

Rechtmäßigkeit wiederherstellen muss, indem sie die betreffenden Daten entweder löscht oder berichtigt.

Um die durch die Asymmetrie des kontradiktorischen Verfahrens bedingten Zwänge auszugleichen und einen effektiven Rechtsschutz sicherzustellen, verfügt die *formation spécialisée* über sehr weitreichende Untersuchungsbefugnisse gegenüber den Behörden und kann sich alle für die Entscheidung des Rechtsstreits sachdienlichen Informationen vorlegen lassen. Sie kann diese Befugnisse im Wege schriftlicher Anträge – was in der Praxis recht häufig der Fall ist – oder im Rahmen getrennter Anhörungen der Parteien ausüben. Auch Ortstermine kann sie veranlassen. Daneben hat das Gericht die Möglichkeit, die Rechtmäßigkeit unabhängig vom Vorbringen der Parteien von Amts wegen zu prüfen.

Abgesehen von den beschriebenen Unterschieden haben alle Verfahren der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle von besonderen Maßnahmen gegen Gefährder gemeinsam, dass es gilt, gegensätzliche Ziele in Einklang zu bringen: die Wahrung der für nachrichtendienstliche Tätigkeiten erforderlichen Geheimhaltung bzw. der Wirksamkeit des Handelns der für die Gefahrenabwehr zuständigen Behörden einerseits und den Schutz der Rechte und Freiheiten des Einzelnen andererseits. Welche Schwierigkeiten auch immer bei einem solchen Ausgleich zutage treten mögen, so glauben wir doch, dass es den Verwaltungsgerichten dank der Vielfalt und der Wirksamkeit der ihnen zur Verfügung stehenden Mittel selbst in heiklen Konstellationen möglich ist, das Gleichgewicht zwischen diesen beiden unabdingbaren Erfordernissen bestmöglich zu wahren. ■

## Zur Rechtsprechung

Rechtsanwalt Professor Dr. Christofer Lenz und Rechtsreferendarin Dr. Henrike Schulte\*

### Der EGMR – Keine Alternative für Deutschlands Rechtsweg

#### I. Vorbemerkung

Die politische Partei Alternative für Deutschland (AfD) hat gegen Aktivitäten des Bundesamts für Verfassungsschutz Rechtsschutz beim *Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte* (EGMR) gesucht, aber nicht gefunden. Ein Ausschuss des *Gerichtshofs* hat die Individualbeschwerde der AfD gegen Deutschland mit einstimmigem Beschluss vom 11.6.2019 für unzulässig erklärt und damit das Verfahren abgeschlossen (Art. 28 II EMRK). Gescheitert ist die AfD an der bewusst unterlassenen Erschöpfung des innerdeutschen Rechtswegs. Die Kernaussage der Entscheidung lautet also, dass der EGMR keine Alternative für Deutschlands Rechtsweg ist. Die sie betreffenden Aktivitäten des Verfassungsschutzes stören die AfD schon länger und haben zu unterschiedlichen gerichtlichen Verfahren geführt (dazu II. und III.). Gegenstand dieses Beitrags ist nur die 2018 von der AfD erhobene Individualbeschwerde vor dem EGMR. Betrachtet wird, wer darüber eigentlich in Straßburg entschieden hat, und wie die Zulässigkeitsfragen behandelt worden sind (dazu unter IV. bis V.). Der Beitrag endet mit einem kleinen Ausblick auf die materielle Rechtslage nach der Konvention (dazu unter VII.).

#### II. Die AfD und der Verfassungsschutz

Der Verfassungsschutz dient dem Schutz der freiheitlich demokratischen Grundordnung (§ 1 I BVerfSchG) und ist durch diese gesetzliche Aufgabe mit der Frage konfrontiert, ob in Bezug auf die AfD oder Teile dieser Partei Handlungsbedarf besteht. Der AfD missfällt die dahingehende Tätigkeit des Verfassungsschutzes. Sie fürchtet vor allen Dingen die öffentliche Diskussion darüber. Im Herbst 2018 war der Präsident des Bundesamts für Verfassungsschutz (BfV) zu einer öffentlichen Anhörung der Präsidenten der Nachrichtendienste des Bundes vor das Parlamentarische Kontrollgremium in den Deutschen Bundestag geladen. Vor den ihre Kontrollfunktion ausübenden Abgeordneten hat er ausgeführt, seine Behörde wolle in enger Abstimmung mit den Landesämtern für Verfassungsschutz möglichst noch im Jahr

2018 zu einer fachlichen Einschätzung zum weiteren Umgang mit der AfD kommen; dazu sei allerdings zuvor eine gewissenhafte und intensive Prüfung des vorliegenden Materials der Länder über die AfD notwendig.<sup>1</sup>

Die zweite Phase begann 2019. Anfang dieses Jahres äußerte sich der BfV-Präsident dann wie angekündigt erneut zur Causa AfD. In einer Pressekonferenz gab er am 15.1.2019 bekannt, dass die Nachwuchsorganisation der AfD „Junge Alternative“ sowie die innerparteiliche Strömung „Der Flügel“<sup>2</sup> wegen des Verdachts verfassungsfeindlicher Bestrebungen als „Verdachtsfall“ eingestuft worden seien. Dies treffe jedoch nicht für die Partei als Ganzes zu. Für die AfD selbst hätten sich die vorliegenden Anhaltspunkte noch nicht hinreichend verdichtet, um die Schwelle zum „Verdachtsfall“ zu überschreiten. Nichtsdestotrotz werde man die AfD weiterhin als „Prüffall“ beobachten.

Der rechtliche Unterschied besteht darin, dass die Einstufung als „Verdachtsfall“ das Vorliegen hinreichend gewichtiger

\* Der Autor *Lenz* ist Partner und die Autorin *Schulte* Mitarbeiterin von *OPPENLÄNDER Rechtsanwälte* in Stuttgart. Beide beschäftigen sich sowohl mit materiellen als auch mit prozessualen Fragen der EMRK. – Zugleich Anmerkung zu *EGMR*, Beschl. v. 11.6.2019 – 57939/18, NVwZ 2019, 1663 (in diesem Heft) – Alternative für Deutschland (AfD) gegen Deutschland.

1 Das Eingangsstatement des BfV-Präsidenten in dieser Zweiten öffentlichen Anhörung der Präsidenten der Nachrichtendienste des Bundes vor der Parlamentarischen Kontrollkommission am 16.11.2018 ist auf der Homepage des Verfassungsschutzes abrufbar; der EGMR datiert die dortigen Äußerungen des Präsidenten in seinem Beschluss wohl versehentlich auf Oktober 2018 (vgl. Rn. 4 des Beschlusses).

2 Der Verfassungsschutz bezeichnet die Organisation „Der Flügel“ als Teilorganisation der AfD, was zweifelhaft ist. Das Parteiengesetz verwendet den Begriff der Teilorganisation in der Regelung über die Vollstreckung eines Parteiverbots (§ 32 I 1 PartG) und erfasst damit Organisationseinheiten einer Partei, die trotz einer gewissen Selbstständigkeit so eng mit der Partei verbunden sind, dass sie als in die Partei eingegliedert und daher als ihr Teil angesehen werden können (vgl. *Stein in Ipsen*, PartG, 2. Aufl. 2018, § 32 Rn. 7). Das passt nicht so recht, weil „Der Flügel“ eher als eine in latenter Opposition zu weiten Teilen der AfD-Parteispitze stehende innerparteiliche Strömung zu verstehen ist, selbst aber mangels Beteiligung an Wahlen nicht den Status als Partei iSv Art. 21 GG besitzt und von der AfD auch nicht als besondere Organisationseinheit der Partei anerkannt ist.

tatsächlicher Anhaltspunkte für Bestrebungen gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung voraussetzt und weitreichendere Maßnahmen ermöglicht, etwa den Einsatz nachrichtendienstlicher Mittel. Die Einstufung als „Prüffall“ stellt lediglich eine Vorprüfphase mit eingeschränkterem Instrumentarium dar.

### III. Getrennte Verfahren zu den Vorgängen 2018 und 2019

Die gestufte Entwicklung in den Jahren 2018 und 2019 spiegelt sich auch im prozessualen Vorgehen der AfD. Die AfD hat zwei getrennte Verfahren geführt. Anlässlich der Äußerungen des BfV-Präsidenten vom Herbst 2018 hat sie noch im Dezember 2018 eine Individualbeschwerde beim EGMR erhoben, mit der Zielsetzung, einer öffentlichen Einstufung als „Verdachtsfall“ vorzubeugen. Gegen die 2019 dann erfolgte Einstufung als „Prüffall“ hat sie dagegen nicht den EGMR angerufen, sondern im Verfahren des § 123 VwGO vorläufigen Rechtsschutz beim VG Köln gesucht. Diese unterschiedlichen Verfahren mit den unterschiedlichen Verfahrensgegenständen müssen also auseinandergehalten werden.

#### 1. Maßnahmen des Jahres 2019 als Verfahrensgegenstand vor dem VG Köln

Gegenstand des Verfahrens vor dem VG Köln waren die Maßnahmen des Verfassungsschutzes aus dem Jahr 2019, also die zweite Stufe. Deshalb hat die AfD den Antrag nach § 123 VwGO beim VG Köln auch zeitlich nach der schon am 17.12.2018 erhobenen Menschenrechtsbeschwerde zum EGMR gestellt. Das Verfahren beim VG Köln richtete sich gegen die nach Abschluss der Vorprüfphase erfolgte Aussage des BfV-Präsidenten, dass die AfD weiterhin als „Prüffall“ bearbeitet werde. Die AfD befürchtete auch mit Blick auf die bevorstehende Europawahl, dass die Öffentlichkeit zwischen „Prüffall“ und „Verdachtsfall“ nicht differenzieren werde.

Das VG Köln entschied über seinen Verfahrensgegenstand zeitlich vor dem EGMR und untersagte mit Beschluss vom 26.2.2019 dem BfV im Wege der einstweiligen Anordnung die Bezeichnung der AfD als „Prüffall“. Das vorliegende staatliche Informationshandeln stelle einen Eingriff in das Persönlichkeitsrecht der AfD dar<sup>3</sup> und bedürfe einer Rechtsgrundlage.<sup>4</sup> § 16 I BVerfSchG, welcher als *lex specialis* Sperrwirkung gegenüber einer allgemeinen Informationsbefugnis entfalte,<sup>5</sup> stelle jedoch keine taugliche Rechtsgrundlage dar. Zwar ermächtige er zur Aufklärung der Öffentlichkeit, allerdings nur über das Vorliegen eines „Verdachtsfalls“ und nicht dazu, dass eine Bearbeitung als „Prüffall“ erfolge.<sup>6</sup> Das BfV akzeptierte diese Entscheidung und verzichtete auf eine Beschwerde.

#### 2. Vorgänge 2018 als Beschwerdegegenstand im Verfahren des EGMR

Anlass für das Verfahren vor dem EGMR waren die 2018 gemachten Aussagen des BfV-Präsidenten, nicht die bei Beschwerdeerhebung im Jahr 2018 noch gar nicht erfolgten Maßnahmen des Verfassungsschutzes auf der zweiten Stufe. Unverkennbar zielte die AfD mit der direkten Erhebung der Individualbeschwerde darauf, einer von ihr befürchteten öffentlichen Einstufung der Partei als „Verdachtsfall“ vorbeugend entgegenzuwirken. Der *Gerichtshof* gibt in seinem Beschluss den Vortrag der AfD wieder, solche Maßnahmen des Verfassungsschutzes führten zu einer Stigmatisierung und zu einem „De-facto-Verbot“ der Partei. Dazu zog sie eine Paral-

lele zum Schicksal der politischen Partei „Die Republikaner“. Deren Aufnahme als „Verdachtsfall“ in den Verfassungsschutzbericht, welche sich nachträglich als rechtswidrig erwies, hätte ihr weitgehendes Verschwinden aus der Parteienlandschaft zur Folge gehabt.<sup>7</sup>

Gerügt hat die AfD eine Verletzung ihrer Vereinigungsfreiheit (Art. 11 EMRK) und der Meinungsäußerungsfreiheit (Art. 10 EMRK) sowohl isoliert als auch in Verbindung mit dem unselbstständigen Diskriminierungsverbot aus Art. 14 EMRK. Kombiniert hat das die AfD mit der Rüge, sie sei in ihrem Recht auf eine wirksame Beschwerde nach Art. 13 EMRK und in ihrem Recht auf ein faires Verfahren nach Art. 6 EMRK verletzt, weil es gegen die beanstandeten Maßnahmen keine wirksame Beschwerdemöglichkeit in Deutschland gebe.<sup>8</sup> Durch diese letzten beiden Rügen wird auch deutlich, warum die AfD der Meinung war, die unmittelbare Anrufung des EGMR sei eine zulässige Alternative zur Erschöpfung des Rechtswegs in Deutschland.

#### IV. Wer entscheidet in Straßburg?

Der EGMR entscheidet in verschiedenen Zusammensetzungen. In Einzelrichterbesetzung, in Ausschüssen mit drei Richtern, in Kammern mit sieben Richtern und in einer *Großen Kammer* mit siebzehn Richtern (Art. 26 EMRK). Die kleineren Entscheidungseinheiten in Form des Einzelrichters und der Ausschüsse erfüllen eine Filterfunktion, um der Flut an Beschwerden und der damit einhergehenden Überlastung des EGMR Herr zu werden. Sowohl der Einzelrichter (Art. 27 I EMRK) wie der Ausschuss (Art. 28 I Buchst. a EMRK) können eine Beschwerde für unzulässig erklären, wenn eine solche Entscheidung ohne weitere Prüfung getroffen werden kann. Praktisch werden solche Unzulässigkeitsentscheidungen in der ganz überwiegenden Zahl der Fälle seit Inkrafttreten des 14. Zusatzprotokolls von Einzelrichtern getroffen.<sup>9</sup>

Die eigentliche Regelung zur Abgrenzung der Zuständigkeiten von Einzelrichtern und Ausschüssen nimmt in diesem Fall aber Art. 49 I der Verfahrensordnung des EGMR vor. Danach wird die Beschwerde in Einzelrichterbesetzung geprüft, wenn die Unzulässigkeit schon aus dem vom Beschwerdeführer vorgelegten Material hinreichend deutlich wird. Das zielt auf besonders eindeutige Fälle. Unabhängig davon kommt auch dann kein Einzelrichter zum Einsatz, wenn ein besonderer Grund dagegen spricht, was in erster Linie auf die Bedeutung der Angelegenheit zielt. Es ist nachvollziehbar, dass die Beschwerde der AfD in Straßburg nicht als Einzelrichtersache behandelt worden ist. Denn die Argumentation zur Entbehrlichkeit der innerstaatlichen Rechtswegerschöpfung ist jedenfalls diskussionswürdig und auch die politische Bedeutung des Vorgangs rechtfertigt eine Entscheidung durch mehrere Richter. Immerhin ist die AfD eine Parlamentspartei in einem der einwohnerstärksten Konventionsstaaten.

Mit der Einordnung als Ausschusssache war aber noch eine andere Weiche gestellt. Entscheidungen der Ausschüsse sind immer endgültig (Art. 28 II EMRK). Die Konvention, die

3 VG Köln, NVwZ 2019, 1060 = BeckRS 2019, 2209 Rn. 28.

4 VG Köln, NVwZ 2019, 1060 = BeckRS 2019, 2209 Rn. 49.

5 VG Köln, NVwZ 2019, 1060 = BeckRS 2019, 2209 Rn. 47.

6 VG Köln, NVwZ 2019, 1060 = BeckRS 2019, 2209 Rn. 30 ff.

7 EGMR, 57939/18, NVwZ 2019, 1663 Rn. 16 (in diesem Heft) – Alternative für Deutschland (AfD) gegen Deutschland.

8 EGMR, 57939/18, NVwZ 2019, 1663 Rn. 16 (in diesem Heft) – Alternative für Deutschland (AfD) gegen Deutschland.

9 Dörr/Lenz, Europäischer Verwaltungsschutz, 2. Aufl. 2019, Rn. 634.

insoweit Kompromisscharakter hat, sieht die Möglichkeit einer rechtsmittelartigen Verweisung an die *Große Kammer* auf Antrag einer verfahrensbeteiligten Partei nur bei Urteilen vor, die eine Kammer getroffen hat (Art. 43 I EMRK). Auch die Abgabe einer Rechtssache vor einer Entscheidung an die *Große Kammer* kann nur eine Kammer vornehmen, nicht aber ein Ausschuss (Art. 30 EMRK).<sup>10</sup>

Der Ausschuss hat dann von der ihm nach Art. 28 I Buchst. a EMRK eingeräumten Befugnis Gebrauch gemacht, die Beschwerde durch einstimmigen Beschluss für unzulässig zu erklären. Das erfolgte im Hinblick auf die Rügen einer Verletzung der Art. 10, Art. 11 und Art. 14 EMRK unter dem Aspekt der fehlenden Rechtswegerschöpfung (dazu unter V.), im Hinblick auf die Rügen einer Verletzung von Art. 6 und 13 der Konvention wegen offensichtlicher Unbegründetheit. Es gehört zu den Besonderheiten des Prozessrechts des EGMR, dass die Feststellung einer offensichtlichen Unbegründetheit zur Unzulässigkeit der Beschwerde führt (Art. 35 III Buchst. a EMRK).<sup>11</sup>

#### V. Wegfall der Opfereigenschaft blieb offen

Im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung entstand für die AfD ein zusätzliches Problem daraus, dass sie beim *VG Köln* eine einstweilige Anordnung erreicht hatte. Das warf die Frage auf, ob sie dadurch ihre Opfereigenschaft iSv Art. 34 EMRK verloren hat.<sup>12</sup> Die Formulierung Opfereigenschaft knüpft an die englische Sprachfassung an. Nach deutschem Verständnis geht es um den Wegfall der Beschwer. Die Opfereigenschaft kann aus rechtlichen Gründen entfallen, wenn ein Rechtsbehelf des Beschwerdeführers bei nationalen Gerichten Erfolg hat. Dies setzt jedoch voraus, dass der beklagte Staat den Eingriff aufhebt und ausdrücklich oder jedenfalls implizit anerkennt, dass eine Konventionsverletzung vorgelegen hat.<sup>13</sup> Immerhin hatte das Bundesamt für Verfassungsschutz die Entscheidung des *VG Köln* akzeptiert und keine Beschwerde geführt. Andererseits, und das hat der *Gerichtshof* zutreffend erkannt, ging die AfD vor dem *VG Köln* gegen die öffentliche Bezeichnung als „Prüfaffall“ vor, während sie sich vor dem EGMR dagegen wehrte, möglicherweise bald öffentlich als „Verdachtsfall“ eingestuft zu werden.<sup>14</sup> Die Gegenstände waren also unterschiedlich. Zwar deuten diese Ausführungen des Ausschusses darauf hin, dass die Opfereigenschaft wohl noch bestand, formal ließ der Ausschuss diese Frage aber offen, da aus seiner Sicht die Individualbeschwerde jedenfalls aus einem anderen Grund unzulässig war.

#### VI. Jedenfalls keine Rechtswegerschöpfung

Zentrale Zulässigkeitsvoraussetzung für Beschwerden vor dem EGMR ist die in Art. 35 I EMRK normierte Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtswegs. Die vorausgesetzte Inanspruchnahme nationaler Rechtsbehelfe ist Ausdruck des dem Konventionssystem zugrunde liegenden Subsidiaritätsprinzips. Zum einen soll den Mitgliedstaaten dadurch die Möglichkeit gegeben werden, potenzielle Konventionsverletzungen selbst auf nationaler Ebene zu beheben. Zum anderen gewährleistet die Voraussetzung der Rechtswegerschöpfung die Funktionsfähigkeit des EGMR, der so schon rechtlich und tatsächlich aufbereitete Fälle erhält.<sup>15</sup>

Rechtsbehelf iSd Art. 35 I EMRK ist jedes förmliche oder nichtförmliche Mittel, welches der Rechtsverletzung des Beschwerdeführers abhelfen kann.<sup>16</sup> Bei Beschwerden aus Deutschland gehört auch die Verfassungsbeschwerde zum innerstaatlichen Rechtsweg.<sup>17</sup>

#### 1. Keine Erschöpfung des Rechtswegs zu den deutschen Verwaltungsgerichten

Der Ausschuss qualifiziert das Rechtsschutzanliegen der AfD ohne weiteres als öffentlich-rechtliche Streitigkeit iSv § 40 I VwGO, womit der deutsche Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist. Dieser Rechtsweg wäre an sich zu erschöpfen. Eigentlich würde zum innerstaatlichen Rechtsweg auch noch die Verfassungsbeschwerde gehören.<sup>18</sup> Da für politische Parteien nach der Rechtsprechung des *BVerfG* in verschiedenen Konstellationen anstelle der Verfassungsbeschwerde der Organstreit zulässig sein soll,<sup>19</sup> ist der Ausschuss insoweit vorsichtig. Er lässt offen, ob in einer solchen Konstellation noch eine Verfassungsbeschwerde Teil des deutschen Rechtswegs iSv Art. 35 I EMRK wäre, hält aber immerhin zutreffend fest, dass ein Organstreitverfahren nach §§ 63 ff. *BVerfGG* schon deshalb nicht zum Rechtsweg gehört, weil die Zulässigkeit eines solchen Verfahrens an der fehlenden Parteifähigkeit des Bundesamts für Verfassungsschutz im Organstreitverfahren scheitert.<sup>20</sup>

Die AfD hatte aber diesen an sich eröffneten innerstaatlichen Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten in Bezug auf die befürchtete Einstufung als „Verdachtsfall“ gar nicht beschränkt, sondern noch im Jahr 2018 unmittelbar Beschwerde nach Art. 34 EMRK beim EGMR in Straßburg erhoben.

#### 2. Keine Freistellung von innerstaatlichen Rechtsschutzmöglichkeiten

In einer solchen Situation kann die unter Auslassung innerstaatlicher Rechtsschutzmöglichkeiten erhobene Individualbeschwerde nur zulässig sein, wenn der innerstaatliche Rechtsschutz deshalb nicht ausgeschöpft werden muss, weil er entweder nicht zugänglich oder nicht effektiv ist.<sup>21</sup>

a) *Fehlende Zugänglichkeit.* Die AfD berief sich darauf, dass sie wegen mangelnder Kenntnis des Sachverhalts und fehlender Akteneinsicht, nicht über die erforderlichen Kenntnisse verfügt hätte, um einen Rechtsbehelf gegen das Vorgehen des Bundesamts für Verfassungsschutz zu substantizieren. Das nationale Recht räume zwar einzelnen Personen ein

10 Vgl. zu den Möglichkeiten der Einschaltung der *Großen Kammer* Dörr/Lenz, *Europäischer Verwaltungsrechtsschutz*, 2. Aufl. 2019, Rn. 729 ff.

11 Vgl. Dörr/Lenz, *Europäischer Verwaltungsrechtsschutz*, 2. Aufl. 2019, Rn. 688.

12 EGMR, 57939/18, NVwZ 2019, 1663 Rn. 17 (in diesem Heft) – Alternative für Deutschland (AfD) gegen Deutschland.

13 Dörr/Lenz, *Europäischer Verwaltungsrechtsschutz*, 2. Aufl. 2019, Rn. 663 f.; Meyer-Ladewig/Kulick in Meyer-Ladewig/Nettesheim, EMRK, 4. Aufl. 2017, Art. 34 Rn. 31.

14 EGMR, 57939/18, NVwZ 2019, 1663 Rn. 17 (in diesem Heft) – Alternative für Deutschland (AfD) gegen Deutschland.

15 Schulte, Zur Übertragbarkeit der Margin-of-appreciation-Doktrin des EGMR auf die Rechtsprechung des EuGH im Bereich der Grundfreiheiten, 2018, 42; Lenz, Rechtsschutz vor europäischen Gerichten in Quaaß/Zuck/Funke-Kaiser, Prozesse in Verwaltungssachen, 3. Aufl. 2018, § 9 Rn. 119.

16 Meyer-Ladewig/Peters in Meyer-Ladewig/Nettesheim, EMRK, 4. Aufl. 2017, Art. 35 Rn. 10.

17 Vgl. beispielhaft EGMR, 44911/98; EuGR 2002, 144 (146) – Allaoui ua; EGMR, 31098/08; EuGR 2013, 114 (119).

18 Vgl. Lenz, AnwBl 2014, 398 (398).

19 Vgl. Lenz/Hansel, *BVerfGG*, 2. Aufl. 2015, § 63 Rn. 17 ff. mit Kritik an dieser Rechtsprechung.

20 EGMR, 57939/18, NVwZ 2019, 1663 Rn. 19 (in diesem Heft) – Alternative für Deutschland (AfD) gegen Deutschland; s. auch Lenz/Hansel, *BVerfGG*, 2. Aufl. 2015, § 63 Rn. 6 ff.

21 Vgl. im Einzelnen Dörr/Lenz, *Europäischer Verwaltungsrechtsschutz*, 2. Aufl. 2019, Rn. 676.

Recht auf Zugang zu den erhobenen Informationen des Bundesamts für Verfassungsschutz ein, nicht aber der AfD als politischer Partei.<sup>22</sup> Den EGMR überzeugte dieser Einwand nicht. Er ging davon aus, dass ein innerstaatliches Verfahren sich gegen die mögliche öffentliche Einstufung der AfD als „Verdachtsfall“ gerichtet hätte und nicht gegen die Beobachtungsmaßnahmen. Die Fähigkeit, die Rechtswidrigkeit des Ersteren geltend zu machen, sei unabhängig von der Kenntnis der Besonderheiten der angewandten Überwachungsmaßnahmen.<sup>23</sup>

b) *Fehlende Effektivität.* Die AfD hat weiter behauptet, innerstaatliche Rechtsbehelfe in Deutschland gegen Maßnahmen des Verfassungsschutzes hätten offensichtlich keine vernünftige Aussicht auf Erfolg. Dies begründete sie mit zwei älteren Entscheidungen des BVerfG und des BVerwG.<sup>24</sup> Durch diese Entscheidungen sei geklärt, dass das Bundesamt für Verfassungsschutz die Öffentlichkeit über das Bestehen des Verdachts verfassungsfeindlicher Bestrebungen informieren dürfe. Aus Sicht des EGMR treffe es zwar zu, dass die Unterrichtung der Öffentlichkeit über diese Einschätzung des Verfassungsschutzes grundsätzlich und unter bestimmten Voraussetzungen unter dem Gesichtspunkt des Verfassungsschutzgesetzes sowie des Grundgesetzes für zulässig gehalten wurde. Der EGMR entnimmt jedoch beiden angeführten Entscheidungen, dass jeweils streng zu prüfen sei, ob diese Voraussetzungen unter den jeweils gegebenen Umständen erfüllt sind. Deshalb nehme der Verzicht der AfD auf die Inanspruchnahme dieser vorhandenen nationalen Rechtsbehelfe Deutschland die Möglichkeit, diesen strengen Prüfungsmaßstab an das Verhalten des Bundesamts für Verfassungsschutz anzulegen.<sup>25</sup> Schon deshalb konnte die AfD nicht von der Erschöpfung der eröffneten innerstaatlichen Rechtsschutzmöglichkeiten freigestellt sein.

Der Ausschuss ergänzt das noch durch zwei weitere Argumente. Er arbeitet heraus, dass die beiden von der AfD zitierten älteren Entscheidungen des BVerfG und des BVerwG gar nicht die aktuelle Fassung des § 16 I BVerfGG als einschlägige Norm zum Gegenstand gehabt haben. Die AfD habe also keine Rechtsprechung zur aktuellen Gesetzeslage in Deutschland präsentiert. Zweitens stellt der Ausschuss noch auf das naheliegende Argument ab, dass gerade die Entscheidung des VG Köln vom 26.2.2019 im einstweiligen Anordnungsverfahren ein deutlicher Beleg dafür sei, dass politische Parteien gegenüber Maßnahmen deutscher Verfassungsschutzbehörden durchaus effektiven innerstaatlichen Rechtsschutz erlangen können.<sup>26</sup>

## VII. Blick auf die materielle Rechtslage

Wegen der überstürzten Erhebung der Individualbeschwerde durch die AfD hat der EGMR keine Aussagen zur Sache mehr getroffen. Ein cursorischer Blick auf die materielle Rechtslage verdeutlicht aber, dass an der Beschwerde auch in der Sache nichts dran war. Es ist zwar zutreffend, dass eine öffentliche Einstufung als „Verdachtsfall“ als Eingriff in die Vereinigungsfreiheit nach Art. 11 EMRK und gegebenenfalls auch in die Meinungsäußerungsfreiheit nach Art. 10 EMRK angesehen werden kann. Ebenso deutlich ist aber, dass eine Rechtfertigung solcher Eingriffe nach den jeweiligen Absätzen 2 dieser Konventionsrechte gegeben sein dürfte.

Probleme können sich auf den ersten Blick allenfalls hinsichtlich des zweiten Merkmals der Rechtfertigungsklausel des Art. 11 II und Art. 10 II EMRK ergeben, wonach die

Einschränkungen gesetzlich vorgesehen sein müssen. Diese gesetzliche Grundlage war es ja gerade, die das VG Köln im Hinblick auf die Kommunikation über die Annahme eines „Prüffalls“ in seiner Entscheidung vom 26.6.2019 vermisst hatte.<sup>27</sup> Für den direkten und indirekten Gegenstand des Individualbeschwerdeverfahrens vor dem EGMR besteht aber kein Zweifel am Vorliegen gesetzlicher Grundlagen. Das Vorprüfverfahren, wie es das Bundesamt für Verfassungsschutz in Zusammenarbeit mit den Landesverfassungsschutzämtern im Herbst 2018 praktiziert hat, findet seine Grundlage in § 3 I BVerfSchG und auch die von der AfD vorbeugend mit der Individualbeschwerde bekämpfte öffentliche Bekanntgabe der Feststellung eines Verdachtsfalls ist im Bundesverfassungsschutzgesetz ausdrücklich vorgesehen (§ 16 I BVerfSchG).

Sogar die Offenlegung des Umgangs mit der AfD durch den Präsidenten des Bundesamts für Verfassungsschutz im Herbst 2018 hätte ebenfalls eine gesetzliche Grundlage im Sinne der Absätze 2 von Art. 11 und Art. 10 EMRK. Sie ist anders als im Februar 2019 nicht im Rahmen einer eigenen Öffentlichkeitsarbeit des BfV erfolgt, sondern der BfV-Präsident hat sich im Rahmen einer parlamentarischen Befragung durch die für den Verfassungsschutz zuständigen Abgeordneten des Deutschen Bundestags geäußert. Das Frage- und Informationsrecht des Deutschen Bundestags und seiner Mitglieder ist aber über Art. 38 I 2 und Art. 20 II 2 GG sogar verfassungsrechtlich abgesichert, bezieht sich auch auf die Tätigkeiten nachgeordneter Behörden der Bundesregierung und unterliegt nur sehr schwachen Schranken im Hinblick auf Geheimhaltungsinteressen betroffener Dritter.<sup>28</sup>

Die mit den angegriffenen Maßnahmen des Verfassungsschutzes verbundenen Einschränkungen des Konventionsrechts wären zudem wohl als in einer demokratischen Gesellschaft notwendig für den Schutz der nationalen Sicherheit angesehen worden. Der Verfassungsschutz dient mit seinem Handeln ausweislich § 1 I BVerfSchG dem Schutz der freiheitlichen demokratischen Grundordnung sowie dem Bestand und der Sicherheit des Bundes und der Länder. Im Hinblick auf das Kriterium der Notwendigkeit in einer demokratischen Gesellschaft<sup>29</sup> kann festgestellt werden, dass das Bundesamt für Verfassungsschutz erkennbar vorsichtig und differenziert vorgeht. Die von ihm wahrgenommenen Gefährdungslagen bei der Jugendorganisation der AfD und bei der innerparteilichen Gruppierung „Der Flügel“ werden von erheblichen Teilen der AfD und ihres Bundesvorstands ebenfalls gesehen, auch im Hinblick auf die Einzelelemente der freiheitlich demokratischen Grundordnung iSv § 4 II BVerfSchG. Schließlich ist zu berücksichtigen, dass der EGMR den Mitgliedstaaten gerade im Bereich des Rechtfertigungs-

22 EGMR, 57939/18, NVwZ 2019, 1663 Rn. 18 (in diesem Heft) – Alternative für Deutschland (AfD) gegen Deutschland.

23 EGMR, 57939/18, NVwZ 2019, 1663 Rn. 21 (in diesem Heft) – Alternative für Deutschland (AfD) gegen Deutschland.

24 BVerfGE 113, 63 = NJW 2005, 2912 = NVwZ 2006, 78 Ls. (Verlag Junge Freiheit); BVerwG, NVwZ 2014, 233 = ZD 2014, 216 Ls. (Bürgerbewegung pro Köln).

25 EGMR, 57939/18, NVwZ 2019, 1663 Rn. 22 (in diesem Heft) – Alternative für Deutschland (AfD) gegen Deutschland.

26 EGMR, 57939/18, NVwZ 2019, 1663 Rn. 22 (in diesem Heft) – Alternative für Deutschland (AfD) gegen Deutschland.

27 VG Köln, NVwZ 2019, 1060 = BeckRS 2019, 1060 Rn. 47.

28 Grundlegend dazu BVerfGE 147, 50 (126 ff., 194 ff.) = NVwZ 2018, 51 = NZG 2018, 560 Ls.

29 Vgl. dazu Schulte, Zur Übertragbarkeit der Margin-of-appreciation-Doktrin des EGMR auf die Rechtsprechung des EuGH im Bereich der Grundfreiheiten, 2018, 83 ff.

grunds der nationalen Sicherheit tendenziell besonders weite Beurteilungsspielräume zugesteht, die er nicht überprüft.<sup>30</sup>

Vor diesem Hintergrund sollte man annehmen, dass jedenfalls den rechtlichen Beratern der AfD die Erfolglosigkeit ihres Projekts Individualbeschwerde von Anfang an bewusst gewesen sein dürfte. Das kann aber dahinstehen. Jedenfalls

jetzt weiß auch die AfD, dass die direkte Anrufung des EGMR keine Alternative zur Ausschöpfung des deutschen Rechtswegs ist.

30 Schulte, Zur Übertragbarkeit der Margin-of-appreciation-Doktrin des EGMR auf die Rechtsprechung des EuGH im Bereich der Grundfreiheiten, 2018, 95 f. und 105.

Wiss. Mitarbeiter Stefan Michel, LL. M. (University of Glasgow)\*

## Zur „überindividuellen Meinungsbildung“ und den Grenzen des Begriffs der Presse

### I. Einleitung

Die freie Presse lebt von ihren Privilegien.<sup>1</sup> Erst die objektivrechtlichen Gewährleistungen des Art. 5 I 2 GG, ermöglichen es der Presse, ihren verfassungsrechtlichen Auftrag wahrzunehmen. Allerdings bereitet die Abgrenzung von pressemäßigen Publikationsorganen, die jene besonderen Privilegierungen genießen, und anderen, nicht privilegierungswürdigen Akteuren in der Praxis mitunter Schwierigkeiten. Dem BVerwG lag kürzlich ein solcher Grenzfall vor, in dem um die Geltendmachung presserechtlicher Auskunftsansprüche gestritten wurde. Das Gericht setzte sich insoweit mit der Frage auseinander, was die Presse im verfassungsrechtlichen Sinne auszeichnet. In seinem Urteil distanziert es sich vom formalen Pressebegriff und stellt stattdessen mit der Funktion, zur individuellen und öffentlichen Meinungsbildung beizutragen, wirkungsbezogene und inhaltliche Aspekte in den Mittelpunkt. Durch seinen allgemeinen Bezug zum Pressebegriff ist zu erwarten, dass das Urteil auch für andere Sonderrechte der Presse, etwa bei der Auslegung des datenschutzrechtlichen Medienprivilegs, von Bedeutung sein wird.

### II. Die Entscheidung/Analyse

#### 1. Sachverhalt und Verfahrensgang

Die Klägerin betreibt mehrere Internetportale, in denen Informationen zur Bauwirtschaft und öffentlichen Vergabeverfahren verbreitet werden. Darüber hinaus gibt sie in geringer Auflage ein periodisch erscheinendes Druckwerk, den „Auftragsvergabemonitor“ heraus, worin in kurzen Texten die Kosten verschiedener Bauprojekte wiedergegeben werden.<sup>2</sup> Sie wendete sich gegen die Ablehnung von Auskunftersuchen gegenüber öffentlichen Auftraggebern hinsichtlich der Auftragnehmer, den Auftragssummen und der Zahl der Bieter in zahlreichen Vergabeverfahren. Vor den Instanzengerichten blieb die Klägerin ohne Erfolg. Der VGH Mannheim verneinte die Anspruchsberechtigung der Klägerin, da diese kein Presseunternehmen sei. Die Urheberschaft an einem Druckwerk reiche hierfür nicht aus. Ferner sei ihre Tätigkeit nicht hinreichend von publizistischen, sondern vornehmlich von außerpublizistischen, kommerziellen Zwecken getragen, so dass ihr die Berufung auf den Auskunftsanspruch der Presse versagt bliebe. Das BVerwG hielt das berufsgerichtliche Urteil im Wesentlichen aufrecht.

#### 2. Auskunftsrechte für Print- und Telemedien

Da die Klägerin sowohl ein Druckwerk (Auftragsvergabemonitor), als auch Telemedien (Internetportale) herausgibt, stehen ihr zweierlei Anspruchsgrundlagen zur Geltendmachung ihrer Auskunftsrechte zu: Zum einen der Anspruch aus § 4 I LPresseG BW für verkörperte Medien,<sup>3</sup> zum anderen der telemedienpezifische Anspruch aus §§ 55 III iVm 9 a RStV. Einfachrechtlich sind im Anwendungsbereich des LPresseG BW die Vertreter der Presse sowie nach dem RStV Anbieter

von Telemedien mit journalistisch-redaktionell gestalteten Angeboten anspruchsberechtigt. Das Gericht misst der konkreten Ausgestaltung des Auskunftsanspruchs durch den Landesgesetzgeber jedoch keine Bedeutung zu. Da die Auskunftsrechte zum Kernbereich des objektivrechtlichen Gehalts der Pressefreiheit zählten, sei der Kreis der Berechtigten von vorneherein durch Art. 5 I 2 GG determiniert. Ein Ausgestaltungsspielraum der Länder bestehe nur hinsichtlich der Gewichtung der Interessen in den Versagungsgründen.<sup>4</sup> Dementsprechend orientiert sich die Prüfung des BVerwG nicht an der konkreten Formulierung der Anspruchstatbestände, sondern lediglich am Begriff der Presse im verfassungsrechtlichen Sinne.

#### 3. Funktionales Verständnis des BVerwG

Bei der Auslegung des Pressebegriffs legt das BVerwG nunmehr ein funktionales Verständnis an den Tag. Auskunftsberechtigt sei nur, wer durch seine Publikationen zum öffentlichen Meinungsbildungsprozess beitrage.<sup>5</sup> Dieser Funktionsbezug sei bei Zeitungs- und Zeitschriftenverlagen zu vermuten, nicht aber bei Unternehmen deren publizistische Absicht nicht derart offensichtlich ist.<sup>6</sup> Maßgeblich sei dann, welche Tätigkeit das Unternehmen verfolge und die beabsichtigte Verwendung der Auskünfte. Differenziert wird danach, ob mit der Herausgabe die Teilnahme am Prozess der individuellen und öffentlichen Meinungsbildung bezweckt wird oder ob die Publikation vornehmlich eigenen Geschäftsinteressen diene.<sup>7</sup> Notwendig ist insoweit, dass die

\* Der Verf. ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Medienrecht, Kulturrecht und öffentliches Recht (Professor Dr. Matthias Cornils) an der Johannes Gutenberg-Universität Mainz. – Besprechung von BVerwG, Urt. v. 21.3.2019 – 7 C 26/17, NVwZ 2019, 1283 = NJW 2019, 2715 Ls.

1 Vgl. Peifer, Konvergenz der Medien – Konvergenz des Rechts?, 2009, 47 (51).

2 Der gedruckte „Auftragsvergabemonitor“ wurde gleichwohl erst 2016 während des erstinstanzlichen Verfahrens vor dem VG Stuttgart aufgelegt, worin sich die Klägerin gegen noch vor dessen Herausgabe liegende Auskunftsverweigerungen aus den Jahren 2014 und 2015 richtete, vgl. VG Stuttgart, Urt. v. 23.6.2016 – 1 K 3376/13, BeckRS 2016, 48137.

3 § 7 I LPresseG BW, in dem der Begriff des Druckwerks legaldefiniert wird, stellt wesentlich auf die Verkörperung des Werks ab, so dass auch bspw. Ton- oder Bildträger erfasst sind.

4 BVerwG, NVwZ 2019, 1283 Rn. 23 = NJW 2019, 2715 Ls.

5 BVerwG, NVwZ 2019, 1283 Rn. 24 = NJW 2019, 2715 Ls.

6 BVerwG, NVwZ 2019, 1283 Rn. 26 = NJW 2019, 2715 Ls.

7 Das Gericht überträgt insoweit die Rechtsprechung des BVerfG zur staatlichen Subventionierung von Presseerzeugnissen durch den Postzeitungsdienst auf die Geltendmachung von Auskunftsansprüchen, vgl. BVerfGE 80, 124 = NJW 1989, 2877. Danach wurden nur Druckwerke, die über Tagesereignisse, Zeit- oder Fachfragen berichten bezuschusst, nicht aber rein kommerziell motivierte Druckschriften.