

anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten.“⁴² Die eventuelle Rechtfertigung ist nach den Umständen des Einzelfalls zu bestimmen.⁴³ Solche Rechtfertigungsgründe sind vorliegend noch nicht zu erkennen. Parlamentarische Debatten leben von kontrovers – und wie aus der Geschichte des Bundestags erkennbar – auch höchst emotional und polemisch vorgetragenen Standpunkten und Ansichten.⁴⁴ Wollte man hieraus Ungleichbehandlungen rechtfertigen, so wäre dies mit einer freien und lebendigen Debattenkultur nicht vereinbar. Angesichts der teilweise deutlich anderen Grundpositionen der AfD im Vergleich zu den übrigen Fraktionen (etwa in der Europa-, Währungs-, Klima- und Migrationspolitik) sind allerdings Neigungen erkennbar, eine unsichtbare Trennwand zwischen den sich selbst so nennenden „demokratischen“ Fraktionen und der AfD aufzurichten, mit der eine politische Ausgrenzung einhergehen soll. Gleichwohl fehlt es nach wie vor an verfassungsrechtlich belastbaren Faktoren für eine Ungleichbehandlung im Bundestag. Die AfD mag aus Sicht der anderen schwer zu ertragen sein, sie lässt aber bisher keine Anhaltspunkte für eine vom Bundesamt für Verfassungsschutz zu belegende Verfassungsfeindlichkeit erkennen. Sie ist daher parlamentarisch wie alle anderen auch zu behandeln, ebenso wie ihre Abgeordneten.

VIII. Organstreitverfahren

Die Nichtbeachtung des formalisierten Gleichheitsgebots sowie des sich daraus ergebenden Gebots einer fairen und loyalen Anwendung der Geschäftsordnung des Bundestags kann Gegenstand eines Organstreitverfahrens gem. Art. 93 I Nr. 1 GG iVm § 13 Nr. 5 und § 63 BVerfGG sein. Der Rechtsgedanke der Parlamentsautonomie schließt eine verfassungsgerichtliche Kontrolle nicht aus,⁴⁵ wenn es um die Verletzung fraktionsschützender Verfahrensvorschriften geht. Antragsberechtigt sind die nach § 10 GO-BT gebildeten Fraktionen des Bundestags,⁴⁶ wenn durch ein Unterlassen oder eine Maßnahme geltend gemacht wird, in seinen Rechten verletzt zu sein,⁴⁷ also beispielsweise bei der Wahrung des Prinzips der Beteiligungsgleichheit. Antragsgegner ist der Deutsche Bundestag. ■

42 BVerfGE 55, 72 (88) = NJW 1981, 271.

43 BVerfGE 75, 108 (157) = NJW 1987, 3115.

44 Dafür mögen die Namen *Herbert Wehner*, *Franz J. Strauß*, *Willy Brandt* und *Helmut Schmidt* stehen, aber auch *Joschka Fischer* („mit Verlaub Herr Präsident, Sie sind ein Arschloch“ – wofür er sich später entschuldigte).

45 BVerfGE 99, 19 (34, 35) = NJW 1998, 3042.

46 BVerfGE 84, 304 (318) = NJW 1991, 2474 = NVwZ 1991, 977 Ls.; BVerfGE 2, 143 (159 f.) = NJW 1953, 537.

47 *Ritzel/Bücker/Schreiner*, Hdb. Für die Parlamentarische Praxis, Einleitung 2003, Nr. 3, S. 5.

Zur Rechtsprechung

Rechtsanwalt Professor Dr. Christofer Lenz*

Verfassungsprozessrecht statt Geld für die AfD-nahe Stiftung

I. Entscheidung und politischer Hintergrund

Die Desiderius-Erasmus-Stiftung eV ist die der politischen Partei Alternative für Deutschland (AfD) iSv § 11 II 3 PartG nahestehende politische Stiftung. Sie hat versucht, durch eine Verfassungsbeschwerde staatliche Mittel zu erhalten, die ihr Legislative und Exekutive bislang nicht gewährt haben. Das ist bei der *1. Kammer des Zweiten Senats* ohne Erfolg geblieben. Aus Karlsruhe gab es für die Stiftung kein Geld, wohl aber Nachhilfe zum Verfassungsprozessrecht (dazu unter II.).

In diesem Verfassungsbeschwerdeverfahren ist aber nur die Spitze des Eisbergs sichtbar geworden. Parallel dazu führt die AfD als Partei ein Organstreitverfahren unter anderem gegen den Deutschen Bundestag und die Bundesregierung, um staatliche Mittel für die ihr nahestehende politische Stiftung durchzusetzen.¹ Letztlich zielt das darauf, den Status einer etablierten politischen Kraft zugesprochen zu bekommen, die zu den dauerhaften, ins Gewicht fallenden politischen Grundströmungen in der Bundesrepublik Deutschland gehört (dazu unter III.).

II. Verfassungsprozessuale Nachhilfestunde

Die verfassungsprozessuale Nachhilfestunde umfasst drei Themen. Erstens das grundsätzliche Erfordernis, zunächst den fachgerichtlichen Rechtsweg zu erschöpfen (§ 90 II BVerfGG).² Zweitens die aus § 90 I BVerfGG folgende Anforderung, bei Angriffen auf Gesetze unmittelbar, also ohne Vollzugsakt, betroffen zu sein.³ Und drittens die ebenfalls aus

§ 90 I BVerfGG iVm §§ 92, 23 I 2 BVerfGG folgende Anforderung, den mit der Verfassungsbeschwerde anzugreifenden Akt öffentlicher Gewalt hinreichend konkret zu benennen.⁴

1. Rechtswegerschöpfung

Nach der Ausgestaltung der Verfassungsbeschwerde durch § 90 II 1 BVerfGG ist die Zuständigkeit des BVerfG nur subsidiär; die Wahrung der Grundrechte obliegt an erster Stelle den Fachgerichten im Rahmen der regulären, einfach-rechtlich vorgesehenen Rechtsschutzmöglichkeit.⁵ Dieser fachgerichtliche Rechtsweg führt bei Bescheiden von Behörden über Anträge auf Bewilligung staatlicher Mittel zu den Verwaltungsgerichten (§ 40 I 1 VwGO). An der Nichterschöpfung dieses Rechtswegs scheiterten deshalb fünf der zehn Angriffspunkte der Verfassungsbeschwerde der AfD-nahen Stiftung. Deren Vorstellung, es handle sich bei Ansprüchen einer parteinahen politischen Stiftung auf staatliche Mittel um eine rein verfassungsrechtliche Streitigkeit, die deshalb nicht von der Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs für öffentlich-

* Der Autor ist Partner von *Oppenländer Rechtsanwälte* in Stuttgart und Mitglied des Verfassungsrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer. – Zugleich Besprechung von BVerfG (1. Kammer des Zweiten Senats), Beschl. v. 20.5.2019 – 2 BvR 649/19, NVwZ 2019, 1034 (in diesem Heft).

1 Derzeit noch anhängig beim *Zweiten Senat* unter dem Aktenzeichen 2 BvE 3/19.

2 BVerfG, NVwZ 2019, 1034 Rn. 2–7 (in diesem Heft).

3 BVerfG, NVwZ 2019, 1034 Rn. 9 (in diesem Heft).

4 BVerfG, NVwZ 2019, 1034 Rn. 10 (in diesem Heft).

5 *Lenz/Hansel*, BVerfGG, 2. Aufl. 2015, § 90 Rn. 350 f.

rechtliche Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art (§ 40 I 1 VwGO) erfasst wird, war nicht ernsthaft vertretbar. Die 1. Kammer des Zweiten Senats holt noch vergleichsweise weit aus und betont den Umstand, dass die der AfD nahestehende Stiftung weder Verfassungsorgan noch ein am Verfassungsleben beteiligtes Organ ist.⁶ Einfacher wäre ein Erst-Rechtsschluss aus der Situation bei der staatlichen Teilfinanzierung politischer Parteien gewesen. Wenn schon Streitigkeiten über Entscheidungen des Präsidenten des Deutschen Bundestages über die Gewährung und Rückforderung von staatlichen Mitteln nach den §§ 18 ff. PartG öffentlich-rechtliche Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art sind,⁷ dann muss das erst recht für Ansprüche gelten, die nicht einmal von Parteien, sondern lediglich von ihnen nahestehenden Stiftungen geltend gemacht werden.⁸

Diese Verpflichtung zur vorherigen Erschöpfung des fachgerichtlichen Rechtswegs in der Verwaltungsgerichtsbarkeit vor Erhebung einer Verfassungsbeschwerde konnte die Stiftung in vorhersehbarer Weise auch nicht durch Beanspruchung einer so genannten Vorabentscheidung des BVerfG vermeiden. § 90 II 2 BVerfGG ist ein Nadelöhr. Das ergibt sich aus der Gesetzesformulierung, vor allen Dingen aus der strengen und engen Handhabung durch das BVerfG in der Praxis seiner Kammern.⁹ Die Fallgruppe der allgemeinen Bedeutung, also der Relevanz für eine Vielzahl gleich gelagerter Fälle,¹⁰ konnte schon deshalb nicht erfüllt werden, weil nicht unübersehbar viele Stiftungen betroffen sind, sondern nur die AfD-nahe Stiftung. Selbst wenn es eine Vielzahl von betroffenen Stiftungen gäbe, setzt der Ausnahmetatbestand des § 90 II 2, Alternative 1 BVerfGG richtigerweise voraus, dass es keiner fachgerichtlichen Vorklärung der mit der Thematik verbundenen Fragen in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht bedarf.¹¹ Ein solcher Bedarf besteht aber schon deshalb, weil es an einer einschlägigen verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung zu den damit verbundenen Fragen fehlt und dies auch nicht durch die Grundlagene Entscheidung des BVerfG zu Zuschüssen an parteinahe Stiftungen aus dem Jahr 1986 überbrückt wird.¹²

Die zweite Fallgruppe von § 90 II 2 BVerfGG, also der Weg über schwere und unabdingbare Nachteile, ist ebenfalls auf Extremfälle beschränkt und entsprechend rar, etwa in Fällen eines Herausreißen von Kindern aus ihrer Pflegefamilie.¹³ Auch das passte hier offensichtlich nicht.¹⁴

2. Unmittelbare Betroffenheit

Die Beschwerdebefugnis bei der Verfassungsbeschwerde setzt schon nach der Formulierung des § 90 I BVerfGG eine aktuelle Verletzung voraus. Die bekannte Formel des BVerfG, wonach der Beschwerdeführer selbst, gegenwärtig und unmittelbar in seinen Grundrechten betroffen sein muss,¹⁵ macht vor allen Dingen Verfassungsbeschwerden unzulässig, die sich direkt gegen ein Gesetz richten. Denn hier bedarf es regelmäßig noch eines das Gesetz vollziehenden Aktes, gegen den dann wiederum Rechtsschutz vor den Fachgerichten möglich und nach Maßgabe von § 90 II BVerfGG auch vorher zu suchen ist.¹⁶ Für das Haushaltsgesetz gilt das schon deshalb, weil es im Gegensatz zu Sachgesetzen ohnehin keine unmittelbare Außenwirkung entfaltet.¹⁷ Es ist ebenso richtig wie vorhersehbar, dass die 1. Kammer des Zweiten Senats dies auch auf dem Haushaltsgesetz vorgelagerte Entscheidungen der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Stellen erstreckt.¹⁸

3. Tauglicher Beschwerdegegenstand

Selten relevant wird das Zulässigkeitsersfordernis eines tauglichen Beschwerdegegenstandes. Damit ist gemeint, dass der

Beschwerdeführer den Akt der öffentlichen Gewalt, den er angreifen will, konkret und präzise bezeichnen muss.¹⁹ Daran anknüpfend hat die 1. Kammer des Zweiten Senats auch den zehnten Angriffsgegenstand der Verfassungsbeschwerde als unzulässig angesehen. Unter diesem mit der Nr. 5 versehenen Aspekt hatte die Desiderius-Erasmus-Stiftung dem Bundesministerium für Inneres, für Bau und Heimat vorgehalten, nicht dafür zu sorgen, dass sie zu Gesprächen eingeladen werde, welche andere politische Stiftungen untereinander führen. Aus dem Kammerbeschluss geht hervor, dass die der AfD nahestehende Stiftung nicht dargelegt hat, auf welche Art und Weise das Ministerium den Teilnehmerkreis und den Ablauf solcher von ihm gar nicht ausgerichteten Gespräche hätte beeinflussen können und müssen und auf welches konkretes hoheitliche Handeln oder Unterlassen des Ministeriums sich die Verfassungsbeschwerde deshalb insoweit bezieht. Unausgesprochen steht hier im Raum, dass die Verfassungsbeschwerde insoweit auch dem Begründungserfordernis nach § 92 iVm § 23 I 2 BVerfGG nicht entsprochen hat. Im Übrigen wird die Stiftung auch insoweit auf die vorherige Erschöpfung des fachgerichtlichen Rechtswegs gem. § 90 II 1 BVerfGG verwiesen.²⁰

III. Fortsetzung folgt im Organstreit

Das Verfassungsbeschwerdeverfahren der Stiftung war aber nur der Auftakt. Fortsetzung folgt im Organstreitverfahren der Partei. Ob hier eine rein prozessuale Lösung möglich ist, ist offen. Immerhin folgt die AfD hier dem Beispiel des Organstreitverfahrens der Grünen aus dem Jahr 1983,²¹ das zu den verfassungsgerichtlichen Leitplanken geführt hat, an denen sich die Finanzierung von politischen Parteien nahestehenden Stiftungen bis heute orientiert.²²

6 BVerfG, NVwZ 2019, 1034 Rn. 5 f. (in diesem Heft).

7 Grundlegend BVerwGE 111, 175 = NJW 2000, 3728 = NVwZ 2001, 70 Ls.; seither auch BVerwGE 155, 58 = NVwZ 2017, 151; BVerwGE 146, 224 = NVwZ 2013, 1276; BVerwGE 145, 194 = NVwZ-RR 2013, 441 = NVwZ 2013, 952 Ls.; BVerwGE 126, 254 = NVwZ 2007, 210; BVerwG, NJW 2003, 1135; s. zum Ganzen auch BVerfGE 111, 54 = NJW 2005, 126 = NVwZ 2005, 437 Ls.

8 Auch in dem grundlegenden Organstreitverfahren der Partei Die Grünen aus dem Jahr 1983 zur Gewährung von Zuschüssen an parteinahe Stiftungen hatte der Zweite Senat Ansprüche gegen den Präsidenten des Deutschen Bundestages keinem verfassungsrechtlichen Rechtsverhältnis zugeordnet, vgl. BVerfGE 73, 1 (30 f.) = NJW 1986, 2497 = NVwZ 1986, 1007 Ls.

9 Lenz/Hansel, BVerfGG, 2. Aufl. 2015, § 90 Rn. 522.

10 Grundlegend aus der Senatsrechtsprechung BVerfGE 108, 370 (386) = NVwZ 2004, 329; sich darauf berufend BVerfG, NVwZ 2019, 1034 Rn. 8 (in diesem Heft).

11 Lenz/Hansel, BVerfGG, 2. Aufl. 2015, § 90 Rn. 526; s. aus der neueren Senatsrechtsprechung auch BVerfGE 145, 365 (372 ff. Rn. 19 ff.) = NVwZ 2017, 1618.

12 Vgl. BVerfGE 73, 1 (31 ff.) = NJW 1986, 2497 = NVwZ 1986, 1007 Ls. – Die Grünen.

13 BVerfG (2. Kammer des Ersten Senats), Beschl. v. 13.1.2010 – 1 BvR 2910/09, BeckRS 2010, 46099 Rn. 13, dort nur bezogen auf das Fehlen einer möglicherweise zulässigen Anhörungsrüge.

14 BVerfG, NVwZ 2019, 1034 Rn. 8 (in diesem Heft).

15 Sog. Betroffenen-Trias, vgl. Bethge in Maunz ua, BVerfGG, § 90 Rn. 343 (Stand Okt. 2013).

16 Lenz/Hansel, BVerfGG, 2. Aufl. 2015, § 90 Rn. 303 ff.

17 BVerfG, NVwZ 2019, 1034 Rn. 9 (in diesem Heft); s. auch Lenz/Hansel, BVerfGG, 2. Aufl. 2015, § 90 Rn. 158.

18 BVerfG, NVwZ 2019, 1034 Rn. 9 (in diesem Heft).

19 Lenz/Hansel, BVerfGG, 2. Aufl. 2015, § 90 Rn. 159.

20 BVerfG, NVwZ 2019, 1034 Rn. 10 am Ende (in diesem Heft).

21 Vgl. die prozessuale differenzierende Lösung in BVerfGE 73, 1 (27 ff.) = NJW 1986, 2497 = NVwZ 1986, 1007 Ls.; zu den Grenzen des Organstreits vgl. Lenz, NVwZ 2015, 1368 (1368 f.).

22 BVerfGE 73, 1 (31 ff.) = NJW 1986, 2497 = NVwZ 1986, 1007 Ls. (zur generellen Zulässigkeit solcher Zuschüsse) und 37 ff. (zur konkreten Ausgestaltung der Förderung). Fortgeführt und bestätigt durch BVerfGE 140, 1 (38 f.) Rn. 106 ff. = NVwZ 2015, 1361 – ÖDP, und BVerfGE 146, 327 = NVwZ 2018, 648 Rn. 44.

Dank dieser von den Grünen herbeigeführten Rechtsprechung steht materiell die seitherige Finanzierungspraxis auf einem verlässlichen verfassungsrechtlichen Fundament. Durch die einstimmige Entscheidung des *Zweiten Senats* vom 14.7.1986 steht fest, dass die staatliche Förderung dieser parteinahe Stiftungen genannten Einrichtungen grundsätzlich nicht auf verfassungsrechtliche Bedenken stößt.²³

Aus dem Gleichheitssatz hat das *BVerfG* abgeleitet, dass eine solche Förderung alle dauerhaften, ins Gewicht fallenden politischen Grundströmungen der Bundesrepublik Deutschland angemessen berücksichtigen muss.²⁴ Die Staatspraxis bejaht die Eigenschaft als dauerhafte, ins Gewicht fallende politische Grundströmung in der Bundesrepublik Deutschland, wenn die Partei, in der sich diese Grundströmung bei Wahlen zeigt, zweimal in Folge in Fraktionsstärke (5 %) in den Deutschen Bundestag eingezogen ist. Sie entfällt, wenn die Partei zweimal in Folge diese Schwelle nicht mehr überschreitet. Das ist ein sehr schlüssiges Konzept, wie gerade die Fälle der politischen Grundströmungen zeigen, bei denen die jeweilige Partei einmal an der 5 %-Hürde gescheitert ist. Sowohl die Grünen (1990) wie die heutige Linkspartei (2002) und die FDP (2013) sind jeweils bei der nachfolgenden Bundestagswahl wieder deutlich über 5 % gekommen. Politische Stiftungen, die dauerhafte, ins Gewicht fallende politische Grundströmungen repräsentieren, sind langfristige Projekte. Das betrifft beispielhaft Stipendienprogramme, Auslandsbüros, Archiv- und andere Funktionen gleichermaßen. Bei den beiden größten Stiftungen kommt die Langfristigkeit schon im Namen klar zum Ausdruck. *Friedrich Ebert* war Reichspräsident von 1919–1925 und repräsentiert die über 100 Jahre alte sozialdemokratische Grundströmung in Deutschland. *Konrad Adenauer* war der erste Bundeskanzler der Bundesrepublik Deutschland (1949–1963) und repräsentiert die christdemokratische Grundströmung, die sich seit der Wiedergründung politischer Parteien nach 1945 in Gestalt der CDU ausdrückt.

Die Übrigen mit der Finanzierung parteinaher politischer Stiftungen verbundenen Verfassungsfragen hat das *BVerfG* schon in der Vergangenheit teils ausdrücklich, teils der Sache nach entschieden. Den Umstand, dass die politische Bildungsarbeit und sonstige Tätigkeit der Stiftungen im gewissen Sinne eher den ihnen jeweils nahestehenden Parteien

zugutekommt, hat das Gericht gesehen und wegen der Einbeziehung aller dauerhaften, ins Gewicht fallenden politischen Grundströmungen als zulässig beurteilt,²⁵ und zwar gerade auch mit Blick auf die Resonanz der politischen Bildungsarbeit der jeweiligen Stiftungen.²⁶ Die Förderung der parteinahen Stiftungen hat auch mit der Obergrenze der staatlichen Teilfinanzierung politischer Parteien nichts zu tun, weil das *BVerfG* diese – zwischenzeitlich fragwürdig gewordene – Obergrenze in Kenntnis und unter bewusster Ausklammerung der Finanzierung politischer parteinaher Stiftungen entwickelt hat.²⁷ Die Grenzziehung zu den politischen Parteien ist auch in finanzieller Hinsicht eindeutig gezogen (§ 25 II Nr. 2 PartG).²⁸

Was fehlt, ist lediglich ein Sachgesetz. Auch dazu hat das *BVerfG* schon festgestellt, dass eine sich benachteiligt oder ausgeschlossen führende politische Partei daraus im Organstreitverfahren keinen Honig saugen kann, weil sie daraus keine eigene Rechte herleiten kann.²⁹ Es kann aber durchaus sein, dass noch während des Verfahrens oder nach einer Entscheidung des *BVerfG* über den Organstreit der Partei AfD der Bundestag die politische Kraft aufbringt, die bislang fehlende sachgesetzliche Regelung der Finanzierung parteinaher Stiftungen auf den Weg zu bringen. Wenn darin die bisherige Staatspraxis festgeschrieben würde, dann bliebe es Sache der Wählerinnen und Wähler, bei der Bundestagswahl 2021 zu entscheiden, ob die AfD und die ihr nahestehende Stiftung Ausdruck einer dauerhaften, ins Gewicht fallenden politischen Grundströmung in der Bundesrepublik Deutschland werden oder, wie die Partei Die Republikaner, doch unter dieser Schwelle bleiben. ■

23 *BVerfGE* 73, 1 (31 ff.) = NJW 1986, 2497 = NVwZ 1986, 1007 Ls.; *BVerfGE* 140, 1 (38 f.) Rn. 106 ff. = NVwZ 2015, 1361; *BVerfGE* 146, 327 = NVwZ 2018, 648 Rn. 44.

24 *BVerfGE* 73, 1 (38) = NJW 1986, 2497 = NVwZ 1986, 1007 Ls.; *BVerfGE* 140, 1 (38) = NVwZ 2015, 1361 Rn. 106.

25 *BVerfGE* 73, 1 (37 f.) = NJW 1986, 2497 = NVwZ 1986, 1007 Ls. Bestätigt durch *BVerfGE* 140, 1 (38) = NVwZ 2015, 1361 Rn. 106 und *BVerfGE* 146, 327 = NVwZ 2018, 648 Rn. 44.

26 *BVerfGE* 73, 1 (39) = NJW 1986, 2497 = NVwZ 1986, 1007 Ls.

27 *BVerfGE* 85, 264 (289) = NJW 1992, 2545 = NVwZ 1993, 158 Ls.

28 Insofern gilt dasselbe wie für *Parlamentsfraktionen*, *BVerfGE* 140, 1 (31) = NVwZ 2015, 1361 Rn. 85. Siehe dazu auch *Lenz*, NVwZ 2015, 1368 (1369).

29 *BVerfGE* 73, 1 (39) = NJW 1986, 2497 = NVwZ 1986, 1007 Ls. Siehe auch *BVerfGE* 140, 1 (41) = NVwZ 2015, 1361 Rn. 113.

Mitteilungen

Aktuelle Entwicklungen des Energie- und Klimarechts – Errichtung einer Europäischen Energieunion und ihre Bedeutung für die deutsche Energie- und Klimaplanung

Münsteraner Gespräche zum Umwelt- und Planungsrecht am 21.3.2019

I. Einleitung

Anlass für die aktuelle Veranstaltung der halbjährlich stattfindenden Münsteraner Gespräche zum Umwelt- und Planungsrecht, die vom Institut für Umwelt- und Planungsrecht,

dem Zentralinstitut für Raumplanung und dem Akademienprojekt „Energiesysteme der Zukunft“ ausgerichtet wurden, bot das Inkrafttreten großer Teile des europäischen Legislativpakets „Saubere Energie für alle Europäer“ im Dezember 2018. Dieses so genannte Winterpaket beinhaltet insbeson-