

recht – im Bereich des SEWD-Schutzes und der Vorsorge gegen Schäden durch die Tätigkeit oder Anlage selbst – sicherstellen. Das Anliegen, die oben dargestellte Geheimhaltungproblematik mit dem 17. AtG-ÄndG zu lösen, wird damit freilich verfehlt. Hierzu bedürfte es anderer Instrumente.<sup>63</sup>

#### IV. Zusammenfassung und Ausblick

1. Nach alledem ist ein weites, die gerichtliche Überprüfung von SEWD-Ereignissen komplett ausschließendes Verständnis des § 44 III AtG angesichts der dargelegten verfassungsrechtlichen Zweifel zu verwerfen. Die Notwendigkeit einer verfassungsorientierten Auslegung zwingt vielmehr zu einem Verständnis der Vorschrift im Sinne einer lediglich klarstellenden Normierung des in der atomrechtlichen Rechtsprechung bereits fest etablierten exekutiven Funktionsvorbehalts. Nach seinem „Aufstieg“ in den Gesetzestext ist der Funktionsvorbehalt mithin auch im Bereich des Schutzes vor SEWD-Ereignissen weiterhin nur in der von der Rechtsprechung bislang zugestandenen Reichweite anzuerkennen.

2. Das bedeutet aber zugleich, dass die oben geschilderte Geheimhaltungproblematik nach wie vor nicht gelöst ist. Eine Reformperspektive böte der in der Rechtswissenschaft<sup>64</sup> bereits seit längerem diskutierte Vorschlag eines in das Hauptverfahren integrierten in camera-Verfahrens, bei dem geheimhaltungsbedürftige Unterlagen zum Zwecke des Nachweises der Genehmigungsvoraussetzungen abweichend vom aktuellen § 99 II VwGO vom Gericht der Hauptsache unter gleichzeitiger Einschränkung von Beteiligtenrechten

nach den §§ 100, 108 I 2, II VwGO geprüft werden. Ein solches integriertes in camera-Verfahren war als Agenda bereits im Koalitionsvertrag der Großen Koalition für die 19. Legislaturperiode vorgesehen,<sup>65</sup> wurde zudem vom Bundesrat und einigen Fraktionen auch im Gesetzgebungsverfahren zum 17. AtG-ÄndG favorisiert<sup>66</sup> und war demgemäß auch Gegenstand der Ausschussberatungen und Expertenanhörungen.<sup>67</sup> Angeregt ist dieser Reformvorschlag durch einen in der Unterweser-Entscheidung des BVerwG enthaltenen Hinweis auf § 218 TKG,<sup>68</sup> der eine vergleichbare Vorschrift bereits aktuell enthält. Mit Blick darauf, dass im demokratischen Rechtsstaat die gerichtliche Überprüfung von Verwaltungsentscheidungen nicht als lästiges Hindernis wahrgenommen werden sollte,<sup>69</sup> welches der Gesetzgeber zur Not beseitigen kann, erscheint eine solche Lösung vorzugswürdig. ■

63 Dazu im Ausblick unter IV.

64 Vgl. vor allem Sellner EurUP 2018, 100 (106 ff.) mit weitergehenden Ausführungen zur genauen Ausgestaltung und Leidinger NVwZ 2019, 270 (276).

65 CDU, CSU und SPD, Ein neuer Aufbruch für Europa. Koalitionsvertrag für die 19. Legislaturperiode, S. 141 (Rn. 6647).

66 S. dazu bereits oben unter III 3 mwN.

67 BT-Drs. 19/30488, 5 ff.; Ausschuss für Umwelt, Naturschutz und nukleare Sicherheit, Wortprotokoll Nr. 19/110.

68 BVerwGE 142, 159 = NVwZ 2012, 750 Rn. 44; zum damaligen Zeitpunkt noch § 138 TKG – seit dem Gesetz vom 23.6.2021 (BGBl. 2021 I 1858) nunmehr inhaltsgleich in § 218 TKG.

69 Vgl. idS das recht selbstherrlich begründete Anliegen des GE zum 17. AtG-ÄndG, „die Verteidigung zutreffender Genehmigungsentscheidungen vor Gericht“ (Hervorhebung hier) zu sichern (BT-Drs. 19/27695, 2).

Rechtsanwalt Professor Dr. Christofer Lenz und Wiss. Mitarbeiter Dr. Maximilian Gerhold\*

## Die absolute Obergrenze der staatlichen Parteienfinanzierung als Instrument verfassungsrichterlicher Kontrolle der Politik

Die Rechtsprechung des BVerfG zum Parteienfinanzierungsrecht ist kein Ruhmesblatt. Vom ursprünglich behaupteten verfassungsrechtlichen Verbot einer staatlichen Teilfinanzierung der politischen Parteien hat sich das Gericht zwar schon 1992 verabschiedet, es damals aber noch für erforderlich gehalten, seinen eigenen Meinungswandel zum Inhalt der Verfassung durch die Erfindung einer weiteren verfassungsrechtlichen Vorgabe abzufedern, der sogenannten absoluten Obergrenze. Das jüngste Urteil zur Parteienfinanzierung bot die Gelegenheit, diese Erfindung aufzugeben und jedenfalls in ihrer Begrenzungswirkung auf ein angemessenes Maß zurückzuführen. Diese Gelegenheit hat der Zweite Senat verpasst. Tragfähige Gründe dafür gibt es nicht, lediglich ein auf die Stellung des Gerichts selbst bezogenes Motiv: Nicht der Gesetzgeber soll über die Höhe der staatlichen Mittel für Parteien entscheiden dürfen, sondern die Mitglieder des Zweiten Senats. Die Entscheidung über den Kontrollmaßstab ist also für die Verfassungsrichter eine Entscheidung in eigener Sache. Kontrolliert wird aber nicht nur das Ergebnis des Gesetzgebers, sondern auch seine Begründung. Und so wurde ein Gesetz für nichtig erklärt, obwohl die darin angeordnete Erhöhung der staatlichen Mittel für die Parteien auch nach den Feststellungen des Zweiten Senats dem Grunde und wahrscheinlich auch dem Umfang nach nicht zu beanstanden war, den Richtern aber die Begründung nicht intensiv genug war. Das verdient neben einer näheren Analyse vor allen Dingen klarer Kritik.

### I. Entscheidung

Mit seinem Urteil vom 24.1.2023<sup>1</sup> hat der Zweite Senat die Anhebung der absoluten Obergrenze der staatlichen Teilfinanzierung der politischen Parteien (§ 18 II 1 PartG) aus 2018 als eine Verletzung des Art. 21 I 1 GG bewertet. Der Gesetzgeber hatte – außerhalb des vorgesehenen Inflationenausgleichs – die Obergrenze der gesamten Mittel von 165 auf 190 Mio. Euro angehoben. Diese Gesetzesänderung griffen die Abgeordneten der damaligen Oppositionsfraktionen FDP, DIE LINKE und B90/DIE GRÜNEN mit einer abstrakten Normenkontrolle an.

Dabei hält der Senat an seinen freihändig und ohne Bezug zum Verfassungstext entwickelten und 30 Jahre alten Maßstäben zur begrenzten Zulässigkeit einer staatlichen Teilfinanzierung der Parteien fest. Ihm gelingt es nicht, die im Schrifttum geäußerte und überzeugende Kritik an der Einziehung einer als verfassungsrechtlich zwingend ausge-

\* Der Autor Lenz ist Partner bei OPPENLÄNDER Rechtsanwälte, Mitglied des Verfassungsausschusses der Bundesrechtsanwaltskammer und war Bevollmächtigter des Deutschen Bundestags in dem Verfahren 2 BvQ 91/18 (BVerfGE 151, 58 = NVwZ-RR 2019, 665), in dem es nur um die Verletzung von Rechten der AfD-Fraktion durch das hier gegenständliche Gesetz zur Änderung des PartG ging. An dem Verfahren, das zu der hier besprochenen Entscheidung geführt hat, war er ebenso wenig beteiligt wie der Autor Gerhold, der Wissenschaftlicher Mitarbeiter bei OPPENLÄNDER ist.

1 BVerfG NVwZ 2023, 407 (in diesem Heft).

benen absoluten Obergrenze zu entkräften. Ohne dass es der Sachverhalt verlangt hatte, wohl unter dem Eindruck der Schilderungen der Sachverständigen in der mündlichen Verhandlung, gibt der Senat dann gleichwohl doch zu erkennen, dass eine Anhebung der absoluten Obergrenze auch nach seinen Maßstäben aufgrund „einschneidender Veränderungen“ materiell zulässig wäre. Die Verfassungswidrigkeit soll nur noch daraus folgen, dass der Gesetzgeber das Vorliegen dieser Veränderungen mehr hätte begründen müssen. Das Gesetz sei deshalb nichtig, § 78 S. 1 BVerfGG. Obwohl der Senat die Verfassungswidrigkeit nur aus einem Begründungsfehler ableitet, sprach aus seiner Sicht nichts dafür, die Vorschrift lediglich für mit dem Grundgesetz unvereinbar zu erklären, ihre Wirkungen also noch aufrechtzuerhalten (§§ 31 II 3, 79 I BVerfGG). Die Frage, ob das beschleunigte Gesetzgebungsverfahren gegen die Mitwirkungsrechte der Fraktionen (Art. 38 I 2 GG) und die Parlamentsöffentlichkeit (Art. 42 I 1 GG) verstieß und das Gesetz schon deshalb formell verfassungswidrig war, ließ der Senat offen.<sup>2</sup>

## II. Hintergrund zur absoluten Obergrenze

Die absolute Obergrenze für die staatliche Teilfinanzierung politischer Parteien ist erstmals durch den Bundesgesetzgeber im Jahr 1994 entsprechend den Vorgaben des Zweiten Senats aus 1992<sup>3</sup> in Anlehnung an den Status-Quo der Finanzierungsjahre 1989–1992 auf 230 Mio. DM festgelegt worden, was ungefähr 117,5 Mio. Euro entspricht. Seit 2013 ist keine Anpassung der Obergrenze an die Preisentwicklung mehr notwendig, sondern sie richtet sich nach einem Preisindex. Im Juli 2018 wurde § 18 II 1 PartG geändert und die absolute Obergrenze von 165 auf 190 Mio. Euro angehoben. Die Initiative hierfür ging von der SPD aus, der damalige Koalitionspartner CDU/CSU trug das mit.<sup>4</sup> Die früher oft als „Kartell der Parteien“ kritisierte Einbindung auch von Oppositionsfraktionen, etwa der FDP-Fraktion, unterblieb oder kam nicht zustande. Nach der Begründung des Gesetzentwurfs sollten die Parteien durch die Anhebung der Obergrenze Mehrkosten, die durch die Digitalisierung und neue innerparteiliche Partizipationsformen entstanden sind, auffangen. Mit Inkrafttreten der Änderung im Juli 2018 lag diese Obergrenze ab dem Finanzierungsjahr 2018 bei 190 Mio. Euro. Das gleiche Ergebnis wäre eingetreten, wenn das PartG von Anfang an eine jährliche Anhebung der absoluten Obergrenze von 2,02 % vorgesehen hätte. Dies ist eine Steigerung – bezogen auf die 24 Jahre seit 1994 – von etwa 60 %, ohne die Anhebung im Jahr 2018 hätte die Steigerung bei gut 40 % gelegen. Das kann man natürlich alles als übertrieben kritisieren. Schwierig wird das, wenn man einem Verfassungsorgan angehört, bei dem die Ausgaben aus dem Bundeshaushalt viel stärker gestiegen sind. Beim Deutschen Bundestag haben sie sich im relevanten Zeitraum mehr als verdoppelt (+ 108 %), beim BVerfG sind sie um 146 % und beim Bundespräsidenten einschließlich Bundespräsidialamt um 174 % gestiegen.<sup>5</sup> Wer also aus dem Kreis dieser Verfassungsorgane Steine auf die politischen Parteien wegen der ihnen zugewandten staatlichen Mittel wirft, tut dies aus einem Glashauss heraus. Es überrascht deshalb nicht, dass der führende Kommentar zum Parteiengesetz die 2018 vorgenommene Anhebung in ihrer Höhe als vom Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers gedeckt angesehen hat.<sup>6</sup>

## III. Verfassungsrechtliche Analyse

### 1. Festhalten an erfundenen Maßstäben

Das Gericht gibt die Kritik, die sich in den letzten 30 Jahren an seiner Rechtsprechung entzündet und ihm vorgeworfen hat, es habe die Grenzen der Verfassungsinterpretation weit

hinter sich gelassen, nur knapp wieder.<sup>7</sup> Vielmehr ruft es weit ausholend die beiden 1992 entwickelten Begrenzungen für eine grundsätzlich erlaubte Teilfinanzierung ins Gedächtnis. Die Staatsfreiheit der Parteien gebiete zum einen die relative Obergrenze (vgl. § 18 V PartG), wonach die staatlichen Mittel nicht die jährlich selbst erwirtschafteten Einnahmen der Partei übersteigen dürfen. Auch eine absolute Obergrenze der Mittel folge verfassungsunmittelbar aus Art. 21 I 1 GG. Im Anschluss schirmt das BVerfG seine Rechtsprechung gegen Kritik ab, dass es 1992 schlicht das damalige Finanzierungsniveau als ausreichend für die Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit des Parteiensystems gesehen hatte und nur eine situations- und bedarfsgerechte Fortschreibung dem Gesetzgeber erlaubte. Substantielle Erhöhungen seien nur bei „einschneidenden Veränderungen“ der Umstände zulässig. Hieran hält das Gericht fest und weist darauf hin, dass sich der Gesetzgeber 1994 die vom BVerfG vorgenommene Konkretisierung der absoluten Obergrenze zu eigen gemacht habe, so dass es auf das Urteil des BVerfG nicht mehr ankäme.<sup>8</sup> Diese Selbstbindungsthese überzeugt natürlich nicht, denn nach der Entscheidung des BVerfG durfte der Gesetzgeber keine höhere absolute Obergrenze festlegen. Und wenn der Gesetzgeber entgegen den Aussagen im Urteil von 1992 bei der Festlegung der absoluten Obergrenze frei gewesen ist, dann ist er auch jederzeit frei, von dieser einfachgesetzlichen Konkretisierung des Höchstbetrags wieder Abstand zu nehmen. Gerade das sieht das BVerfG ja aber ganz eindeutig anders. Das Gericht will die absolute Höhe der staatlichen Teilfinanzierung der politischen Parteien kontrollieren – und deshalb hat es ein Verfassungsgebot einer absoluten Obergrenze erfunden und hält daran aus reinem Eigeninteresse fest.

Bei der Frage, ob das Grundgesetz an sich die absolute Obergrenze gebietet, wie auch bei der Frage nach ihrer Festlegung, kann der Senat die Kritik nicht entkräften. Aus der Staatsfreiheit der Parteien (Art. 21 I 1 GG) kann abgeleitet werden, dass die Parteien hinreichend in der Gesellschaft verwurzelt sein müssen und es zu keiner „Einfügung in den Bereich der organisierten Staatlichkeit“ kommen dürfe, um an der politischen Willensbildung mitzuwirken.<sup>9</sup> Dies war bereits der Sache nach in der Rechtsprechung vor 1992 angelegt.<sup>10</sup> Durch die relative Obergrenze sicherte das Gericht und im Anschluss der Gesetzgeber dieses Ziel vollständig ab. Denn nur im Umfang der Einwerbung eigener Einnahmen können die Parteien an der staatlichen Teilfinanzierung partizipieren.

Die weitere Ableitung des Gerichts, Art. 21 I 1 GG verlange zwingend ein gedeckeltes Gesamtvolumen der Mittel, die den Parteien zugewendet werden, wird vom Zweiten Senat freihändig vorgenommen. Im Kern behandelt der Zweite Senat den Deutschen Bundestag, dessen Fraktionen und die politischen Parteien wie kleine Kinder. Sie sind aus Sicht der

2 S. zu diesem Themenkomplex auch das in jeder Hinsicht unzulässige Organstreitverfahren der AfD-Fraktion BVerfG 24.1.2023 – 2 BvE 5/18, BeckRS 2023, 340; einen Antrag nach § 32 BVerfGG der AfD-Fraktion hatte bereits BVerfGE 151, 58 = NVwZ-RR 2019, 665 zurückgewiesen.

3 BVerfGE 85, 264 (284 f.) = NJW 1992, 2545; Aufgabe von BVerfGE 20, 56 (101) = NJW 1966, 1499.

4 GE BT-Drs. 19/2509.

5 Nachw. bei Lenz/Gollasch, Staatliche Parteienfinanzierung in der Kritik, Verfassungsblog v. 26.1.2021.

6 Vgl. Ipsen PartG/Koch, 2. Aufl. 2018, PartG § 18 Rn. 9 b.

7 Hierzu und im Folgenden BVerfG NVwZ 2023, 407 Rn. 116 f. (in diesem Heft).

8 BVerfG NVwZ 2023, 407 Rn. 118 (in diesem Heft).

9 BVerfGE 20, 56 (102) = NJW 1966, 1499.

10 S. auch Volkman ZRP 1992, 325 (327).

Verfassungsrichter nicht in der Lage, sich selbst anständig und maßvoll zu verhalten. Sie müssen deshalb zum Schutz des ausreichenden Vertrauens der Bevölkerung in ihre Unabhängigkeit bei der Entgegennahme staatlicher Mittel beschränkt werden. Einen empirischen Beleg dafür, dass ein höheres Gesamtvolumen für die staatliche Teilfinanzierung das Vertrauen der Bevölkerung in die Unabhängigkeit politischer Parteien von staatlicher Einflussnahme beeinträchtigt, bleibt das Gericht schuldig. Es gibt einen solchen Beleg auch nicht. Wer die politische Lage mit offenen Augen beobachtet, der sieht doch, dass das Vertrauen in die politischen Parteien von sehr vielen und gegensätzlichen Faktoren abhängt und dass die Höhe der staatlichen Mittel dabei eine völlig untergeordnete Bedeutung hat. Und wieso kann diese Frage nicht vom parlamentarischen Gesetzgeber streitig diskutiert, entschieden und verantwortet sowie nach Veränderung der Mehrheitsverhältnisse im Parlament auch wieder geändert werden?

Die These des BVerfG ist aber auch rechtsvergleichend nicht plausibel. Wenn es wirklich eine elementare, auch ohne Anknüpfung im Verfassungstext relevante Verfassungsvorgabe wäre, dass die staatlichen Mittel für politische Parteien auf einen wie auch immer zu bestimmenden fixen Betrag gedeckelt sind, dann hätten die Richterinnen und Richter des Zweiten Senats mit Leichtigkeit Beispiele aus vielen anderen, mit der Bundesrepublik Deutschland vergleichbaren Verfassungsstaaten präsentieren können. Sie haben sie nicht präsentiert, weil es sie nicht gibt. Auf der Ebene der Europäischen Union zeigt sich das am deutlichsten. Für die europäischen politischen Parteien sieht das Unionsrecht nur eine relative Obergrenze vor, aber keine absolute Obergrenze (Art. 17 IV VO (EU, EURATOM) Nr. 1141/2014). In Österreich gibt es zwar eine absolute Obergrenze, die als Verfassungsbestimmung ausgestaltet ist, aber dort ist sie nicht von Verfassungsrichtern erfunden, sondern bewusst vom verfassungsändernden Gesetzgeber geschaffen worden.<sup>11</sup>

Der Zweite Senat lässt auch die Begrenzungswirkung der relativen Obergrenze, die das Unionsrecht für die Parteien auf europäischer Ebene für ausreichend hält, letztlich außen vor. Denn wenn das Wirken der Partei von ihren Unterstützern gerade auch durch (gestiegene) finanzielle Zuwendungen honoriert wird bzw. deshalb besonders viele neue Mitglieder in die Partei eintreten, dann zeigt dies gerade auch ihre Verwurzelung in dieser Gesellschaft. Das Bild, dass „Parteien zur Deckung ihres Finanzbedarfs uneingeschränkt auf staatliche Mittel zugreifen könnten“<sup>12</sup> und es zur „Selbstbedienung der Parteien aus öffentlichen Kassen“<sup>13</sup> komme, sollte die absolute Obergrenze aufgegeben werden, ist schlicht falsch. Die relative Obergrenze unterbindet gerade die voraussetzungslose und unbeschränkte Zuwendung staatlicher Mittel an die Parteien. Verfassungsrechtlich fügte sich dieser vom Gericht entwickelte Funktions- und System-schutz bereits damals nicht bruchlos in die Konzeption der Staatsfreiheit der Parteien, in dem für die Parteien positive Handlungspflichten – über ein Eingriffsabwehrrecht gegenüber dem Staat hinaus – abgeleitet werden.<sup>14</sup>

Die ohne Bezug zum Verfassungstext aufrechterhaltenen Maßstäbe des Zweiten Senats sind umso kritikwürdiger, als er auf die einzige Verfassungsvorschrift, die die staatliche Teilfinanzierung politischer Parteien adressiert, gar nicht eingeht. Der verfassungsändernde Gesetzgeber hat durch das Änderungsgesetz vom 13.7.2017,<sup>15</sup> mit dem der heutige Art. 21 III GG eingefügt wurde, die Existenz der staatlichen Teilfinanzierung im Verfassungstext selbst verankert. Nur

wenn die Verfassung die staatliche Finanzierung als Institution anerkennt, kann die Verfassung bei bestimmten Parteien ihren Entzug regeln.<sup>16</sup> Sie geht also davon aus, dass die staatliche Teilfinanzierung der verfassungsrechtliche Normalzustand ist. Nachdem das Gericht noch 1966 eine solche staatliche Finanzierung für unvereinbar mit der Staatsfreiheit der Parteien hielt,<sup>17</sup> was es 1992 korrigierte,<sup>18</sup> ist sie heute als solche der Verfügungsbefugnis des Gerichts entzogen. Auch entfällt das Bedürfnis, sie gegen jede Kritik an ihrer Existenz in Schutz zu nehmen. Zugleich gibt das Grundgesetz zu verstehen, dass die Parteienfinanzierung heute auch andere Zwecke verfolgt, die über die auf das Notwendigste beschränkte, finanzielle Unterstützung der Parteien bei ihrer Mittlerrolle zwischen staatlicher und gesellschaftlicher Sphäre hinausgehen.<sup>19</sup> Das Grundgesetz versteht sie als Steuerungsinstrument und zielt gerade darauf ab, bestimmten Parteien Vor- bzw. Nachteile im Wettbewerb zu verschaffen. Der demgegenüber fast schon sozialhilferechtliche Maßstab des Zweiten Senats für die staatliche Teilfinanzierung liegt quer zu der Vorstellung des Art. 21 III GG, dass eine Partei auch ohne die staatliche Teilfinanzierung weiter am politischen Wettbewerb (freilich geschwächt) teilnahmefähig ist.

Vielleicht wäre es gut, wenn die Richterinnen und Richter des Zweiten Senats einmal einen Besuch in Paris beim französischen Verfassungsrat machen. Dieser hat die mit Art. 21 I 1 GG vergleichbare Vorschrift des Art. 4 der französischen Verfassung von 1958 nie so ausgelegt, als gebiete sie eine absolute Obergrenze. Er hat lediglich verlangt, dass die Parteien nicht in eine Abhängigkeit vom finanzierenden Staat geraten dürfen.<sup>20</sup> Dies entspricht dem Anliegen der relativen Obergrenze und bestätigt, dass die entsprechende Lösung auf europäischer Ebene (Art. 17 IV VO (EU, EURATOM) Nr. 1141/2014) die Obergrenze dessen markiert, was von Verfassungen wegen an Bindungen für den Gesetzgeber des Parteienfinanzierungsrechts besteht.

## 2. Anwendung und Kontrolle dieser Maßstäbe

Lässt man sich hilfswise einmal auf die vom Zweiten Senat erfundene Verfassungsvorgabe einer absoluten Obergrenze ein, dann stellt sich die Frage, ob die Anwendung und Kontrolle dieses Maßstabs überzeugend ausfällt. Das ist nur teilweise der Fall. Nach dem Grundansatz des Zweiten Senats darf eine Anhebung der – nach den Vorgaben aus dem Urteil von 1992 – im Gesetz fixierten absoluten Obergrenze nur soweit erfolgen, wie dies für die Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit des Parteiensystems erforderlich ist.

11 Vgl. dazu Lenz/Gollasch, Staatliche Parteienfinanzierung in der Kritik, Verfassungsblog vom 26.1.2021.

12 BVerfG NVwZ 2023, 407 Rn. 116 (in diesem Heft).

13 BVerfG NVwZ 2023, 407 Rn. 117 (in diesem Heft).

14 Wiederum auch Volkman ZRP 1992, 325 (328).

15 BGBl. 2017 I 2346.

16 Nikkho DVBl 2018, 337 (339 ff.).

17 BVerfGE 20, 56 (101) = NJW 1966, 1499.

18 BVerfGE 85, 264 (284 f.) = NJW 1992, 2545 = NVwZ 1993, 158 Ls.; BVerfGE 20, 56 (101) = NJW 1966, 1499.

19 Nikkho, Der Ausschluss aus der staatlichen Parteienfinanzierung, 2021, S. 92.

20 Conseil constitutionnel 11.1.1990 – 89-271 DC Rn. 11 ff. – Loi relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification du financement des activités politiques: „Considérant que ces dispositions ne font pas obstacle à ce que l'État accorde une aide financière aux partis ou groupements politiques qui concourent à l'expression du suffrage; que l'aide allouée doit, pour être conforme aux principes d'égalité et de liberté, obéir à des critères objectifs; qu'en outre, le mécanisme d'aide retenu ne doit aboutir, ni à établir un lien de dépendance d'un parti politique vis-à-vis de l'État, ni à compromettre l'expression démocratique des divers courants d'idées et d'opinions“.

### a) „Ob“ ein Mehrbedarf vorliegt

Das Urteil vom 24.1.2023 leistet immerhin eine Präzisierung der vom Zweiten Senat 1992 eingeführten Voraussetzung „einschneidende Veränderung“. Es muss sich um Umstände handeln, die alle Parteien unterschiedslos in gleicher Weise berühren, die von außen auf sie einwirken und ihren Mittelbedarf „nachhaltig und in einem deutlich spürbaren Umfang erhöhen“.<sup>21</sup> Das Gericht kommt zu dem Ergebnis, dass jedenfalls zwei der vom Gesetzgeber zugrundegelegten und in der Gesetzesbegründung angetippten Umstände valide sind und eine Fortschreibung der Obergrenze tragen.<sup>22</sup>

Dies betrifft zum einen die Digitalisierung, die Mehrkosten für die Parteien begründet, die von den damit einhergehenden und zu berücksichtigenden Einsparpotenzialen nicht aufgewogen werden. Zur Veranschaulichung: Die CDU hat 490.000 EUR und die SPD 420.000 EUR nur in ihre Datensicherheit investiert.

Auch die Mehrausgaben für neue innerparteiliche Partizipationsformen hält der Senat für plausibel, obgleich es nicht zwingend erschien, diese Entwicklung im Sinne der vorher aufgestellten Definition als von außen an die Parteien herantretend zu betrachten. Die Parteien der damaligen Koalition haben das Gericht auf Kosten von ca. 1 Mio. Euro jährlich hingewiesen.

Beide dem Gesetzesentwurf zugrundeliegende Motive zeigen anschaulich das Problem der absoluten Obergrenze auf. Wollen die politischen Parteien ihr Angebot ausweiten, um ihre Verwurzelung in der Gesellschaft zu erhalten oder gar zu stärken, dann verlangt dies von ihnen (beachtliche) Investitionen. Zugleich soll die absolute Obergrenze nur Zuwendungen bis zu der Höhe ermöglichen, die bei sparsamer Verwendung für die Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit des Parteiensystems notwendig ist. Dies passt nicht zusammen und droht die Tätigkeit der Parteien zu versteinern.

Andere vorgetragene Gründe für eine Anhebung hielt das Gericht hingegen für nicht tragfähig.<sup>23</sup> Hier zeigt sich, dass bei der Frage, ob die absolute Obergrenze angepasst werden darf, der Gesetzgeber eigentlich keinen Einschätzungsspielraum hat. Das Vorliegen von einschneidenden Veränderungen ist an strenge Voraussetzungen gebunden und unterliegt einer verfassungsgerichtlichen Vollkontrolle. Dem Gesetzgeber kommt kein Einschätzungsspielraum zu; sein (freilich wiederum vom Zweiten Senat begrenzter) „Gestaltungsspielraum“<sup>24</sup> greift erst auf der zweiten Stufe – der Bezifferung der Obergrenze.

### b) Höhe des Mehrbedarfs

Zwar betont das Gericht durchweg den gesetzgeberischen Entscheidungsspielraum angesichts des Schweigens des Grundgesetzes über die absolute Obergrenze und damit erst recht über die genaue Festsetzung dieser. Doch zugleich kommt zur inhaltlichen Kontrolle über das Vorliegen der neuen Umstände eine weitreichende Kontrolle des Gesetzgebers durch das Gericht mittels prozeduraler Vorkehrungen, vor allem durch Begründungspflichten.<sup>25</sup> In der Theorie sollen diese den Gesetzgeber dazu anleiten, auf rationalem Wege einen Betrag zu ermitteln, um den die Obergrenze anzuheben ist. Es wäre nachvollziehbar, derartige Pflichten zu etablieren, wenn ansonsten keine verfassungsgerichtliche Kontrolle sinnvoll möglich wäre oder sich, weil die Verfassung in dieser Frage schweigt, gegenüber dem Gesetzgeber als übergriffig darstellen würde. Die prozeduralen Vorkehrungen stellen sich in einer solchen Perspektive als Kompensation dar. Wie dargestellt unterliegt die Frage, ob die Vo-

oraussetzungen einer Anhebung vorliegen, aber der vollen Kontrolle des BVerfG. Bei genauerer Betrachtung tauscht das Gericht nur zwei seiner Kontrollinstrumente: Hat es 1992 einfach selbst den Betrag für die Obergrenze festgesetzt, was zu Recht auf Kritik gestoßen ist, verlangt es vom Gesetzgeber nun, diesen selbst zu ermitteln und behält sich vor, die vorgelegte Begründung für diesen Betrag als nicht ausreichend zu beurteilen.<sup>26</sup> Eine bloße Begründbarkeit genügt dem Gericht nicht, so dass auch materiell richtige Ergebnisse beseitigt werden können. Dass die Höhe der Anhebung im vorliegenden Fall in der Sache unangemessen oder ein schamloser Griff in die öffentliche Kasse gewesen sei, ist nicht ersichtlich und wird auch vom Zweiten Senat nicht angenommen. Dies zeigt auch die oben dargestellte Entwicklung der absoluten Obergrenze im Vergleich mit den Steigerungen der staatlichen Ausgaben für andere Verfassungsorgane, auch für das BVerfG selbst.

Der Gesetzgeber muss – so will es nun der Zweite Senat – schon im Gesetzgebungsverfahren den Sachverhalt ermitteln und im Anschluss abwägen, ob und vor allem in welcher Höhe er die Obergrenze anheben möchte.<sup>27</sup> Das ist bei einer rein praktischen Betrachtung ein guter Ratschlag. Gerade die mündliche Verhandlung vor dem BVerfG hat ja gezeigt, dass die Parteien hier tatsächlich einen ungedeckten Mehrbedarf haben. Die verfassungsrechtliche Frage lautet aber, ob solche Begründungspflichten und Abwägungsgebote wirklich einen so großen verfassungsrechtlichen Eigenwert haben, dass bei ihrer unzureichenden Erfüllung ein verfassungsgemäßes Abwägungsergebnis – angemessene Erhöhung der absoluten Obergrenze wegen der unter den Aspekten der Digitalisierung und der neuen innerparteilichen Partizipationsformen bejahten einschneidenden Veränderung – für verfassungswidrig und die Norm dann sogar noch für nichtig erklärt werden kann.<sup>28</sup> Das ist nicht salomonisch, sondern drakonisch. Und es verwandelt den demokratisch gewählten Bundestag in eine durch Künstliche Intelligenz substituierbare Abwägungseinrichtung.

Außerdem ist das vom Zweiten Senat als Mantra vorgetragene Argument, seine im Wege der Selbstermächtigung ermöglichte gerichtliche Kontrolle reagiere lediglich auf den Umstand, dass es in Fragen der staatlichen Parteienfinanzierung keine gegenläufigen Interessen innerhalb des Deutschen Bundestages gebe,<sup>29</sup> schon tatsächlich unzutreffend. Denn hier erfolgte die Anhebung der Obergrenze gerade gegen den Widerstand aller vier Oppositionsfractionen, die das Gesetz mit zwei Rechtsbehelfen beim BVerfG bekämpften. Das Werben mit der eigenen Genügsamkeit ist politisch womöglich attraktiver als der kurzfristige finanzielle Zugewinn.

Überzeugender wäre es gewesen, wenn das Gericht seinem durch das rasche Verfahren und die knappe Begründung hervorgerufenen Störgefühl nicht mit der Etablierung eines gummiartigen Abwägungsgebots und einer formalistischen, kleinteiligen Begründungspflicht Ausdruck verliehen hätte, sondern im Rahmen der formellen Verfassungsmäßigkeit

21 BVerfG NVwZ 2023, 407 Rn. 123 ff. (in diesem Heft).

22 BVerfG NVwZ 2023, 407 Rn. 139 ff., 145 ff. (in diesem Heft).

23 BVerfG NVwZ 2023, 407 Rn. 146 f. (in diesem Heft).

24 BVerfG NVwZ 2023, 407 Rn. 127, 129, 132 (in diesem Heft).

25 Vgl. zu diesen Steinbach, *Rationale Gesetzgebung*, 2017, S. 79 ff.

26 Vgl. auch Hobusch, *Eine Einordnung des Bundesverfassungsgerichtsurteils zur Parteienfinanzierung*, *Verfassungsblog* v. 30.1.2023 (unter 4.).

27 BVerfG NVwZ 2023, 407 Rn. 131 (in diesem Heft).

28 S. Lenz/Hansel, *BVerfGG*, 3. Aufl. 2022, BVerfGG § 79 Rn. 15 zum Ausnahmeharakter der Unvereinbarkeitserklärung im abstrakten Normenkontrollverfahren.

29 BVerfG NVwZ 2023, 407 Rn. 133 (in diesem Heft).

den Grundsatz der Parlamentsöffentlichkeit (Art. 42 I 1 GG) entfaltet hätte. Ansätze zeigt der Senat, wenn er diesem eine neue inhaltliche Dimension zuschreibt, die über die Sitzungsöffentlichkeit und den grundsätzlichen Zugangsanspruch des Einzelnen zu den Parlamentsräumlichkeiten hinausgeht.<sup>30</sup> Er verlangt, dass „Entscheidungen von erheblicher Tragweite (...) ein Verfahren vorausgehen (muss), das der Öffentlichkeit Gelegenheit bietet, ihre Auffassungen auszubilden und zu vertreten, und das die Volksvertretung dazu anhält, Notwendigkeit und Umfang der zu beschließenden Maßnahmen in öffentlicher Debatte zu klären.“<sup>31</sup>

#### IV. Kritik auch an den politischen Parteien und dem Gesetzgeber

Es wäre ungerecht, nur den Zweiten Senat zu kritisieren.

Die politischen Parteien, insbesondere die Verantwortlichen bei SPD sowie CDU und CSU, haben allen Grund, ihre eigenen Versäumnisse einzuräumen und für die Zukunft Konsequenzen zu ziehen. Die mündliche Verhandlung vor dem Zweiten Senat hat gezeigt, dass aus sachverständiger Sicht der vom Gesetzgeber angenommene Zusatzbedarf der Parteien besteht. Erhöhte Mittel sind unter dem Aspekt der Digitalisierung und der neuen innerparteilichen Partizipationsformen der Sache und wohl auch der Höhe nach berechtigt. Warum eine solche Sachverhaltsermittlung dann weder im Gesetzgebungsverfahren noch zuvor in den politischen Parteien, gegebenenfalls auch in den ihnen nahestehenden politischen Stiftungen und im wissenschaftlichen Diskurs geleistet werden kann, ist schlicht unverständlich. Aus den Zentralen verschiedener Parteien ist zu hören, dass die Fraktionen sich bei der Formulierung des Gesetzentwurfs damals nicht oder zu wenig haben helfen lassen. Vorhandenes Wissen über die tatsächlichen Bedürfnisse in den politischen Parteien ist von den eigenen Fraktionen aus dem Gesetzgebungsverfahren herausgehalten worden.

Ein besonders handgreiflicher Fehler liegt darin, dass die damaligen Regierungsfractionen von SPD und CDU/CSU sich nicht um eine Einbindung jedenfalls von Teilen der seinerzeitigen Opposition bemüht haben. Es mag sein, dass Gemeinsamkeiten mit der AfD auch in diesem Bereich tunlichst zu vermeiden sind. Es mag auch sein, dass sich Linkspartei und GRÜNE traditionell eines Anti-Parteien-Populismus befleißigen, also höhere Mittel in diesem Bereich politisch ablehnen, anschließend aber sehr wohl vereinnah-

men. Wenn aber 2018 nicht oder zu wenig um eine Zustimmung der damals zweitgrößten Oppositionsfraction, der FDP-Bundestagsfraction, geworben worden ist oder die dafür erforderlichen sachlichen Kompromisse gescheut worden sind, dann muss man sich auch nicht wundern, dass die Opposition trotz der Nichteinbeziehung der Abgeordneten der AfD in der Lage war, das für ein abstraktes Normenkontrollverfahren erforderliche Quorum eines Viertels der Mitglieder des Deutschen Bundestages aufzubringen. Die Abgeordneten der GRÜNEN und der Linkspartei alleine hätten die jetzt ergangene Entscheidung nicht herbeiführen können.

#### V. Ausblick

1. Die absolute Obergrenze als vermeintliches Verfassungsgebot bleibt uns also zunächst erhalten. Ob sie ein ewiges Leben hat, erscheint ungewiss. Denn die nächste Entscheidung zum Parteienfinanzierungsrecht kommt sicher, auch wenn das wieder 20 oder 30 Jahre dauern kann. Aber wir in Deutschland wissen ja, dass Mauern auch irgendwann fallen, wenn die Umstände dafür reif sind.

2. Auf einem anderen Blatt steht, ob der Deutsche Bundestag als Gesetzgeber die Kraft aufbringt, die absolute Obergrenze mit der ihm vom Zweiten Senat abverlangten detaillierten Begründung, in der Sache gestützt auf die Veränderungen Digitalisierung und neue innerparteiliche Partizipationsformen, erneut anzuheben, entweder für die Zukunft oder besser rückwirkend auf das Jahr 2018. Hätte der Gesetzgeber diese Kraft, dann würde die Präsidentin des Deutschen Bundestages von der schwierigen Frage befreit, ob sie die bestandskräftigen Bescheide der abgeschlossenen Jahre vor 2022 durch Teilrücknahme nach § 48 VwVfG neu regelt.<sup>32</sup> Für das noch offene Jahr 2022 hat die Präsidentin des Deutschen Bundestages der Nichtigkeit schon Rechnung getragen. Sie hat mit Bescheiden von Anfang Februar 2023 die ausgehend vom Wiederaufleben der alten Gesetzeslage bestehende Überzahlung für das Jahr 2022 durch direkte Verrechnung mit den laufenden Abschlagszahlungen der Parteien im Jahr 2023 abgeschöpft. ■

30 S. hierzu Dörig/Herzog/Scholz/Klein/Schwarz GG, Stand Januar 2021, GG Art. 42 Rn. 35 ff; sowie Lenz/Schulte, NVwZ 2020, 744ff.

31 BVerfG NVwZ 2023, 407 Rn. 94 (in diesem Heft).

32 Restriktiv zur Rücknahmemöglichkeit bei bloßer Verfassungswidrigkeit des Gesetzes Lenz/Hansel BVerfGG § 79 Rn. 22.

Professor Dr. Harald Dörig\*

## Kompetenz des BVerwG für Länderleitentscheidungen im Asylrecht

Mit dem zum Jahresbeginn 2023 in Kraft getretenen Gesetz zur Beschleunigung von Asylgerichtsverfahren und Asylverfahren wurde dem BVerwG eine Kompetenz zum Erlass von Länderleitentscheidungen im Asylrecht eingeräumt (Gesetz zur Beschleunigung von Asylgerichtsverfahren und Asylverfahren, BGBl. 2022 I 2817, siehe dazu ausf. Heusch/Houben, NVwZ 2023, 7). Dadurch wird erstmals die Möglichkeit geschaffen, über den Verantwortungsbereich der einzelnen Bundesländer hinaus zu einer landeseinheitlichen Beurteilung der Verfolgungs- und Gefahrenlage in den Herkunftsländern von Asylsuchenden zu kommen. Entsprechendes gilt für die Beurteilung der Frage, ob die Lage in Dublin-Überstellungsstaaten den menschenrechtlichen Mindeststandards entspricht. Im Folgenden soll die neue Rechtslage dar-

gestellt werden, sollen Vorbildregelungen anderer europäischer Staaten (insb. Vereinigtes Königreich) analysiert und Empfehlungen für die praktische Handhabung der eröffneten Kompetenz entwickelt werden.

### I. Der neue § 78 VIII AsylG

Nach § 78 VIII AsylG nF kann die Revision an das BVerwG – abweichend von den allgemeinen Regeln – auch dann zugelassen werden, wenn ein OVG in der Beurteilung der allgemeinen asyl-, abschiebungs- oder überstellungsrelevan-

\* Der Autor ist Honorarprofessor an der Universität Jena und Mitglied des europäischen Council der International Association of Refugee and Migration Judges.