenseite wird das Prinzip der „streitbaren Demokratie“ relativ knapp in seiner Tragweite umrissen. Allgemein Ausbildungsrelevantes findet sich in diesem Rahmen ferner zum weiten Eingriffsverständnis und zum Vorbehalt des Gesetzes im Lichte der Wesentlichkeitstheorie.

Verfassungsprozessual geht es um die Abgrenzung der Anwendungsbereiche von Verfassungsbeschwerde und Organstreitverfahren. Dabei wird die Verfassungsbeschwerde in gewissem – freilich nicht ganz klarem – Umfang auch auf parallele Rechte der Landtagsabgeordneten erstreckt; darin liegt

<sup>1</sup> Die Entscheidung ist abrufbar auf der Homepage des BVerfG ([http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20130917\\_2bvr243610.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20130917_2bvr243610.html)) und abgedruckt in NVwZ 2013, 1468 sowie später auch in der amtlichen Sammlung.

wohl das größte Innovationspotential dieser Entscheidung (wenn auch nicht deren ausbildungsrelevantester Teil).

Im Hintergrund, wohl weil unmittelbar nicht entscheidungserheblich, bleiben Grundfragen des Minderheitenschutzes im Lichte des Missbrauchspotentials, den der Verfassungsschutz einer insoweit massiv politisch eigeninteressierten Regierung im Schulterschluss mit der Parlamentsmehrheit bietet.

Ganz allgemein illustriert die vorliegende Entscheidung schließlich die Kraft der Verfassungsdogmatik, auch staatsorganisationsrechtliche Probleme zu strukturieren (wenn auch längst nicht immer konsensfähig zu lösen). So lässt sich jener unspezifische „Abwägungsbrei“ vermeiden, der schwache Prüfungsarbeiten oftmals kennzeichnet.

## II. Grundstruktur und Inhalt der Entscheidung

### 1. Sachverhalt

Gestritten wird um die Rechtmäßigkeit der „offenen“ (d.h. unter Verzicht auf nachrichtendienstliche Mittel nur öffentlich zugängliche Quellen nutzenden) Beobachtung des Abgeordneten Bodo Ramelow durch den Verfassungsschutz des Bundes. Ramelow war für die Fraktion DIE LINKE (zuvor: PDS) zunächst Mitglied des Thüringer Landtags und danach (von Oktober 2005 bis September 2009) des Deutschen Bundestags, nunmehr gehört er wieder (jetzt als Fraktionsvorsitzender) dem Thüringer Landtag an.

Die gegen die Sammlung personenbezogener Informationen gerichtete verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage Ramelows hatte in den ersten beiden Instanzen Erfolg, wurde jedoch vom BVerwG abgewiesen.<sup>2</sup> Die Verwaltungsgerichte waren dabei von folgendem Sachverhalt ausgegangen: Wesentliche Teile der Partei DIE LINKE verfolgten das nicht verfassungsfeindliche politische Ziel einer grundlegenden Umgestaltung der wirtschaftspolitischen Verhältnisse, was auch die Verstaatlichung (etwa von Banken) einschloße. In Minderheitsströmungen der Partei (genannt werden die „Kommunistische Plattform“, das „Marxistische Forum“ und die „Linksjugend solid“) bestünden dagegen tatsächliche Anhaltspunkte von hinreichendem Gewicht und in ausreichender Zahl dafür, dass diese eine politische Umgestaltung der Bundesrepublik im marxistisch-leninistischen Sinne anstrebten, nämlich durch eine sozialistische Revolution und die Diktatur des Proletariats als Vorstufe einer kommunistischen Gesellschaftsordnung. Ramelow selbst verfolgte unstrittig keine solchen verfassungsfeindlichen Ziele. Nach Auffassung des BVerwG rechtfertige jedoch schon die Möglichkeit, dass er ungewollt verfassungsfeindlichen Tendenzen Vorschub leisten könne, seine Überwachung.

Gegen das BVerwG-Urteil erhob Ramelow Verfassungsbeschwerde. Zugleich stellten er und die Partei DIE LINKE verschiedene Anträge im Organstreitverfahren; insbesondere hätten der Bundesinnenminister und die Bundesregierung dadurch gegen das Grundgesetz verstoßen, dass sie es unterlassen haben, das Bundesamt für Verfassungsschutz anzuweisen, die Überwachung von Ramelow einzustellen.

<sup>2</sup> BVerwG, Urt. v. 23.7.2010 – 6 C 22.09 = JZ 2011, 39 m. abl. Anm. Möllers; zust. dagegen Cornils, ZJS 2010, 667.

## 2. Entscheidungsgründe

Das BVerfG erachtet die Verfassungsbeschwerde für zulässig und grenzt ihren Anwendungsbereich dabei – sowie aus umgekehrter Perspektive am Ende der Entscheidung – vom Organstreit ab (näher unten III. 1. a). Abgeordnetenrechte seien nur gegenüber anderen Verfassungsorganen im Organstreit durchsetzbar. Gegenüber darunter angesiedelten Behörden wie dem Bundesamt für Verfassungsschutz sei der Abgeordnete dagegen im Rahmen der Verfassungsbeschwerde beschwerdefähig, weil Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG ohne weitere Spezifizierung pauschal auch auf die (Individual-)Rechte aus Art. 38 GG verweise.<sup>3</sup> Da die Rechtstellung des Abgeordneten letztlich im Demokratieprinzip wurzele, könne wegen des Homogenitätsgebots (Art. 28 Abs. 1 GG) zudem auch die Verletzung eines Landtagsmandats mit der Verfassungsbeschwerde geltend gemacht werden<sup>4</sup> (unten III. 1. b).

Bei der Erörterung der Begründetheit wählt das Gericht konsequenterweise einen grundrechtsgleichen Prüfungsaufbau. Zunächst wird der „Gewährleistungsgehalt“ (oder in Parallele zu den Grundrechten „Schutzbereich“) des freien Mandats aus Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG entfaltet. Unter mehreren, noch näher zu würdigenden (unten III. 2.) Gesichtspunkten wird gefolgert, dass „Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG eine von staatlicher Beeinflussung freie Kommunikationsbeziehung zwischen dem Abgeordneten und den Wählerinnen und Wählern sowie die Freiheit des Abgeordneten“ – über Art. 28 Abs. 1 GG auch der Landtagsabgeordneten – „von exekutiver Beobachtung, Beaufsichtigung und Kontrolle“ garantiert.<sup>5</sup>

Ein Eingriff, der nicht nur aus rechtsförmlichen Ge- und Verboten resultieren kann (vgl. unten III. 3.), liege hier schon in der faktischen Beeinträchtigung dieses geschützten Kommunikationszusammenhangs, außerdem in der mit einer Beobachtung durch den Verfassungsschutz potentiell verbundenen Stigmatisierung sowie der Umkehrung des verfassungsrechtlich vorgesehenen Kontrollzusammenhangs zwischen Legislative und Exekutive.<sup>6</sup>

Ein solcher Eingriff könne freilich durch kollidierendes Verfassungsrecht gerechtfertigt werden. Dazu zähle im Lichte der streitbaren Demokratie (unten III. 4.) auch der Schutz der freiheitlich demokratischen Grundordnung.<sup>7</sup> Damit sich das Prinzip der streitbaren Demokratie „nicht gegen sich selbst wendet“, bestehen jedoch – gleichsam auf Ebene der Schranken-Schranken – strikte Verhältnismäßigkeitsanforde-

rungen.<sup>8</sup> Mit deren stärkerer Akzentuierung weicht das BVerfG erstmals ein Stück weit von dem Maßstab ab, den auch das BVerwG zugrunde gelegt hatte.<sup>9</sup> Über Eignung und Erforderlichkeit der Überwachung hinaus komme „es auf eine Abwägung aller berührten Interessen und Umstände an“. Damit gibt sich das Gericht jedoch nicht zufrieden, sondern bemüht sich – wie auch in Prüfungsarbeiten zur Vermeidung von Beliebigkeit geboten –, den Abwägungsauftrag durch weitere Leitlinien zu strukturieren und zu präzisieren: Es sei „eine Gesamtbeurteilung des Gewichts des Eingriffs, des Grades der von dem Abgeordneten ausgehenden Gefährdung der freiheitlich-demokratischen Grundordnung und des Gewichtes der durch eine Beobachtung zu erwartenden Informationen für den Schutz [dieser Ordnung] vorzunehmen“.<sup>10</sup> Die Parteizugehörigkeit eines Abgeordneten könne ein Aspekt dieser Gesamtwürdigung sein. Doch erlaube diese für sich genommen nur eine vorübergehende Überwachung, um herauszufinden, ob der Abgeordnete selbst verfassungsfeindliche Strömungen unterstützt.<sup>11</sup> Äußerungen des Abgeordneten im Parlament und dessen Ausschüssen seien schon aufgrund des hier weit auszulegenden Art. 46 GG „der Informationserhebung und -auswertung [durch den Verfassungsschutz] entzogen“.<sup>12</sup>

Schließlich fordere der Vorbehalt des Gesetzes in seiner Ausformung durch die Wesentlichkeitsdoktrin eine hinreichend bestimmte gesetzliche Grundlage für die Überwachung<sup>13</sup> (näher unten III. 5.).

Bei der Anwendung dieser Maßstäbe auf den vorliegenden Fall sieht das BVerfG, insoweit noch in Übereinstimmung mit dem BVerwG<sup>14</sup> in § 8 Abs. 1 Satz 1 und § 3 Abs. 1 Nr. 1 in Verbindung mit § 4 Abs. 1 Satz 1 lit. c BVerfSchG im Hinblick auf die Entstehungsgeschichte eine ausreichende gesetzliche Grundlage für die Überwachung auch von Abgeordneten durch den Verfassungsschutz. Den Verhältnismäßigkeitsanforderungen trage § 8 Abs. 5 BVerfSchG abstrakt ausreichend Rechnung<sup>15</sup> (zu Einzelheiten und zur Kritik unten III. 5.).

Die konkrete Prüfung führte jedoch zur Unverhältnismäßigkeit der Streitgegenständlichen Überwachungsmaßnahmen und damit zum Erfolg der Verfassungsbeschwerde. Sobald

<sup>3</sup> BVerfG, Beschl. v. 17.9.2013 – 2 BvR 2436/10 u. 2 BvE 6/08, Rn. 85.

<sup>4</sup> Zur Beschwerdebefugnis BVerfG, Beschl. v. 17.9.2013 – 2 BvR 2436/10 u. 2 BvE 6/08, Rn. 88, ausführlicher im Rahmen der Auslegung des Gewährleistungsbereichs des Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG in der Begründetheitsprüfung Rn. 103-106.

<sup>5</sup> BVerfG, Beschl. v. 17.9.2013 – 2 BvR 2436/10 u. 2 BvE 6/08, Rn. 93-99, vgl. auch Rn. 100-102.

<sup>6</sup> BVerfG, Beschl. v. 17.9.2013 – 2 BvR 2436/10 u. 2 BvE 6/08, Rn. 107-109, siehe auch Rn. 130, 131.

<sup>7</sup> BVerfG, Beschl. v. 17.9.2013 – 2 BvR 2436/10 u. 2 BvE 6/08, Rn. 111-115.

<sup>8</sup> BVerfG, Beschl. v. 17.9.2013 – 2 BvR 2436/10 u. 2 BvE 6/08, Rn. 117 f.

<sup>9</sup> Ähnlich wie hier *Wolff*, JZ 2014, 93 f.; noch keine Abweichung bei Maßstab, sondern erst bei der Subsumtion sieht *Warg*, NVwZ 2014, 36; krit. schon zum Urteil des BVerwG *Klatt*, NVwZ 2011, 146 (148 f.).

<sup>10</sup> BVerfG, Beschl. v. 17.9.2013 – 2 BvR 2436/10 u. 2 BvE 6/08, Rn. 119-122, insbes. Rn. 122.

<sup>11</sup> BVerfG, Beschl. v. 17.9.2013 – 2 BvR 2436/10 u. 2 BvE 6/08, Rn. 123.

<sup>12</sup> BVerfG, Beschl. v. 17.9.2013 – 2 BvR 2436/10 u. 2 BvE 6/08, Rn. 124.

<sup>13</sup> BVerfG, Beschl. v. 17.9.2013 – 2 BvR 2436/10 u. 2 BvE 6/08, Rn. 125-128.

<sup>14</sup> BVerwGE 137, 275 (281 ff. Rn. 22 ff.).

<sup>15</sup> BVerfG, Beschl. v. 17.9.2013 – 2 BvR 2436/10 u. 2 BvE 6/08, Rn. 133-135; ebenso BVerwGE 137, 275 (282 f. Rn. 25).

feststehe, dass ein Abgeordneter selbst keine verfassungsfeindlichen Bestrebungen verfolge und entsprechenden Minderheiten in einer Partei auch nicht angehöre, dürfe er – in verfassungskonformer Auslegung – nicht weiter beobachtet werden. Dass ein Abgeordneter unfreiwillig verfassungsfeindlich instrumentalisiert werden könnte, reicht für dessen Überwachung nicht aus; er muss selbst vorsätzlich solche Bestrebungen verfolgen.<sup>16</sup> Hier manifestiert sich die Diskrepanz zum BVerwG.<sup>17</sup> Ein parteipolitisches Engagement auf dem Boden der freiheitlich-demokratischen Grundordnung ist vor dem Hintergrund des Art. 21 GG als deren Stärkung und nicht Gefährdung zu bewerten. Die langjährige Überwachung und die daraus resultierende Schwere des Eingriffs stehe damit außer Verhältnis zu den allenfalls geringfügigen Erkenntnissen, die daraus über die Partei zu erwarten sein könnten.<sup>18</sup> Die Auswertung auch parlamentarischer Drucksachen verstoße überdies gegen Art. 46 Abs. 1 GG.<sup>19</sup>

Nach Feststellung des Verstoßes gegen Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG musste das Gericht auf weitere als verletzt gerügte Verfassungsbestimmungen, insbesondere das Recht auf informationelle Selbstbestimmung als Aspekt des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 1 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 GG), nicht mehr eingehen.<sup>20</sup>

Die Anträge im Organstreitverfahren wurden dagegen alleamt als unzulässig verworfen (vgl. § 24 BVerfGG). Unter anderem sei nicht hinreichend dargelegt, warum die Ministerialaufsicht über das Bundesamt für Verfassungsschutz (Art. 65 Satz 2 GG i.V.m. § 2 Abs. 1 Satz 2 BVerfSchGG) ausnahmsweise drittbeschützende Wirkung besitzen solle.<sup>21</sup> Im Übrigen gehe es insoweit für die Partei DIE LINKE allenfalls um fremde Rechte, die sie deshalb nicht geltend machen könne.<sup>22</sup> Die Funktionsfähigkeit des Bundestags sei zwar ein Rechtsgut von Verfassungsrang, doch eine Verletzung allein durch die offene Überwachung eines einzelnen Angeordneten sei ausgeschlossen.<sup>23</sup> Damit besaß die Partei DIE LINKE letztlich unter keinem vorgebrachten Aspekt eine eigene Antragsbefugnis.

<sup>16</sup> Besonders deutlich *Warg*, NVwZ 2014, 36 (38).

<sup>17</sup> Siehe dort BVerwGE 137, 275 (303 f. Rn. 67 ff.); dem BVerwG zustimmend *Cornils*, ZJS 2010, 667 (669 f.).

<sup>18</sup> BVerfG, Beschl. v. 17.9.2013 – 2 BvR 2436/10 u. 2 BvE 6/08, Rn. 136-142.

<sup>19</sup> BVerfG, Beschl. v. 17.9.2013 – 2 BvR 2436/10 u. 2 BvE 6/08, Rn. 143.

<sup>20</sup> BVerfG, Beschl. v. 17.9.2013 – 2 BvR 2436/10 u. 2 BvE 6/08, Rn. 144.

<sup>21</sup> BVerfG, Beschl. v. 17.9.2013 – 2 BvR 2436/10 u. 2 BvE 6/08, Rn. 163-166, zur Verfassungsorgantreue vgl. Rn. 167, 168.

<sup>22</sup> BVerfG, Beschl. v. 17.9.2013 – 2 BvR 2436/10 u. 2 BvE 6/08, Rn. 169, 170.

<sup>23</sup> BVerfG, Beschl. v. 17.9.2013 – 2 BvR 2436/10 u. 2 BvE 6/08, Rn. 177-182, zur Verfassungsorgantreue vgl. Rn. 183.

### III. Einordnung und kritische Würdigung der ausbildungsrelevanten Aspekte

#### 1. Zur Abgrenzung von Verfassungsbeschwerde und Organstreitverfahren

##### a) Statusrechte aus dem Bundestagsmandat

Ausgangspunkt für die Abgrenzung ist zunächst die als verletzt gerügte Rechtsposition. Geht es um Grundrechte oder grundrechtsgleiche Rechte von jedermann oder zumindest jedem Deutschen, so ist die Verfassungsbeschwerde die richtige Verfahrensart. Streitet man dagegen um Statusrechte, die speziell einem Verfassungsorgan oder Teile eines solchen durch das Grundgesetz verliehen worden sind, so kommt primär das Organstreitverfahren in Betracht.<sup>24</sup> Nach den genannten Kriterien sind die Wahlrechtsgrundsätze des Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG tauglicher Gegenstand einer Verfassungsbeschwerde, bei den Statusrechten des Abgeordneten aus Art. 38 Abs. 1 GG scheint dagegen der Organstreit näher zu liegen.

Doch muss zweitens die Beschränkung des Organstreits auf bestimmte Antragsgegner, nämlich andere Verfassungsorgane (Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG), beachtet werden. Wird also die Verletzung von Abgeordnetenrechten durch die Bundesregierung oder den Bundestag gerügt (wie im vorliegenden Verfahren mit dem zweiten Antrag), so kommt in der Tat nur ein Organstreit in Betracht.<sup>25</sup> „Die Verfassungsbeschwerde ist kein Mittel zur Austragung von Meinungsverschiedenheiten zwischen Staatsorganen“.<sup>26</sup> Macht der Beschwerdeführer dagegen eine Rechtsverletzung durch andere Behörden (wie hier das Bundesamt für Verfassungsschutz) geltend, ist von vornherein nur eine Verfassungsbeschwerde möglich. Um keine Lücke im Verfassungsrechtsschutz entstehen zu lassen, legt das BVerfG den Verweis auch auf Art. 38 GG in Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG überzeugend weit, nämlich auch den dortigen Abs. 1 Satz 2 umfassend, aus.

##### b) Statusrechte aus dem Landtagsmandat

Vom selben Prinzip effektivitätsorientierter Auslegung der verfassungsprozessualen Rechtsschutzmöglichkeiten<sup>27</sup> lässt sich

<sup>24</sup> Überblick bei *Degenhart*, Staatsrecht I – Staatsorganisationsrecht, 29. Aufl. 2013, Rn. 666, 823. Die Abgrenzung bereitet bekanntlich besonders bei politischen Parteien Schwierigkeiten, bei denen wegen ihrer Zwitterstellung nach Art. 21 GG je nach Konstellation Jedermannsrechte oder aber Organrechte in Rede stehen können; näher *Degenhart* (a.a.O.), Rn. 65; *Hillgruber/Goos*, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl. 2011, Rn. 352.

<sup>25</sup> Überblick bei *Degenhart* (Fn. 24), Rn. 817; *Hillgruber/Goos* (Fn. 24), Rn. 344 ff.

<sup>26</sup> BVerfG, Beschl. v. 17.9.2013 – 2 BvR 2436/10 u. 2 BvE 6/08, Rn. 84, unter Verweis u.a. auf BVerfGE 15, 298 (302); 43, 142 (148); 64, 301 (312).

<sup>27</sup> Dieser Grundsatz gilt freilich nicht bei Subsidiaritätsprüfungen und bei den konkreten Darlegungslasten; insoweit schraubt das BVerfG die Hürden sehr hoch, um seine Überlastung etwas einzudämmen; dazu im Überblick *Pieroth/Schlink*

das Gericht auch bei seiner Auslegung leiten, wonach auch Verletzungen des Landtagsmandats mit der Verfassungsbeschwerde rüggbar sind. Die Selbstständigkeit des Verfassungsbereichs der Landes gegenüber dem des Bundes endet am Homogenitätsgebot des Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG, was auch die Stellung des Abgeordneten in „ihren essentiellen, den deutschen Parlamentarismus prägenden Grundsätzen“ einschließt.<sup>28</sup> Zwar spricht Art. 38 GG nur vom „Bundestag“ und Art. 28 Abs. 1 GG eröffnet für sich genommen nicht die Verfassungsbeschwerde. Diese ist jedoch subsidiär zulässig, wenn die Landesverfassungsgerichtsbarkeit „zur Gewährleistung eines effektiven Schutzes des betreffenden Rechts“ aus prinzipiellen bundesstaatlichen Gründen, namentlich bei einem potentiellen Verfassungsverstoß eines Bundesorgans, nicht in der Lage ist.

## 2. Der Gewährleistungsgehalt des freien Mandats aus Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG im Kontext eines rematerialisierten Demokratieverständnisses

Zur fallbezogenen Konkretisierung des geschützten Abgeordnetenstatus verfolgt das BVerfG drei Argumentationslinien:<sup>29</sup> Erstens sei der notwendige Kontakt des Abgeordneten zur Bevölkerung, namentlich die dafür erforderliche Vertrauensbeziehung, durch die Beobachtung gestört.<sup>30</sup> Zweitens leide durch potentiell behindernde Überwachung die Repräsentationsfunktion, die dem einzelnen Abgeordneten zusammen mit den anderen Parlamentariern zukommt.<sup>31</sup> Drittens schließlich werde die auch in der Gewaltenteilung (Art. 20 Abs. 2 GG) wurzelnde Kontrollfunktion des Parlaments gegenüber der Regierung gestört, wenn umgekehrt die Exekutive Parlamentarier überwacht.<sup>32</sup> In diesen Kontext passt auch die weite Auslegung der Indemnitätsklausel des Art. 46 Abs. 1 GG als allgemeines, auch gegen die Verfassungsschutzbehörden gerichtetes Sanktionsverbot um die Arbeits- und Funktionsfähigkeit des Parlaments zu sichern.<sup>33</sup>

Indem das Abgeordnetenverhältnis zentral als Kommunikationsbeziehung zum Volk verstanden wird, rückt das BVerfG ein Stück weit von einem rein formalen Demokratieverständnis ab, das sich für die Bürger im Wahlakt erschöpft und für die Parlamentarier ganz auf Debatten und Abstimmungen im Parlament fokussiert.<sup>34</sup> Zur vorsichtigen Rematerialisierung des Demokratieprinzips passt es auch, dass betont wird, „die Sphären des Abgeordneten ‚als Mandatsträger‘, ‚als Parteimitglied‘ sowie als politisch handelnde ‚Privatperson‘ [ließen] sich nicht strikt trennen“.<sup>35</sup>

Trotz der soeben zitierten Passage bleibt die Rolle, die den Fraktionen und Parteien in diesen Kommunikationsbeziehungen zukommt, in der Entscheidung eher blass. Dies liegt zum Teil gewiss am konkreten Streitgegenstand, der sich in der Beobachtung eines einzelnen Abgeordneten erschöpfte. Sind jedoch die verschiedenen Sphären und damit auch Akteure in den Kommunikationsbeziehungen zwischen Volk und Politikern eng verwoben, so leuchtet es nicht mehr ohne weiteres ein, dass in der Organklage der Partei eine Geltendmachung allein fremder Rechte gesehen wurde. Insoweit hätten die Auswirkungen der Abgeordnetenbeobachtung auf die politische Chancengleichheit der Fraktionen und Parteien mehr Berücksichtigung verdient gehabt.<sup>36</sup>

3. Der weite Eingriffsbegriff

Bekanntlich hat sich die Verfassungsrechtsprechung schon lange von einem oftmals als klassisch bezeichneten engen Eingriffsverständnis gelöst. Zu Recht hat sich allgemein – auch im Verwaltungsrecht<sup>37</sup> – die Erkenntnis durchgesetzt, dass mittelbare und faktische Steuerungswirkungen ähnlich beeinträchtigend sein können wie finale Eingriffe durch Befehl und Zwang.<sup>38</sup> Deshalb liegt ein Grundrechtseingriff grundsätzlich bereits dann vor, wenn ein Verhalten, das in den Schutzbereich fällt, durch den Staat unmöglich gemacht oder wesentlich erschwert wird.<sup>39</sup> Dies war schon zuvor auch für Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG anerkannt<sup>40</sup> und betrifft namentlich Abschreckungseffekte.

## 3. Der weite Eingriffsbegriff

Das Gericht geht hier sogar noch ein Stück weiter. Auf eine konkrete „faktische Beeinflussung des parlamentarischen Willens- und Entscheidungsbildungsprozesses“ komme es gar nicht an, vielmehr genüge die rein abstrakte Beeinträchtigung der Kontrollfunktion des Parlaments.<sup>41</sup> Diese weitere Vorverlagerung der Eingriffsschwelle trägt nicht zuletzt dem Gefahrenpotential einer verfassungswidrigen Instrumentalisierung des Verfassungsschutzes durch die Exekutive Rech-

*Kingreen/Poscher*, Grundrechte – Staatsrecht II, 29. Aufl. 2013, Rn. 1225, 1261; *Hillgruber/Goos* (Fn. 24), Rn. 216 ff.

<sup>28</sup> BVerfG, Beschl. v. 17.9.2013 – 2 BvR 2436/10 u. 2 BvE 6/08, Rn. 104, unter Verweis auf BVerfGE 102, 224 (234 f.).

<sup>29</sup> So schon *Wolff*, JZ 2014, 93; *Brenner*, in: Huber/Brenner/Möstl (Hrsg.), Der Staat des Grundgesetzes – Kontinuität und Wandel, Festschrift für Peter Badura zum siebzigsten Geburtstag, 2004, S. 25 (44 f.).

<sup>30</sup> BVerfG, Beschl. v. 17.9.2013 – 2 BvR 2436/10 u. 2 BvE 6/08, Rn. 92-98.

<sup>31</sup> BVerfG, Beschl. v. 17.9.2013 – 2 BvR 2436/10 u. 2 BvE 6/08, Rn. 99.

<sup>32</sup> BVerfG, Beschl. v. 17.9.2013 – 2 BvR 2436/10 u. 2 BvE 6/08, Rn. 100-102.

<sup>33</sup> BVerfG, Beschl. v. 17.9.2013 – 2 BvR 2436/10 u. 2 BvE 6/08, Rn. 104; zust. *Wolff*, JZ 2014, 93; vgl. auch *Warg*, NVwZ 2014, 36 f.

<sup>34</sup> Überzeugend *Wolff*, JZ 2014, 93 (94 f.).

<sup>35</sup> BVerfG, Beschl. v. 17.9.2013 – 2 BvR 2436/10 u. 2 BvE 6/08, Rn. 98.

<sup>36</sup> Vgl. die teilweise ähnliche Kritik am vorausgegangenem Urteil des BVerwG von *Möllers* JZ 2011, 48 (49 f.).

<sup>37</sup> Vgl. etwa *Fehling*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 2, 2. Aufl. 2012, § 38 Rn. 3, 8; aus der Rspr. grundlegend zu faktischen (Vorab-)Bindungen BVerwGE 45, 309 (318) – Flachglas.

<sup>38</sup> BVerfGE 105, 252 (273); 105, 279 (300 f.); 113, 63 (76 f.); *Hufen*, Staatsrecht II – Grundrechte, 3. Aufl. 2011, § 8 Rn. 9.

<sup>39</sup> *Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher* (Fn. 27), Rn. 253.

<sup>40</sup> Zumindest inzident BVerfGE 124, 161 (195); anders noch BVerfGE 40, 287 (292 f.).

<sup>41</sup> BVerfG, Beschl. v. 17.9.2013 – 2 BvR 2436/10 u. 2 BvE 6/08, Rn. 109.

nung, ein Aspekt der vom BVerfG freilich nicht klar benannt wird.

#### 4. Die „streitbare Demokratie“ und ihre Konkretisierung

Das Prinzip der sogenannten „streitbaren Demokratie“ wird in der Rechtsprechung schon seit Langem<sup>42</sup> aus einer Gesamtschau verschiedener verfassungsrechtlicher Sanktionsmöglichkeiten (insbesondere Vereinsverbot: Art. 9 Abs. 2 GG, Grundrechtsverwirkung: Art. 18 GG, ggf. i.V.m. Art. 46 Abs. 3 GG, Parteiverbot: Art. 21 GG) hergeleitet. Kritiker hatten schon immer die Sorge geäußert, dieses Prinzip drohe sich zu verselbstständigen und wirke sich als Grundrechtschranke demokratieverkürzend statt -schützend aus.<sup>43</sup>

Das BVerfG kommt dem nun insoweit entgegen, als es betont, „das Prinzip der streitbaren Demokratie [dürfe] nicht als unspezifische, pauschale Eingriffsermächtigung missverstanden werden“.<sup>44</sup> Es anerkennt zudem wie ansatzweise schon früher<sup>45</sup> die Gefahr, dass „die streitbare Demokratie sich ‚gegen sich selbst‘ wendet“,<sup>46</sup> und sucht dem immerhin mit einer strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung zu begegnen. Der *Zweite Senat* hält jedoch daran fest, die entsprechenden einzelnen Verfassungsbestimmungen zu einer tendenziell weiter reichenden ungeschriebenen Grundrechtsschranke zu verallgemeinern.<sup>47</sup> Dies steht zumindest rhetorisch in einem gewissen Spannungsverhältnis zur Rechtsprechung des *Ersten Senats*, wonach – konkret bezogen auf ein Vereinsverbot – „[d]ie Sperrwirkung dieser [einzelnen] Vorschriften einer Berufung auf ungeschriebene verfassungsimmanente Schranken als Rechtfertigung für sonstige Maßnahmen zum Schutz der freiheitlich-demokratischen Grundordnung entgegen[steht]“.<sup>48</sup>

#### 5. Gesetzesvorbehalt, Wesentlichkeitstheorie und Bestimmtheitsgebot

Wie allgemein bei Grundrechten<sup>49</sup> bedürfen auch verfassungsimmanente Schranken des insoweit grundrechtsähnlichen Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG einer Konkretisierung durch Gesetz. Denn der demokratisch unmittelbar legitimierte Gesetzgeber hat alle für die Verwirklichung der Grundrechte wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen (Wesentlichkeitsdoktrin).<sup>50</sup> Dies wiederum muss hinreichend bestimmt geschehen; die Auslegungsbedürftigkeit einer Norm steht dem

jedoch nicht entgegen, solange die Auslegung mit anerkannten Mitteln der juristischen Methodik möglich bleibt.<sup>51</sup>

So überzeugend diese Maßstäbe im Ausgangspunkt sind, so zweifelhaft erscheint ihre Anwendung auf den konkreten Fall. Im Wortlaut der einschlägigen Bestimmungen des BVerfSchG hat der Gesetzgeber gerade keine Entscheidung darüber getroffen, dass die Überwachung auch von Abgeordneten möglich sein sollte und dies anhand der gleichen Maßstäbe wie für andere Personen. Das Gericht führt historisch-genetische Argumente (mit Verweis auf eine Bundestagsdrucksache) dafür an, dass der Gesetzgeber im Jahr 1990 diese Möglichkeit im Blick hatte.<sup>52</sup> Demgegenüber hat das BVerfG immer wieder betont, dass genetische Argumente bei der Auslegung nur maßgeblich seien, wenn sie irgendeinen zumindest ansatzweisen Niederschlag im Wortlaut gefunden haben.<sup>53</sup> Davon kann in § 8 Abs. 1 und § 3 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 4 Abs. 1 Satz 1 lit. c BVerfSchG keine Rede sein.

Noch größeren Bedenken begegnet § 8 Abs. 5 BVerfSchG. Dort wird nur gänzlich formelhaft der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wiederholt, seine Anforderungen werden in keiner Weise bereichsspezifisch konkretisiert. Im Lichte der Wesentlichkeitsdoktrin muss sich jedoch die Regelungsdichte an der Eingriffsintensität orientieren.<sup>54</sup> Gerade angesichts der Gefahr, dass sich die streitbare Demokratie „gegen sich selbst“ wendet, kann eine gesetzliche Regelung, die keinen Mehrwert gegenüber der allgemeinen Verhältnismäßigkeitsdoktrin erkennen lässt, nicht ausreichen.<sup>55</sup>

## IV. Ausblick

### 1. Erhöhtes Bedürfnis nach Minderheitenschutz gegenüber dem Missbrauchspotential durch massiv eigeninteressierte Verfassungsorgane

Zuletzt hat das BVerfG im Zusammenhang mit der 3 %-Klausel bei Europawahlen erneut deutlich gemacht, dass die verfassungsgerichtliche Kontrolle dort intensiviert werden muss, wo demokratische Kontrollmechanismen gegenüber Entscheidungen „in eigener Sache“ strukturell versagen.<sup>56</sup> Dieser Gedanke lässt sich in erweiterter Form auch für die Beobachtung von Oppositionsabgeordneten durch den Verfassungsschutz fruchtbar machen. Gewiss ist es hier nicht der

<sup>42</sup> Zentral der umstrittene Radikalenbeschluss BVerfGE 39, 334.

<sup>43</sup> Gusy, NVwZ 1986, 6 f.; Bertram, NJW 2006, 2967.

<sup>44</sup> BVerfG, Beschl. v. 17.9.2013 – 2 BvR 2436/10 u. 2 BvE 6/08, Rn. 114.

<sup>45</sup> Vgl. BVerfGE 30, 33 (45 f.).

<sup>46</sup> BVerfG, Beschl. v. 17.9.2013 – 2 BvR 2436/10 u. 2 BvE 6/08, Rn. 117.

<sup>47</sup> Mit Recht kritisch dazu Sachs, JuS 2014, 284 (286), auch unter Rückgriff auf die nachstehend zitierte Entscheidung.

<sup>48</sup> BVerfGE 111, 147 (158).

<sup>49</sup> Hufen (Fn. 38), § 9 Rn. 30; Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher (Fn. 27), Rn. 344; BVerfGE 107, 104 (120).

<sup>50</sup> Grundlegend BVerfGE 49, 89 (126 f.); 88, 103 (116).

<sup>51</sup> BVerfG, Beschl. v. 17.9.2013 – 2 BvR 2436/10 u. 2 BvE 6/08, Rn. 127 f.

<sup>52</sup> BVerfG, Beschl. v. 17.9.2013 – 2 BvR 2436/10 u. 2 BvE 6/08, Rn. 134.

<sup>53</sup> Beginnend mit BVerfGE 1, 299 (312); allerdings ist die Rspr. keineswegs einheitlich, vgl. Müller/Christensen, Juristische Methodik, Bd. 1, 8. Aufl. 2002, S. 276 f., vgl. auch S. 40 ff.

<sup>54</sup> Dazu allgemein Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher (Fn. 27), Rn. 278; BVerfGE 49, 168 (181); 59, 104 (114).

<sup>55</sup> Vgl. Sachs, JuS 2014, 184 (187): „Die Annahme, durch die gesetzliche Bindung an den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit könnte besonderen Bestimmtheitsanforderungen genügt werden, dürfte kaum zu verallgemeinern sein“.

<sup>56</sup> BVerfG, Urte. v. 26.2.2014 – 2 BvE 2/13 u.a., 2 BvR 2220/13 u.a. mit Besprechung von Prommer erscheinend in ZJS-Ausgabe 3/2014.

Bundestag selbst, dessen Eigeninteressen strukturell im Gegensatz zu seiner Kontrollaufgabe stehen. Doch besteht in der parlamentarischen Demokratie notwendig eine weitgehende Interessensübereinstimmung zwischen Parlamentsmehrheit und Regierung. Diese wiederum kontrolliert die ihrer Fachaufsicht unterstellten Bundesbehörden einschließlich des Bundesamtes für Verfassungsschutz. Damit besteht eine besondere Gefahr, dass die Regierung den Geheimdienst zur Diskreditierung, wenn nicht gar Bekämpfung unliebsamer Oppositionsparteien, -fraktionen und ihrer Exponenten missbraucht. Dies umso mehr, als jeglicher Geheimdienst, auch wo er sich mit einer offenen Beobachtung begnügt, einer Kontrolle durch die kritische Öffentlichkeit kaum zugänglich ist. Dem müsste mit einer verschärften (verfassungs)gerichtlichen Kontrolle entgegengewirkt werden.

Im vorliegenden Fall konnte sich das BVerfG auf die Aussage zurückziehen, „nach Ansicht des Antragstellers [Ramelow habe sich] eine generell bestehende Gefahr des Missbrauchs geheimdienstlicher Beobachtung zum Zwecke der Beeinflussung von Abgeordneten im Sinne der Regierung in vorliegendem Fall nicht verwirklicht“.<sup>57</sup> Ob dies für die beschriebene weiterreichende Missbrauchsgefahr ebenso gilt, bleibt offen. Lassen sich auch die Erkenntnisse zur Bespitzelung durch die amerikanische NSA sowie daran anschließende Befürchtungen hinsichtlich des Bundesnachrichtendienstes nicht ohne weiteres auf den Verfassungsschutz übertragen, so bleibt doch insoweit im Zuge der jüngeren Entwicklungen ebenfalls ein gesundes Misstrauen angebracht, auch was die Rolle der (zumindest damaligen) Bundesregierung angeht. Dass in anderem Zusammenhang (mit den Morden des „Nationalsozialistischen Untergrunds“) zugleich Inkompetenz von Verfassungsschutzbehörden (dort allerdings der Länder) zu Tage getreten ist, vermag rechtsstaatliche Zuversicht ebenfalls nicht zu fördern.

Den skizzierten Missbrauchsrisiken müsste mit einer deutlichen Herabsetzung der Darlegungs- und Beweislast einer solchen Missbrauch rügenden politischen Partei, wenn nicht gar mit einer teilweisen Umkehrung der Beweislast begegnet werden. Vor diesem Hintergrund hätten der „pauschale Hinweis [der Partei DIE LINKE] auf die Beobachtung weiterer Abgeordneter“<sup>58</sup> im Hinblick auf eine etwaige Funktionsbeeinträchtigung des Bundestags eine weitere Prüfung verdient gehabt. Das Bundesamt für Verfassungsschutz hätte – zwecks Gewährleistung effektiven Grundrechtsschutzes bei überwiegenden Geheimhaltungsinteressen notfalls „in camera“ – Näheres darlegen und gegebenenfalls rechtfertigen müssen, statt wie geschehen der Antragstellerin hier die weitere Darlegungslast aufzubürden.

## 2. Informationelle Selbstbestimmung auch des Abgeordneten aus Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG in Abgrenzung zu Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG

Die vom BVerfG ausdrücklich offen gelassene Frage, ob eine Verletzung der informationellen Selbstbestimmung durch die Eröffnung des Schutzbereichs von Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG schon tatbestandlich ausgeschlossen ist,<sup>59</sup> dürfte zu verneinen sein. Die nachrichtendienstliche Sammlung und Verknüpfung von Daten auch aus öffentlich zugänglichen Quellen lässt einen sozialen Ansehensverlust befürchten und ist geeignet, zu einer generellen Einschränkung der Persönlichkeitsentfaltung zu führen. Diese Beeinträchtigungen betreffen den Abgeordneten über seine Funktion als Staatsorgan hinaus auch noch nach Beendigung seines Mandats. Darauf ließe sich ebenfalls eine Verfassungsbeschwerde stützen. Dies entspricht auch der vom BVerfG geforderten Betrachtung des Abgeordneten „als ganze[m] Menschen“<sup>60</sup>, dem konsequenterweise Persönlichkeitsrechte auch im Rahmen der Abgeordneten-tätigkeit zustehen müssen. Der vorliegend vom BVerfG entwickelte strenge Verhältnismäßigkeitsmaßstab wäre angesichts der erheblichen grundrechtlichen Bedeutung der informationellen Selbstbestimmung wohl auch bei dieser anzulegen, so dass eine Verletzung hier im Ergebnis zu bejahen wäre.

Darüber hinaus bleibt offen, ob eine solche Ausweitung der Verfassungsbeschwerde auf politische Parteien, welche sich bekanntlich nicht auf Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG berufen können,<sup>61</sup> übertragbar ist. Dies hängt nicht zuletzt davon ab, ob eine Partei als besondere (Art. 21 GG) juristische Person überhaupt gemäß Art. 19 Abs. 3 GG in den personellen Schutzbereich der informationellen Selbstbestimmung fällt. Wollte man dies wegen des engen Bezugs der informationellen Selbstbestimmung zur Menschenwürde verneinen, wäre zur Wahrung der Chancengleichheit der Parteien im Rahmen der „Neuen Formel“ bei Art. 3 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 21 GG zumindest eine ähnlich strenge Verhältnismäßigkeitsprüfung angezeigt wie bei Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG.

## 3. Fazit

In der Gesamtschau tut die besprochene Entscheidung einen wichtigen Schritt zur Stärkung der Kontroll- und Kommunikationsfunktion jedes einzelnen Abgeordneten. Weiteres war nach der Maxime „One Case at a Time“<sup>62</sup> nicht zwingend zu entscheiden. Eine grundsätzlicher angelegte kritische Sicht auf den Verfassungsschutz findet man indes in dem Beschluss nicht.<sup>63</sup> Deshalb bleibt zweifelhaft, ob das BVerfG in anderen Konstellationen, etwa bei der Überwachung von Parteien oder Teilen davon, weitere Schritte zum Minderheitenschutz

<sup>57</sup> BVerfG, Beschl. v. 17.9.2013 – 2 BvR 2436/10 u. 2 BvE 6/08, Rn. 168; selbst in BVerwGE 137, 275 (283 Rn. 26) klingen Missbrauchsgefahren an, die dort jedoch extrem eng verstanden werden.

<sup>58</sup> BVerfG, Beschl. v. 17.9.2013 – 2 BvR 2436/10 u. 2 BvE 6/08, Rn. 182.

<sup>59</sup> BVerfG, Beschl. v. 17.9.2013 – 2 BvR 2436/10 u. 2 BvE 6/08, Rn. 144.

<sup>60</sup> BVerfG, Beschl. v. 17.9.2013 – 2 BvR 2436/10 u. 2 BvE 6/08, Rn. 92.

<sup>61</sup> Degenhart (Fn. 24), Rn. 104, 654 ff., 668.

<sup>62</sup> Aus amerikanischer Perspektive, aber auch für das andersartige deutsche Rechtssystem lesenswert Sunstein, One Case at a Time – Judicial Minimalism on the Supreme Court, 2001.

<sup>63</sup> So auch die Einschätzung von Warg, NVwZ 2014, 36 (39).

gegen die dem Verfassungsschutz immanenten Missbrauchsgefahren unternommen wird.

*Prof. Dr. Michael Fehling, LL.M. (Berkeley), Wiss. Mitarbeiterin Barbara Schunicht, LL.B., Hamburg*