

Zur Rechtsprechung

Rechtsanwalt Professor Dr. Christofer Lenz und Rechtsanwalt Dr. Maximilian Stützel*

Verfassungsrechtliche Eckpunkte für ein Gesetz über die staatliche Förderung parteinaher Stiftungen

I. Einleitung

Die staatliche Förderung politischer Stiftungen steht vor einer Neugestaltung. Ausgelöst hat das die Alternative für Deutschland (AfD) mit einem Organstreitverfahren, das beim BVerfG in einem zentralen Punkt erfolgreich war. Türöffner war dabei die Einschätzung der Karlsruher Richter, auch die rechtmäßige Arbeit parteinaher Stiftungen sei gegenüber einer Partei von der Größe der AfD ein rechtfertigungsbedürftiger Eingriff in die Chancengleichheit aus Art. 21 I 1 GG. Ausschlaggebend für diese Bewertung war der erhebliche Umfang der staatlichen Mittel für parteinahe Stiftungen von über 600 Mio. EUR. Zentrales Ergebnis ist, dass der Deutsche Bundestag jetzt ein Sachgesetz beschließen muss. Der Beitrag untersucht, welche verfassungsrechtlichen Vorgaben dabei für die Teilnahme an der staatlichen Finanzierung und für die Mittelverteilung gelten. Er geht auch auf die politisch bedeutsame Frage ein, ob und auf welche Weise der Gesetzgeber eine parteinahe Stiftung mangels Verfassungstreue von der Finanzierung ausschließen kann.

II. Entscheidung und Einordnung

1. Niederlage des Bundestags

Das Urteil des Zweiten Senats vom 22.2.2023 ist eine Niederlage für den Deutschen Bundestag. Mit seinem Haushaltsgesetz für 2019 hat er die AfD in ihrem Recht auf Chancengleichheit im politischen Wettbewerb aus Art. 21 I 1 GG verletzt, weil er ohne besonderes Parlamentsgesetz Globalzuschüsse für politische Stiftungen ermöglicht und dabei die der AfD nahestehende Desiderius-Erasmus-Stiftung (DES) nicht einbezogen hat.¹ Hätte er sie in einer sachgerecht abgestuften Weise einbezogen, wäre der Antrag der AfD mangels Beeinträchtigung in der Chancengleichheit erfolglos geblieben. Auf das Fehlen eines Sachgesetzes wäre es dann nicht angekommen. Hätte der Bundestag durch ein Sachgesetz die DES zum Schutz von Verfassungsgütern ausgeschlossen, die dem Grundsatz der Chancengleichheit der Parteien die Waage halten können, wäre der Antrag ebenfalls ohne Erfolg geblieben.

Die damals noch von der Großen Koalition gestellte Mehrheit des Bundestags hatte sich aber dafür entschieden, weder das eine noch das andere zu tun, sondern lieber eine Entscheidung des BVerfG zur hergebrachten Vorgehensweise in Kauf zu nehmen. Erst für das Haushaltsjahr 2022 hat der Bundestag regulativ nachgelegt, durch einen Haushaltsvermerk die Globalzuschüsse an die Verfassungstreue der jeweiligen Stiftung geknüpft und deshalb die DES von der Förderung ausgeschlossen. Diesen nachträglichen, auf das Haushaltsjahr 2022 bezogenen Teil des Organstreits hat der Senat nach § 66 BVerfGG abgetrennt und einer gesonderten Entscheidung im Verfahren 2 BvE 1/23 vorbehalten.²

2. Ausschluss der DES 2019 „an sich wettbewerbsneutral“

Für das Jahr 2019 entsprach der Ausschluss der AfD-nahen DES den seit langen etablierten „Spielregeln“. Denn damals erfüllte die DES noch nicht die Voraussetzung, dass die ihr

nahestehende Partei zum zweiten Mal hintereinander in Fraktionsstärke im Bundestag vertreten war. Zwar hatte die AfD bei der Bundestagswahl 2017 12,6 % erreicht, 2013 war sie aber mit 4,7 % der Zweitstimmen noch außerparlamentarisch geblieben. Zu einem Test dieser etablierten und an sich wettbewerbsneutralen Zugangshürde kam es deshalb nicht, weil der Bundestag diese Spielregeln lediglich als Haushaltsgesetzgeber praktiziert, aber nicht in einem Sachgesetz festgeschrieben hatte.

3. Sachgesetz erforderlich und durch Subjektivierung auch für die Partei im Organstreitverfahren rügar

Der Zweite Senat hat insofern kurzen Prozess gemacht, und zwar mit zwei hintereinander geschalteten Schritten: Der Einbeziehung der Stiftungsfinanzierung in die Chancengleichheit der politischen Parteien aus Art. 21 I 1 GG (a) und dem Vorbehalt eines Sachgesetzes für die Rechtfertigung von Eingriffen (b).

a) Die Chancengleichheit der politischen Parteien soll es gebieten, dass die staatliche Förderung parteinaher, aber rechtlich und organisatorisch von ihnen unabhängiger Dritter auch bei Einhaltung sämtlicher Schutzvorschriften (zB § 25 II Nr. 2 PartG) nicht zu einer Verfälschung der politischen Wettbewerbslage zwischen den Parteien führen darf. Deshalb hat eine Partei von einer gewissen Größe und mit einer ihr nahestehenden Stiftung grundsätzlich einen Anspruch darauf, dass Leistungen des Bundes an andere parteinahe Stiftungen entweder insgesamt unterbleiben oder unter Berücksichtigung der Stärkeverhältnisse der Parteien gleichheitsgerecht auszugestaltet sind.³

b) In einem weiteren Schritt wird dem Bundestag als Haushaltsgesetzgeber jegliche Rechtfertigungsmöglichkeit abgeschnitten. Der Vorbehalt des Gesetzes erfordere es, dass die für den demokratischen Willensbildungsprozess wesentliche Frage einer Beeinflussung der zwischen den politischen Parteien bestehenden Wettbewerbslage durch staatliche Leistungen in einem eigenen Gesetz geregelt wird, an dem sich die jeweilige Haushaltsgesetzgebung dann zu orientieren hat.⁴ Der anschließende Hinweis, nur ein solches Verfahren biete der Öffentlichkeit Gelegenheit, ihre Auffassungen auszubilden und zu vertreten, scheint haushaltsgesetzliche Lösungen auf Bundesebene grundsätzlich auszuschließen.⁵

* Der Autor Lenz ist Partner bei OPPENLÄNDER Rechtsanwälte in Stuttgart, Fachanwalt für Verwaltungsrecht und Mitglied des Verfassungsrechtsausschusses der Bundesrechtsanwaltskammer; der Autor Stützel ist Associate bei OPPENLÄNDER Rechtsanwälte.

1 BVerfG NVwZ 2023, 496 Rn. 167 ff. mAnm Geerlings.

2 BVerfG NVwZ 2023, 496 Rn. 108 ff.

3 BVerfG NVwZ 2023, 496 Rn. 178.

4 BVerfG NVwZ 2023, 496 Rn. 181 ff.

5 S. auch BVerfG NVwZ 2023, 496 Rn. 190. Etwas anderes könnte dann gelten, wenn das Haushaltsgesetz detailliertere und öffentlich erörterte Aussagen enthält.

4. Erforderlichkeit und Themen eines Sachgesetzes

Logische Konsequenz der Entscheidung ist, dass der Bundestag jetzt ein Sachgesetz über die staatliche Förderung politischer Stiftungen beschließen muss. Das liegt im Interesse der bislang geförderten Stiftungen, die so Rechtssicherheit für die Zukunft und nach Möglichkeit auch eine Absicherung für die Vergangenheit erhalten können. Es liegt aber auch im Interesse all derjenigen, die erst noch in die Finanzierung hinein wollen. Aus der Entscheidung vom 22.2.2023 ergibt sich weder für die AfD noch für die DES ein unmittelbarer Anspruch auf Einbeziehung der DES in die Förderung.⁶

Mit einem Sachgesetz verbunden sind neben der Kompetenzfrage (III.) vor allen Dingen die Fragen nach einem Ausschluss bestimmter Stiftungen mangels Verfassungstreue (IV.) sowie zu den sonstigen Anforderungen an die Teilnahme an der Förderung und der Ausgestaltung der Höhe nach (dazu V.).

III. Bundeskompetenz aus Art. 21 V GG

Der Bund kann die politischen Stiftungen und deren Finanzierung nur dann durch ein Sachgesetz regeln, wenn er dafür eine eigene Gesetzgebungskompetenz hat. Ob es eine solche Grundlage gibt, war früher bestritten oder musste als Grund dafür herhalten, dass der Gesetzgeber passiv geblieben ist. Richtigerweise ist Art. 21 V GG die einschlägige Kompetenznorm. Danach regeln im Zusammenhang mit den politischen Parteien Bundesgesetze das Nähere. Schon der Plural Bundesgesetze deutet an, dass Art. 21 V GG nicht nur für das Parteiengesetz als solches die Kompetenzgrundlage darstellt. Wichtiger ist, dass Art. 21 V GG sich nicht nur auf die Parteien iSv § 2 PartG bezieht, sondern auch Regelungen zu Organisationen in deren unmittelbarem Umfeld und mit Rückwirkungen auf die Parteien ermöglicht.⁷ Auch das BVerfG sieht das nicht anders, weil es die Kompetenzthematik gar nicht anspricht, aber gleichwohl ein Sachgesetz des Bundes verlangt. Auch inhaltlich spricht die Entscheidung für die Tragfähigkeit von Art. 21 V GG als Kompetenzgrundlage. Ihr Kern ist, die Partei und die ihr nahestehende politische Stiftung trotz weiter bestehender rechtlicher und personeller Unabhängigkeit stärker als aufeinander bezogenes Duo zu verstehen. Das BVerfG stellt darauf ab, dass die politische Partei und die ihr nahestehende Stiftung dieselbe politische Grundströmung repräsentieren.⁸ Die Partei gewinnt aus dieser politischen Grundströmung ihre Wähler, die politische Stiftung richtet ihre Angebote im Bereich der politischen Bildung auf diese Grundströmung aus. Gerade daraus folgert der Senat den Mehrwert der Tätigkeiten der politischen Stiftung für die ihr nahestehende Partei.⁹

IV. Verfassungstreue als Voraussetzung für die Teilnahme an der staatlichen Förderung?

Zentraler Aspekt einer sachgesetzlichen Regelung ist die Frage, ob und in welcher Weise ein Ausschluss von der staatlichen Förderung wegen Zweifeln an der Verfassungstreue möglich ist.

Eine solche Argumentation hat der Bundestag im Haushaltsgesetz 2022 versucht. Er hat im Haushaltsvermerk formuliert, die politische Stiftung müsse die Gewähr bieten, dass sie sich zur freiheitlich demokratischen Grundordnung bekenne; eine Finanzierung sei ausgeschlossen, wenn begründete Zweifel an der Verfassungstreue von Organen oder Beschäftigten bestehen. Darauf wurde der Ausschluss der DES von der Förderung für das Jahr 2022 gestützt. Deshalb

darf unterstellt werden, dass die insoweit breite Mehrheit des Bundestages an dem Kriterium der Verfassungstreue auch im Rahmen des künftigen Sachgesetzes festhalten will. Ein klares Stoppschild für solche Absichten hat das BVerfG nicht aufgestellt. Es hat eher eine Einladung ausgesprochen, und zwar durch die Aussage, als zur Rechtfertigung für Eingriffe in die Chancengleichheit der politischen Parteien erforderliches gleichwertiges Verfassungsgut komme insbesondere der Schutz der freiheitlichen demokratischen Grundordnung in Betracht.¹⁰

1. Maßstab

Die staatliche Förderung politischer Stiftungen ist durch die Verfassung nicht vorgegeben, insoweit wird also in nichts verfassungsrechtlich Garantiertes eingegriffen. Das ist der Unterschied zum Status der politischen Parteien, der durch Art. 21 I 2 GG und durch das sogenannte Parteienprivileg in Art. 21 II und IV GG geschützt ist, also durch die Monopolisierung des Parteiverbots beim BVerfG. Entsprechendes gilt aber auch für die 2017 eingeführte Verfassungsregelung über den Ausschluss politischer Parteien von der unmittelbaren staatlichen Finanzierung (Art. 21 III, IV GG). Die staatliche Parteienfinanzierung ist durch Art. 21 III GG zu einer verfassungsrechtlichen Institution erhoben worden, weshalb ein Ausschluss von ihr unmittelbar und hart in das Wettbewerbsverhältnis zwischen den politischen Parteien eingreift. Demgegenüber geht es bei den „Abfärbefekten“ und mittelbaren Vorteilen der politischen Parteien aus der Tätigkeit der ihnen jeweils nahestehenden politischen Stiftungen um indirekte und abgeschwächte Wirkungen. Deshalb scheidet eine Übertragung des strengen Maßstabs aus Art. 21 III 1 GG auf den Ausschluss politischer Stiftungen aus der staatlichen Förderung aus. Während Art. 21 III 1 GG voraussetzt, dass die politische Partei nach ihren Zielen oder dem Verhalten ihrer Anhänger darauf ausgerichtet ist, die freiheitlich demokratische Grundordnung zu beeinträchtigen oder zu beseitigen, genügen für den Ausschluss politischer Stiftungen von der staatlichen Förderung geringere Anforderungen.¹¹

Wie ist aber dann dieser gegenüber Art. 21 III GG schwächere Maßstab zu konkretisieren? Der Haushaltsvermerk 2022 orientiert sich mit der Formulierung „Gewähr bieten“ an § 7 I BBG. Durch die Konkretisierung, dass begründete Zweifel an der Verfassungstreue zum Ausschluss führen, wird das handhabbar gemacht. Zu den Schwächen des Haushaltsvermerkes gehört, dass er nur auf die politische Stiftung selbst abstellt, nicht aber auf die ihr nahestehende politische Partei. Das macht spätestens seit der Entscheidung vom 22.2.2023 keinen Sinn mehr, weil der Zweite Senat politische Partei und ihr nahestehende Stiftung gerade bei den Auswirkungen auf Dritte als Einheit versteht.¹² Schon bisher werden nur Stiftungen finanziert, die von einer

6 Vgl. zur Landesförderung einer anderen AfD-nahen Stiftung in Sachsen-Anhalt auf der Grundlage der Aussagen des BVerfG auch VG Magdeburg NVwZ-RR 2023, 350.

7 Dreier/Morlok GG, 3. Aufl. 2015, GG Art. 21 Rn. 42 f.; früher auch schon Westerwelle, Das Parteienrecht und die politischen Jugendorganisationen, 1994, S. 50 ff.

8 BVerfG NVwZ 2023, 496 Rn. 210.

9 BVerfG NVwZ 2023, 496 Rn. 229 f.

10 BVerfG NVwZ 2023, 496 Rn. 246.

11 Zutr. auch Hobusch, Das Ende der „Schattenfinanzierung“ parteinaher Stiftungen, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/das-ende-der-schattenfinanzierung-parteinaher-stiftungen/>; s. auch schon zu der Partei Die Republikaner nahestehenden Stiftung BVerwGE 106, 177 = NJW 1998, 2545 (2546 f.) = NVwZ 1998, 950 Ls.

12 Für die Zulässigkeit eines Abstellens auf die hinter der Stiftung stehende Partei auch Ogorek NJW 2023, 831 (848).

Partei als „ihre“ Stiftung förmlich anerkannt sind. Auch das BVerwG hat in einem vergleichbaren Fall nicht nur auf die geplante Stiftung, sondern auch auf die dahinterstehende Partei abgestellt.¹³

Der Nachteil einer an das Beamtenrecht angelehnten Maßstabsbildung („Gewähr bieten“) liegt in der ungelösten Frage der verfahrensmäßigen Handhabung. Wie kommt die über die Förderfähigkeit einer Stiftung entscheidende Stelle zu ihrer rechtlichen Bewertung und wie erfährt sie von den Tatsachen, an die sie ihre Bewertung anknüpft? Dasselbe gilt für Lösungen, die sich an § 51 III AO oder an § 75 I Nr. 4 SGB VIII anlehnen.¹⁴

In der Sache gleichwertig, aber besser anwendbar ist der Maßstab von „tatsächlichen Anhaltspunkten für eine verfassungsfeindliche Bestrebung“. Das greift eine Formel auf, die in der Verwaltungsgerichtsbarkeit als Maßstab für die Frage entwickelt worden ist, wann die im Bundesverfassungsschutzgesetz (BVerfSchG) nicht ausdrücklich geregelte Behandlung als sogenannter „Verdachtsfall“ durch das Bundesamt für Verfassungsschutz (BfV) zulässig ist.¹⁵ Dieser Maßstab ist justitiabel und von der Verwaltungsgerichtsbarkeit auch hinreichend konturiert.¹⁶ Geklärt ist insoweit auch, dass sich Anhaltspunkte für eine verfassungsfeindliche Bestrebung der Partei insbesondere aus Satzung, Programm oder Veröffentlichungen ergeben können sowie aus den Äußerungen und Taten von Funktionsträgern und Mitarbeitern.¹⁷ Dasselbe würde für die Stiftung gelten.

2. Mögliche Konkretisierung

Deshalb könnte ein Gesetz die Mittelgewährung von der Vorlage einer Bescheinigung des BfV abhängig machen, dass keine tatsächlichen Anhaltspunkte für eine verfassungsfeindliche Bestrebung bestehen, weder bei der politischen Stiftung noch bei der politischen Partei, der sie nahesteht. Sieht das BfV keine solchen tatsächlichen Anhaltspunkte, dann wird es die politische Partei nicht als Verdachtsfall behandeln und sich ausgehend vom Verhalten der Partei auch zu Aussagen in Bezug auf die ihr nahestehende Stiftung in der Lage sehen. Keine staatliche Stelle in Deutschland verfügt dazu über bessere Möglichkeiten und Erkenntnisse als das BfV. Verweigert das BfV eine Unbedenklichkeitsbescheinigung oder behandelt es die der politischen Stiftung verbundene politische Partei ohnehin schon als Verdachtsfall, können die Partei und nach entsprechender Klarstellung im Gesetz auch die ihr nahestehende politische Stiftung die Verweigerung einer verwaltungsgerichtlichen Überprüfung nach den etablierten Maßstäben unterziehen. Da die staatliche Förderung politischer Stiftungen zwar jährlich bewilligt wird, grundsätzlich aber auf Dauer angelegt ist und andererseits praktisch nicht rückabgewickelt werden kann, dürfte es sachgerecht sein, wenn der Gesetzgeber die vom BfV angenommenen tatsächlichen Anhaltspunkte für eine verfassungsfeindliche Bestrebung der Partei oder der Stiftung erst dann als ausgeräumt ansieht, wenn das BfV mit seiner Sichtweise vor den Verwaltungsgerichten rechtskräftig unterlegen ist.

3. Zuständigkeit und Verfahren

Die verfahrensmäßige Ausgestaltung hängt davon ab, wie die im Sachgesetz vorzusehenden Kriterien für die Teilnahme an der staatlichen Förderung politischer Stiftungen ausgestaltet werden. Gäbe es eine allgemeine Anerkennungsbehörde, etwa in der Gestalt der Präsidentin des Deutschen Bundestages,¹⁸ dann wäre von ihr auch die Entscheidung über das Vorliegen des Kriteriums der Verfassungstreue zu

treffen. Durch die Vorverlagerung in die von der antragstellenden Stiftung vorzulegende Unbedenklichkeitsbescheinigung des BfV würde die Bundestagspräsidentin aber von gleichermaßen schwierigen wie heiklen Wertungsentscheidungen entlastet. Sinnvollerweise sollte im Sachgesetz geregelt sein, dass der Haushaltsgesetzgeber an die Entscheidung der Bundestagspräsidentin über die Förderfähigkeit bis zu deren Aufhebung gebunden ist.

4. Rechtsschutzfragen

Verfassungsgerichtlichen Rechtsschutz kann insbesondere die hinter der ausgeschlossenen politischen Stiftung stehende politische Partei vergleichsweise einfach finden. Sie kann im Wege des Organstreits sowohl das Sachgesetz mit seiner Verfassungstreuevorgabe angreifen wie das jeweilige Haushaltsgesetz, in dem die ihr nahestehende politische Stiftung nicht berücksichtigt worden ist.

Je stärker in der konkreten Neuregelung die Rolle der Feststellungsentscheidung des BfV ausgestaltet wird, desto mehr kann der verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz auch auf Verfahren gegen das BfV konzentriert werden. Das hätte den Vorteil, dass insoweit mit dem VG Köln ein mit Verfassungsschutzfragen vertrautes Gericht erstinstanzlich zuständig wäre. Verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz gegen die Bundestagspräsidentin könnte demgegenüber auf die Prüfung beschränkt werden, ob eine für die Zulassung zur staatlichen Finanzierung ausreichende Bestätigung der Verfassungstreue durch das BfV vorgelegen hat oder nicht.

V. Allgemeine Teilnahmevoraussetzungen und Zuteilungskriterien

Das Sachgesetz muss auch die allgemeinen Voraussetzungen für die Teilnahme an der Förderung sowie die Kriterien für die Zuteilung der Mittel regeln. Dabei darf der Gesetzgeber als primärer Verfassungsinterpret darauf vertrauen, dass ihm „ein gewisser Gestaltungsspielraum“ zusteht und der Zweite Senat das im Fall einer Überprüfung dann auch beachtet.¹⁹

1. „Dauerhafte, ins Gewicht fallende politische Grundströmung“

Ausdrücklich bestätigt hat der Zweite Senat, dass es verfassungsrechtlich unbedenklich ist, die staatliche Stiftungsförderung auf solche parteinahe Stiftungen „zu beschränken, die eine „dauerhafte, ins Gewicht fallende politische Grundströmung“²⁰ repräsentieren“.²¹ Mit dieser Bezugnahme auf die im 73. Band etablierte und seither in der Staatspraxis konkretisierte Formel hat der Zweite Senat eine Vertrauens-

13 BVerwGE 106, 177 = NJW 1998, 2545 = NVwZ 1998, 950 Ls. Rn. 34 – Schönhuber-Stiftung.

14 Vgl. zu Letzterem § 2 I Nr. 1 des Gesetzentwurfs von Campact eV, abrufbar unter https://www.campact.de/wp-content/uploads/2023/01/Campact_Stiftungsgesetz.pdf; s. auch BVerwGE 55, 232 = BeckRS 1978, 106333.

15 Für die Relevanz der Einstufung der AfD als sog. Verdachtsfall bei der Beurteilung der Verfassungstreue der DES auch Ogorek NJW 2023, 831 (845).

16 Vgl. BVerwGE 137, 275 = NVwZ 2011, 161 (164f.); Huber NVwZ 2023, 225. S. dazu auch Schneider DÖV 2022, 372.

17 Vgl. mwN OVG Münster NVwZ-RR 2009, 828 Ls. = BeckRS 2009, 31498; VG Köln NVwZ 2023, 279 Ls. = BeckRS 2022, 3817.

18 Angelehnt an deren Zuständigkeit für die Parteienfinanzierung, vgl. §§ 19, 20, 23, 23 a, 23 b, 25 III und 4 sowie 31 a, 31 b und 31 c PartG. Denkbar wäre auch eine Zuständigkeit des Bundesministeriums des Inneren.

19 BVerfG NVwZ 2023, 496 Rn. 238. Darauf verweisend auch Geerlings NVwZ 2023, 496 (511).

20 Vgl. BVerfGE 73, 1 (38) = NJW 1986, 2497 = NVwZ 1986, 1007 Ls.

21 BVerfG NVwZ 2023, 496 Rn. 239.

grundlage für den Gesetzgeber geschaffen, die bisherige Handhabung grundsätzlich fortzuführen, sofern nicht in weiteren Passagen des Urteils Fragezeichen gesetzt sind. Dabei muss sich das Gericht auch an seinen eigenen, 1986 entwickelten und jetzt ausdrücklich, auch in der Formel bestätigten verbalen Anforderungen festhalten lassen. Wenn das Gericht damals und heute von einer ins Gewicht fallenden politischen Grundströmung spricht, dann genügt dafür eben nicht jede politische Strömung, sondern sie muss zusätzlich (1) grundlegender Natur sein und (2) ins Gewicht fallen. Politische Grundströmung zielt der Sache nach auf eine weltanschauliche Sichtweise, man kann auch von einer politischen Ideologie sprechen. Was damit gemeint ist, erschließt sich ohne Weiteres. Natürlich ist zum Beispiel der politische Liberalismus eine solche politische Grundströmung; dasselbe gilt auch für (post)kommunistischen Vorstellungen. Die politische Ökologiebewegung ist ebenfalls eine solche Strömung wie die klassischen, für die Geschichte der Bundesrepublik Deutschland dominanten politischen Ideologien der sogenannten Sozialdemokratie und der christdemokratischen Richtung. Der Maßstab der Chancengleichheit politischer Parteien bewirkt bei unsachgemäßer Handhabung die Gefahr, dass dieser Wald vor lauter Bäumen nicht mehr gesehen wird. Die erheblichen Schwierigkeiten der DES und der AfD, klar auszudrücken, welche politische Strömung grundlegender Art sie eigentlich repräsentieren, zeigen sich schon in der nicht aussagekräftigen Namensgebung. Weitere politische Ideologien dauerhafter und relevanter Art sind jedenfalls nicht erkennbar, auch nicht in Wahlergebnissen.

Das Element des Dauerhaften hat eine prognostische Komponente. Für die bislang geförderten Stiftungen ist die Dauerhaftigkeit der von ihnen repräsentierten, ins Gewicht fallenden politischen Grundströmungen über Jahrzehnte belegt, bei der Sozialdemokratie sogar für weit über 100 Jahre. Deshalb darf der Gesetzgeber der Dauerhaftigkeit auch ein konkretisierendes Element entnehmen, die ein längeres Bestehenbleiben verlässlich erwarten lässt. In der Geschichte der Bundesrepublik Deutschland hat sich gezeigt, dass Parteien dann ein dauerhafter Faktor mit Gewicht werden, wenn es ihnen gelingt, in den Bundestag einzuziehen. Wer daran, wie die NPD Ende der 60er Jahre oder die Republikaner in den 80er Jahren auch nur knapp scheiterte, fiel historisch gesehen immer in die politische Bedeutungslosigkeit zurück, verlor also Gewicht und gewann nicht die Eigenschaft als politische Grundströmung. Umgekehrt haben solche Parteien, die wiederholt in den Bundestag in Fraktionsstärke einzogen, sich auch dauerhaft als relevante, parlamentarisch vertretene politische Grundströmung verfestigt. Das gilt für die GRÜNEN ebenso wie für die Linkspartei. Der in der FDP parteipolitisch organisierte politische Liberalismus hat sich zwar oft in der Nähe der 5 %-Klausel bewegt und diese 2013 auch einmal verfehlt, er hat sich davon aber gleich bei der nachfolgenden Wahl wieder erholt. Deshalb ist die in der Vergangenheit wiederholte Überschreitung der 5 %-Klausel bei Bundestagswahlen ein verlässlicher Indikator dafür, dass eine politische Strömung grundlegenden Charakter hat und dauerhaft ins Gewicht fällt.

2. Parameter im Einzelnen

Angesichts des Zeitdrucks ist es naheliegend, möglichst an den bisher praktizierten Parametern festzuhalten.

a) Für die allgemeine Teilnahmevoraussetzung kann weiterhin auf das Wahlergebnis der Bezugspartei bei Bundes-

tagswahlen abgestellt werden (Zweitstimmen). Dagegen hat das BVerfG erkennbar keine Bedenken.²² Das Abstellen allein auf die Bundestagswahl ist auch deshalb berechtigt, weil hier die gegenüber anderen Wahlen deutlich höhere Wahlbeteiligung die Verankerung einer politischen Grundströmung in der Bevölkerung viel besser abbildet.

b) Für die Festlegung der erforderlichen Wahlergebnisse hat der Zweite Senat eine Reihe von Hinweisen gegeben. Sie sind überwiegend vorsichtig formuliert, allgemeiner Art und benennen eher Themen und Spielräume. Neben einer wettbewerbsneutralen Ausgestaltung geht es dem Senat erkennbar darum, der Offenheit des politischen Willensbildungsprozesses Rechnung zu tragen, also keinen Beitrag zur Versteinerung des bestehenden Parteiensystems zu leisten.²³ Hier ist allerdings zu ergänzen, dass ein solcher Beitrag des bisherigen Systems der Finanzierung politischer Stiftungen nicht zu erkennen ist. Mit BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, der Partei DIE LINKE und der Partei AfD ist es gleich drei politischen Parteien gelungen, sich in den letzten Jahrzehnten dauerhaft oder zumindest nachhaltig als neue Parlamentspartei zu etablieren.

Ernst nehmen muss der Bundestag den Hinweis darauf, dass die 5 %-Hürde im Wahlrecht mit Argumenten gerechtfertigt wird, die auf die Stiftungsfinanzierung nicht ohne Weiteres übertragbar sind. Das steht aber nur einer „schlichten Übertragung“²⁴ entgegen. Erforderlich, aber auch möglich ist eine tragfähige, spezifisch auf die Stiftungsförderung bezogene Begründung. Diese fällt hier deshalb leicht, weil der Senat an der Formel einer dauerhaften, ins Gewicht fallenden politischen Grundströmung ausdrücklich festgehalten hat. Die schon angesprochene Wahlgeschichte der Bundesrepublik Deutschland belegt, dass ein dauerhaftes Gewicht einer politischen Grundströmung nur dann berechtigterweise angenommen werden kann, wenn die entsprechende Partei die 5 %-Klausel bei Bundestagswahlen genommen hat.

Bislang ist darauf abgestellt worden, ob die Bezugspartei den erforderlichen Wahlerfolg bei zwei aufeinander folgenden Bundestagswahlen erzielt hat. Damit hat der Zweite Senat erkennbar keine Schwierigkeiten, wenn er formuliert, hinsichtlich der Beständigkeit einer politischen Grundströmung scheint es nicht fernliegend, zumindest im Regelfall auf einen Zeitraum abzustellen, der die Dauer einer Legislaturperiode übersteigt.²⁵ Umgekehrt ist damit wohl aber eine Absage an Vorstellungen verbunden, man könne die Aufnahme in die Förderung von einem wiederholten Wahlerfolg der Bezugspartei bei jeder der letzten drei oder sogar vier Bundestagswahlen abhängig machen.

Ein Fragezeichen gesetzt hat der Senat bei der bisherigen Praxis, für die Aufnahme in die Förderung zwei aufeinander folgende Bundestagswahlergebnisse von mindestens 5 % zu verlangen, aber gleichzeitig Stiftungen in der Finanzierung zu belassen, deren Bezugspartei zwar bislang im Bundestag vertreten war, jetzt aber einmal unter 5 % geblieben ist.²⁶ Das sollte ernst genommen werden. Zwar wirken sich Aufnahme und Beendigung der Förderung unterschiedlich aus,

22 BVerfG NVwZ 2023, 496 Rn. 240 u. 244; s. auch Lenz NVwZ 2019, 1016 (1018).

23 BVerfG NVwZ 2023, 496 Rn. 242.

24 So BVerfG NVwZ 2023, 496 Rn. 244.

25 BVerfG NVwZ 2023, 496 Rn. 244.

26 BVerfG NVwZ 2023, 496 Rn. 245.

wäre ein abruptes Ende der Förderung einer Stiftung bei einmaligem Scheitern ihrer Bezugspartei unverhältnismäßig und spricht für die Beibehaltung des bisherigen Systems, dass in allen Fällen die Bezugspartei wieder in Fraktionsstärke in den Bundestag zurückgekehrt ist – DIE GRÜNEN 1994, DIE LINKE 2005 und die FDP 2017. Zur Vermeidung von Restrisiken könnte der Bundestag aber vorsichtshalber einheitlich auf das Kriterium „zwei aus drei“ abstellen. Das würde bedeuten, dass es sowohl für die Aufnahme in die Förderung wie für den Verbleib in der Förderung ausreicht, wenn die Bezugspartei bei zwei der letzten drei Bundestagswahlen mindestens 5 % der Zweitstimmen erreicht hat.

3. Zuteilungskriterien

Grundsätzlich ist das Wahlergebnis der Bezugsparteien bei den Bundestagswahlen das zentrale Kriterium für die Förderhöhe. Da auch nach Einschätzung des Zweiten Senats für die Teilnahme auf jedenfalls zwei Bundestagswahlen abgestellt werden kann,²⁷ würde dies auch für die Zuteilung mindestens zulässig sein. Ein Abstellen auf die letzten drei Bundestagswahlen hat einen glättenden Effekt und würde im Übrigen auch zu einer denkbaren „zwei aus drei“-Regelung für die Teilnahmevoraussetzung passen. Ein Abstellen auf die letzten vier Bundestagswahlen ist unter dem Aspekt der Wahrung der Offenheit des politischen Prozesses mit Risiken behaftet.

Ein zusätzliches Sockelelement halten wir für zulässig, weil jede politische Stiftung einen Basisaufwand hat, der von der Größe der Stiftung ganz oder teilweise unabhängig ist. Die

Regelung auf europäischer Ebene sieht eine solche Sockelfinanzierung vor, und zwar im Umfang von 10 % der Förderungen („zu gleichen Teilen“). Die übrigen 90 % werden auf europäischer Ebene proportional zur Stärke der Bezugsparteien vergeben (Art. 19 VO (EU, Euratom) Nr. 1141/2014 idF der VO (EU, Euratom) 2018/673). Zulässig wäre auch ein gestufter Hochlauf der Förderung bei neu in die Förderung aufgenommenen Stiftungen. Dabei ist ein Zeitraum von bis zu zwei Wahlperioden angemessen. Das wird schon daran deutlich, dass die an der Aufnahme der ihr nahestehenden Stiftung interessierte AfD über ihre Bundestagsfraktion eine solche Aufwuchsregelung selbst vorgeschlagen hat.²⁸

VI. Ausblick

Der Gesetzgeber muss das neue Sachgesetz beschlossen und in Kraft gesetzt haben, bevor er als Haushaltsgesetzgeber Mittel für die politischen Stiftungen in den Haushalt 2024 einstellt. Bis dahin muss entweder durch das Sachgesetz selbst oder auf dieser Grundlage durch eine für zuständig erklärte Behörde entschieden werden, ob nur die bisher geförderten Stiftungen an der Förderung teilnehmen oder auch weitere Stiftungen, insbesondere die DES. Gerade wenn hier noch ein Antrags- und Prüfungsverfahren vorgeschaltet werden soll, muss das Sachgesetz rasch kommen. ■

²⁷ BVerfG NVwZ 2023, 496 Rn. 244.

²⁸ Vgl. zB § 13 I des Gesetzesentwurfs der AfD-Fraktion, BT-Drs. 19/2674, 9.

Buchbesprechungen

Niedersächsisches Gesetz über digitale Verwaltung und Informationssicherheit. Kommentar. Von Dennis Miller und Michael Zickler. –Wiesbaden, KSV Medien 2022. 215 S., kart. EUR 32. ISBN: 978-3-8293-1798-6.

Der Kommentar von den versierten nds. Ministerialbeamten Miller/ Zickler enthält eine vollständige Kommentierung des NDIG in dem Sinne, dass der Rechtsanwender mit dem Kommentar unmittelbar in die Themen sowohl der Verwaltungsdigitalisierung als auch der Informationssicherheit in Niedersachsen einsteigen kann, ohne im ersten Anlauf zwingend weitere Werke zur Hand nehmen zu müssen. Das gelingt vor allem dadurch, dass auf die Bezüge zu anderen Vorschriften dort, wo es für das Verständnis des NDIG notwendig ist, ausführlich eingegangen wird (im Bereich der Verwaltungsdigitalisierung beispielsweise Vorschriften des OZG und des EGovG), insbesondere dort, wo das NDIG direkt auf das EGovG verweist. Hilfreich für einen Einstieg in die Materie ist insbesondere auch die ausführliche Kommentierung der Begriffsbestimmungen in § 1 NDIG.

Der Kommentar ist stellenweise zugleich ein Beitrag zu aktuellen Diskussionen, die auch auf Bundesebene in Literatur und Praxis geführt werden (zB Auswirkungen der Zugangseröffnungspflicht auf Rechtsbehelfsbelehrungen [vgl. § 4 Rn. 24 ff.], Fragen des Schriftformersatzes beim Einsatz des Nutzerkontos (§ 4 Rn. 44 ff.), Einwilligung des Nutzers bei Bekanntgabe von Verwaltungsakten über das Postfach des Nutzerkontos (vgl. § 4 Rn. 68), Geltungsbereich bundesrechtlicher Regelungen und da-

mit zusammenhängender Erforderlichkeit landesrechtlicher Parallelregelungen (vgl. § 4 Rn. 69 in Bezug auf § 9 OZG; § 4 Rn. 49 in Bezug auf § 8 Abs. 6 S. 2 OZG)).

Die §§ 17 ff. NDIG über den Einsatz von Angriffserkennungssystemen, die auf einem Gutachten von Forgò/Krügel/Schmieder von 2016 beruhen, enthalten viel bestimmtere Regelungen als vergleichbare Regelungen im Bund und in anderen Ländern. Dadurch wird stärker herausgestellt, dass es um die (anlasslose) Verarbeitung sensibler Daten geht (Fernmeldegeheimnis, Recht auf informationelle Selbstbestimmung). Die NDIG-Kommentierung kann daher ggf. auch zur verhältnismäßigen Anwendung der weniger bestimmten Regelungen im BSIG und in anderen Landesgesetzen herangezogen werden (zumal die vorliegende Kommentierung des BSIG bei Schenke/Graulich/Ruthig eher knapp gehalten ist). § 22 NDIG regelt eine – soweit ersichtlich im Landesrecht einzigartige – Schnittstelle zum BSI, deren Kommentierung auch für den Bund und andere Länder interessant sein dürfte.

Insgesamt ist der Kommentar sowohl instruktiv als auch sehr lesenswert und ergänzt sehr gut andere auf dem Markt angebotene Produkte zum EGovG und OZG.

Ministerialrat Lars Bostelmann, Leiter des Referats IT-Recht in der Abteilung IT- und Cybersicherheit, Verwaltungsdigitalisierung im Hessischen Ministerium des Innern und für Sport, Wiesbaden