

Zeitschrift für Anwalts- und Gerichtspraxis

## Zulässigkeits- und Verfahrensfragen der wehrhaften Demokratie – Zu den Verfahren nach Art. 21 Abs. 2 und Abs. 3 GG sowie Art. 18 GG

Prof. Dr. Hermann K. Heußner, Osnabrück / Prof. Dr. Arne Pautsch, Ludwigsburg / Esther-Magdalena de Haan, Hannover\*

*Im Kontext der aktuellen Diskussion um den Umgang mit der AfD behandelt der Beitrag die Anforderungen an Zulässigkeit und Verfahren der „Instrumente der wehrhaften Demokratie“: Parteiverbot, Ausschluss von der staatlichen Parteienfinanzierung sowie Grundrechtsverwirkung. Es werden Vorschläge unterbreitet, wie vor allem durch eine Änderung des BVerfGG Maßnahmen auch nur gegen Teilorganisationen einer Partei ermöglicht werden können.*

### I. Einleitung

Die Diskussion um den Umgang mit der Partei Alternative für Deutschland (AfD), deren Landesverbände von den Landesämtern für Verfassungsschutz in Thüringen, Sachsen und Sachsen-Anhalt als gesichert rechtsextremistisch eingestuft werden und die als Bundespartei vom Bundesamt für Verfassungsschutz als rechtsextremer Verdachtsfall geführt wird, hat angesichts jüngerer Ereignisse im politischen Raum ebenso an Fahrt aufgenommen wie in der juristischen Literatur.<sup>1</sup> Sie bewegt sich im Spannungsfeld von politischer Auseinandersetzung und dem Ruf nach einem Ergreifen der mitunter scharfen Instrumente und Verfahren, die das Grundgesetz mit Parteiverbot (Art. 21 Abs. 2 GG), Ausschluss von der staatlichen Parteienfinanzierung (Art. 21 Abs. 3 GG) und der Grundrechtsverwirkung (Art. 18 GG) vorhält. Während zum einen – mit Recht – auf die hohen Hürden für einen Erfolg dieses Vorgehens vor dem BVerfG verwiesen wird, ist zum anderen jedoch zu fragen, ob der Verzicht auf das Ergreifen dieser Verfahren nicht rechtspolitisch und demokratietheoretisch als fahrlässig anzusehen ist. Dieser Beitrag klärt rechtliche Zulässigkeits- und Verfahrensfragen zu Art. 21 Abs. 2, Abs. 3 und Art. 18 GG. Dabei geht es auch darum, ob und inwiefern es – de lege lata – möglich ist, ein auf einen Landesverband bezogenes Parteiverbot oder dessen Ausschluss von der Parteienfinanzierung beim BVerfG zu beantragen, oder es – de lege ferenda – einer Anpassung insbesondere des BVerfGG bedarf.

### II. Verfahren nach Art. 21 Abs. 2 GG

Die Zulässigkeit des beim BVerfG monopolisierten Parteiverbotsverfahrens gem. Art. 21 Abs. 2, 4, Art. 93 Abs. 1 Nr. 5 GG i. V. m. §§ 13 Nr. 2, 43 ff. BVerfGG spiegelt mehrfach den verfassungsrechtlich problematischen Charakter des Parteiverbotsverfahrens wieder. Es steht im Spannungsfeld zwischen präventivem Verfassungsschutz und dem Schutz der verfassungsrechtlich privilegierten Parteien, die als Scharnier zwischen Gesellschaft und Staat die politische Willensbildung strukturieren.<sup>2</sup> Das Verfahren ist gegenüber dem Vereinigungsverbot des Art. 9 Abs. 2 GG (i. V. m. §§ 3 ff. VereinsG) lex specialis und der politischen Exekutive entzogen.<sup>3</sup> Diese Garantie wird als „Parteienprivileg“ bezeichnet<sup>4</sup> und ist Ausdruck der verfassungsrechtlichen Sonderstellung der Parteien.

#### 1. Antragsberechtigte

Der Kreis der Antragsberechtigten eines Parteiverbotsverfahrens wird in Ausfüllung von Art. 21 Abs. 5 GG einfachrechtlich durch § 43 BVerfGG abschließend bestimmt. Antragsberechtigt sind gem. § 43 Abs. 1 S. 1 BVerfGG Bundestag, Bundesrat und Bundesregierung. Ob ein Verbotsantrag gestellt wird, entscheidet sich innerhalb des jeweiligen Organs entsprechend den Regelungen über die Beschlussfassung. Anträge mehrerer Antragsberechtigter können prozessual verbun-

\* Der Autor *Heußner* lehrt Öffentliches Recht und Recht der sozialen Arbeit an der Hochschule Osnabrück, der Autor *Pautsch* Öffentliches Recht und Kommunalwissenschaften an der Hochschule Ludwigsburg. Die Autorin *de Haan* ist wiss. Mitarbeiterin am Deutschen Zentrum für Hochschul- und Wissenschaftsforschung in Hannover (Prof. Dr. Nikolas Eisentraut).

1 Siehe etwa *Gärditz*, Für ein Verbot der AfD – zum Schutz der Demokratie, in: *Blätter für deutsche und internationale Politik* 10/2023, S. 37 ff.

2 *Waldhoff*, in: *Walter/Grünwald, BeckOK BVerfGG*, 15. Ed., Stand: 1. Juni 2023, § 43 BVerfGG, Rn. 1.

3 Vgl. BVerfG, *Urt. v. 23. Oktober 1952 – 1 BvB 1/51, BVerfGE* 2, 1 ff., juris, Rn. 39.

4 Vgl. BVerfG, *Beschl. v. 29. Oktober 1975 – 2 BvE 1/75, BVerfGE* 40, 287-294, juris, Rn. 16.

den werden.<sup>5</sup> Unerheblich ist in dieser Konstellation, ob eine bundesweite Parteiorganisation besteht oder diese sich nur auf einzelne Länder erstreckt.<sup>6</sup> Landesregierungen sind gem. § 43 Abs. 2 BVerfGG allerdings nur antragsberechtigt, wenn sich die Organisation der Partei auf das Gebiet ihres Landes beschränkt. Das „Beschränken“ ist insoweit in einem ausschließlichen Sinne zu verstehen, weshalb – de lege lata – die Antragsberechtigung einer Landesregierung nur dann anzunehmen ist, wenn die jeweilige Partei ausschließlich im jeweiligen Land existiert und es somit sowohl an einer Präsenz in anderen Ländern als auch an einer Gesamtorganisation im Bund fehlt.<sup>7</sup> Insoweit besteht allerdings rechtlicher Änderungsbedarf im BVerfGG.<sup>8</sup>

## 2. Antragsgegner

In dem kontradiktorischen Verfahren ist Antragsgegner gem. § 43 Abs. 2 BVerfGG eine politische Partei i. S. d. Art. 21 Abs. 1 GG.<sup>9</sup> Da das BVerfG § 2 Abs. 1 S. 1 PartG als verfassungsmäßige Konkretisierung des Parteibegriffs anerkennt, sind Parteien Vereinigungen im Sinne dieser einfachgesetzlichen Bestimmung.<sup>10</sup> Gleichwohl ist § 2 PartG im Lichte von Art. 21 Abs. 1 GG auszulegen und anzuwenden, da der Gesetzgeber den Verfassungsinhalt nicht einfachgesetzlich ausgestalten kann.<sup>11</sup> Es kommt für das Vorliegen einer Partei auf die tatsächlichen Verhältnisse – also äußeren Merkmale – an, die „Ausdruck eines ernsthaften, in nicht zu geringem Umfang im Volke vorhandenen politischen Willens“ sein müssen.<sup>12</sup> Fehlt es daran, ist mangels Parteieigenschaft nicht das Parteiverbotsverfahren, sondern grundsätzlich das Vereinsverbot des Art. 9 Abs. 2 GG einschlägig.<sup>13</sup>

## 3. Antrag

### a) Anforderungen

Der Antragsteller muss von der Verfassungswidrigkeit des Antragsgegners überzeugt sein, bloße Zweifel genügen nicht. Dies muss sich aus der Antragsbegründung ergeben.<sup>14</sup>

Die Antragstellung steht im Ermessen der Berechtigten. Sie tragen die politische Verantwortlichkeit dafür, ob sie hinsichtlich einer für verfassungswidrig gehaltenen Partei einen Verbotsantrag stellen oder weiterhin eine politische Auseinandersetzung verfolgen wollen.<sup>15</sup> Eine Ermessensreduktion auf Null soll wegen des eminent politischen Charakters der Entscheidung ausscheiden.<sup>16</sup> Dagegen wird im Schrifttum jedoch von gewichtigen Stimmen eingewandt, dass zumindest in Fällen, in denen eine Partei eine besondere Gefahrenlage schafft oder sich als evident verfassungswidrig darstellt, eine Antragspflicht der Antragsberechtigten bestehe.<sup>17</sup> Als Folge der grundrechtlichen Schutzpflichten sei der Staat zu aktivem Verfassungsschutz verpflichtet. Zu Recht wird vorgebracht, dass es paradox erscheint, dass eine – mit hoher Wahrscheinlichkeit – als verfassungswidrig erkannte Partei von den staatlichen Organen weiterhin als verfassungsgemäß behandelt werden muss.<sup>18</sup>

### b) Beschränkung auf Teilorganisationen der Partei?

Umstritten ist, ob sich der Verbotsantrag stets auf die Gesamtpartei beziehen muss oder ob ein Antragsberechtigter, der nur eine Teilorganisation einer Partei – bspw. einen Landesverband – für verfassungswidrig hält, den Antrag auf diese Teilorganisation beschränken kann. Zum Teil wird dies mit der Begründung angenommen, dass das BVerfG gem.

§ 46 Abs. 2 BVerfGG in der Lage ist, das Verbot auf einen rechtlich oder organisatorisch selbständigen Teil einer Partei zu beschränken, weshalb ein derartiger Antrag im Umkehrschluss möglich sein müsste.<sup>19</sup> Mehrheitlich wird allerdings davon ausgegangen, dass ein derartiger Antrag unzulässig sei: § 46 Abs. 2 BVerfGG beziehe sich lediglich auf die Entscheidungsmöglichkeiten des BVerfG und nicht auf den Antrag.<sup>20</sup> De lege lata ist die überwiegende Ansicht auch überzeugend: Schon nach dem Wortlaut des § 43 Abs. 1 BVerfGG ist ein Antrag nur gegen die Gesamtpartei denkbar. Im Gegensatz zu § 46 Abs. 2 BVerfGG lässt zudem § 43 Abs. 1 BVerfGG die Teilorganisationen unerwähnt, was systematisch gegen eine mögliche Beschränkung des Antrags spricht.<sup>21</sup>

Ausgehend vom Telos des Art. 21 Abs. 2 GG ist deshalb eine Änderung des § 43 Abs. 1 BVerfGG de lege ferenda notwendig, so dass ein Verbotsantrag hinsichtlich einer Teilorganisation möglich wäre. Als Minusmaßnahme würde ein solcher Antrag ein gezieltes Vorgehen gegen verfassungsfeindliche Strömungen innerhalb einer Partei ermöglichen, ohne dass die Gesamtpartei mit dem Vorwurf der Verfassungswidrigkeit belastet wird. Es entspricht der Gratwanderung, die bei einem Parteiverbotsverfahren zwischen präventivem Verfassungsschutz und dem Schutz des öffentlichen Meinungskampfes als Grundprinzip einer Parteiendemokratie vorgenommen werden muss. Die organisationsrechtliche Ausgestaltung des Parteienrechts bietet den Landesverbänden (vgl. § 7 PartG) eine hinreichend selbständige Stellung, so dass sie als Antragsgegner in Betracht kommen. Sie sind gem. § 3

5 Waldhoff (Fn. 2), § 43 BVerfGG, Rn. 26.

6 Dollinger, in: Burkiczak/Dollinger/Schorkopf (Hrsg.), BVerfGG, 2. Aufl. 2021, § 43 BVerfGG, Rn. 18; von Coelln, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, Werkstand: 63. EL Juni 2023, § 43 BVerfGG, Rn. 7.

7 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 17. November 1994 – 2 BvB 1/93, BVerfGE 91, 262 ff., juris., Rn. 19 ff.

8 Siehe unten II.3.b).

9 von Coelln (Fn. 6), § 43 BVerfGG, Rn. 16; Schwarz, Verfassungsprozessrecht, 1. Aufl. 2021, § 17 Rn. 6.

10 Vgl. etwa BVerfG, Beschl. v. 21. Oktober 1993 – 2 BvC 7/91, BVerfGE 89, 266 ff., juris., Rn. 14; Beschl. v. 17. November 1994 – 2 BvB 1/93, BVerfGE 91, 262 ff., juris., Rn. 22; Beschl. v. 7. März 1989 – 2 BvQ 2/89, BVerfGE 79, 379-385, juris., Rn. 20.

11 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 17.11.1994 – 2 BvB 1/93, BVerfGE 91, 262 ff., juris., Rn. 32; von Coelln (Fn. 6), § 43 BVerfGG, Rn. 19.

12 Schwarz (Fn. 9), § 17 Rn. 8.

13 Schwarz (Fn. 9), § 17, Rn. 8. Ein solches Verbot wird zurzeit etwa hinsichtlich der Jugendorganisation der AfD, der Jungen Alternative, diskutiert.

14 Dollinger (Fn. 6), § 43 BVerfGG, Rn. 26.

15 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 29. Oktober 1975 – 2 BvE 1/75, BVerfGE 40, 287 ff., juris., Rn. 17; Lenz/Hansel, BVerfGG, 3. Aufl. 2020, § 43 BVerfGG, Rn. 14; Lechner/Zuck, BVerfGG, 8. Aufl. 2019, § 43 BVerfGG, Rn. 9.

16 Lenz/Hansel (Fn. 15), § 43 BVerfGG, Rn. 14.

17 Klein, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Werkstand: 102. EL August 2023, Art. 21 GG, Rn. 547; Streinz, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 2, 7. Aufl. 2018, Art. 21 GG, Rn. 245; Ipsen/Koch, in: Sachs, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 21 GG, Rn. 178 ff.; aktuell Fischer-Lescano, AfD-Verbotsverfahren als demokratische Pflicht, Verfassungsblog, 18. Januar 2024, <https://verfassungsblog.de/afd-verbotsverfahren-als-demokratische-pflicht/> (letzter Abruf 10. Februar 2024).

18 Ipsen/Koch (Fn. 17), Art. 21 GG, Rn. 178 ff.

19 Dollinger (Fn. 6), § 43 BVerfGG, Rn. 26; Gärditz (Fn. 1), S. 37 (40).

20 von Coelln (Fn. 6), § 43 BVerfGG, Rn. 11; Kliegel, in: Barczak, BVerfGG, 1. Aufl. 2017, § 43 BVerfGG, Rn. 22.

21 Kliegel (Fn. 20), § 43 BVerfGG, Rn. 22; Waldhoff (Fn. 2), § 43 BVerfGG, Rn. 8.

S. 2 PartG aktiv und passiv parteifähig<sup>22</sup> und können gem. § 9 Abs. 3 PartG im Rahmen ihrer Zuständigkeit – den grundsätzlich landespolitischen Angelegenheiten<sup>23</sup> – u. a. ihr eigenes Programm aufstellen.<sup>24</sup> Programmatisch sind die Landesverbände damit weitgehend selbständig, solange sie mit der politischen „Gesamtlinie“ der Gesamtpartei übereinstimmen<sup>25</sup> und die Gesamtpartei keine Ordnungsmaßnahmen erlässt (vgl. auch § 16 PartG).

Betrachtet man die Entwicklungen des Landesverbands der AfD bspw. in Thüringen, zeigt sich die Gefahr von extremistischen Landesverbänden, wie die Einordnungen durch die Landesämter für Verfassungsschutz belegen. Die Parteien können ihre Landesverbände aktuell als Versuchsfeld nutzen, um die Toleranz des politischen Diskurses für radikale Entwicklungen einer Partei auszutesten, ohne dass eine verfassungsprozessuale Möglichkeit bestünde, gegen diesen Verband vorzugehen. Die Möglichkeit eines solchen Antrags könnte eine abschreckende Wirkung entfalten und die Gesamtpartei anhalten, extremistische Strömungen in den Landesverbänden mit Ordnungsmaßnahmen einzudämmen.

In diesem Zuge ist auch eine Erweiterung der Antragsberechtigung auf die Landesregierungen notwendig. Ausgehend vom Wortlaut des § 43 Abs. 2 BVerfGG kann sich der Verbotsantrag einer Landesregierung nur auf eine Partei beziehen, deren Organisation sich auf das Gebiet ihres Landes beschränkt. D. h. ein Antrag gegen einen Landesverband einer in weiteren Ländern organisierten Partei ist unzulässig.<sup>26</sup> Die Landesregierungen müssten sich in einem solchen Fall an den antragsberechtigten Bundesrat wenden.<sup>27</sup> Sofern sich die Tätigkeit eines rechtlich bzw. organisatorisch selbständigen Teils einer Partei auf ein Bundesland beschränkt, sollte die jeweilige Landesregierung auch einen Verbotsantrag stellen können, allein um sie über eine direkte oder indirekte Regierungsbeteiligung von dem Machthebel des Bundesrats fernzuhalten. Zumal die Antragsberechtigung des Bundesrats keinen hinreichenden Ausgleich darstellt. Die Landesregierung kann nicht sicherstellen, dass der Bundesrat auch tatsächlich einen Antrag stellt.<sup>28</sup>

#### 4. Unbehebbarere Verfahrenshindernisse

Das BVerfG hat vor allem in den bisherigen Verbotsverfahren gegen die NPD rechtsstaatliche Verfahrenshindernisse entwickelt.<sup>29</sup> „Das Parteiverbot stellt die schärfste und überdies zweischneidige Waffe des demokratischen Rechtsstaates gegen seine organisierten Feinde dar“ und bedarf „daher ein Höchstmaß an Rechtssicherheit, Transparenz, Berechenbarkeit und Verlässlichkeit“.<sup>30</sup> Das BVerfG leitet deshalb in Anlehnung an die Grundsätze zum Strafprozess aus allgemeinen Erwägungen der Verfassung absolute Verfahrenshindernisse auch für das Parteiverbotsverfahren ab. Ganz grundsätzlich muss die Durchführung eines jeden im staatlichen Interesse durchgeführten gerichtlichen Verfahrens i. S. d. Verhältnismäßigkeit gegenüber gegenläufigen verfassungsmäßigen Rechten, Geboten und Grundsätzen gerechtfertigt sein. Gravierende Verstöße gegen objektives Verfassungsrecht oder subjektive Rechte der Partei können – als ultima ratio – zur Annahme eines unbehebbareren Verfahrenshindernisses und sofortiger Verfahrenseinstellung führen. Voraussetzung ist erstens „ein Verfassungsverstoß von erheblichem Gewicht, der, zweitens, einen nicht behebbaren rechtsstaatlichen Schaden für die Durchführung des Verfahrens bewirkt,

so dass, drittens, die Fortsetzung des Verfahrens auch bei einer Abwägung mit den staatlichen Interessen an wirksamem Schutz gegen die von einer (...) Partei ausgehenden Gefahren rechtsstaatlich nicht hinnehmbar ist“.<sup>31</sup> Ein Verstoß gegen die rechtsstaatlichen Anforderungen führt demnach nicht zwingend zu einem unbehebbareren Verfahrenshindernis. Stets müssen einerseits die rechtsstaatlichen Verfahrensanforderungen und andererseits der Präventionszweck des Verfahrens (gegenüber den Gefahren einer verfassungswidrig handelnden Partei) gegeneinander abgewogen werden.<sup>32</sup>

Ein derart erheblicher Verfassungsverstoß liegt insbesondere bei einem Verstoß gegen das rechtsstaatliche Gebot der Staatsfreiheit aus Art. 21 Abs. 1, 2 i. V. m. Art. 20 Abs. 3 GG vor. Das Gebot freier und selbstbestimmter Willensbildung und Selbstdarstellung der Partei verbietet grundsätzlich den Einsatz von Verdeckten Ermittlern und V-Leuten in der Führungsebene der Partei – bspw. im Vorstand – unmittelbar vor bzw. während des Verbotsverfahrens.<sup>33</sup> Die staatliche Präsenz auf Führungsebene führt notwendig zu einer Einflussnahme auf die Willensbildung und das Erscheinungsbild der Partei. Die staatlichen Stellen müssen ihre Quellen spätestens mit Bekanntmachung ihrer Absicht, einen Verbotsantrag zu stellen, „abgeschaltet“ haben.<sup>34</sup>

Aus dem Grundsatz der Staatsfreiheit folgt nach dem BVerfG ebenfalls der Grundsatz der Quellenfreiheit. Die Begründung eines Antrags im Verbotsverfahren darf nicht mit Beweismaterialien begründet werden, die aus dem Wirken von verdeckten Ermittlern bzw. V-Leuten stammen.<sup>35</sup> Beweismaterialien, die Parteiziele und Verhaltensweisen von Parteianhängern belegen, müssen „der Partei als Gegenstand eigenständiger unbeeinflusster Willensbildung zuzurechnen sein“. Staatlich provozierte bzw. beeinflusste Sachverhalte können der Partei regelmäßig nicht zugerechnet werden. Es besteht ein Verwertungsverbot hinsichtlich des durch staatliche Einflussnahme „infizierten“ Beweismaterials.<sup>36</sup> Ein erheblicher Verfassungsverstoß mit der Folge der Verfahrens-

22 Ipsen, in: ders., Parteiengesetz, 2. Aufl. 2018, § 3 PartG, Rn. 5.

23 Ipsen (Fn. 22), § 7 PartG, Rn. 12.

24 Ipsen (Fn. 22), § 9 PartG, Rn. 10.

25 Ipsen (Fn. 22), § 7 PartG, Rn. 14.

26 von Coelln (Fn. 6), § 43 BVerfGG, Rn. 11; Thiel, Wehrhafte Demokratie, 2003, S. 190.

27 Thiel (Fn. 26), S. 190.

28 Pestalozza, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl. 1991, § 4 Rn. 10.

29 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 18. März 2003 – 2 BvB 1/01, BVerfGE 107, 339 ff., juris, Rn. 70 ff.; Urt. v. 17. Januar 2017 – 2 BvB 1/13, BVerfGE 144, 20 ff., juris, Rn. 400 ff.

30 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 18. März 2003 – 2 BvB 1/01, BVerfGE 107, 339 ff., juris, Rn. 85; Urt. v. 17. Januar 2017 – 2 BvB 1/13, BVerfGE 144, 20 ff., juris, Rn. 405.

31 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 18. März 2003 – 2 BvB 1/01, BVerfGE 107, 339 ff., juris, Rn. 70.

32 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 18. März 2003 – 2 BvB 1/01, BVerfGE 107, 339 ff., juris, Rn. 75; Urt. v. 17. Januar 2017 – 2 BvB 1/13, BVerfGE 144, 20 ff., juris, Rn. 426.

33 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 18. März 2003 – 2 BvB 1/01, BVerfGE 107, 339 ff., juris, Rn. 85; Urt. v. 17. Januar 2017 – 2 BvB 1/13, BVerfGE 144, 20 ff., juris, Rn. 406.

34 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 18. März 2003 – 2 BvB 1/01, BVerfGE 107, 339 ff., juris, Rn. 88.

35 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 18. März 2003 – 2 BvB 1/01, BVerfGE 107, 339 ff., juris, Rn. 89; Urt. v. 17. Januar 2017 – 2 BvB 1/13, BVerfGE 144, 20 ff., juris, Rn. 410.

36 Vgl. BVerfG, Urt. v. 17. Januar 2017 – 2 BvB 1/13, BVerfGE 144, 20 ff., juris, Rn. 414.

einstellung liegt nur vor, wenn sich der Verbotsantrag im Wesentlichen auf das „infizierte“ Beweismaterial stützt.<sup>37</sup>

Das BVerfG betont zudem die Bedeutung des Grundsatzes des fairen Verfahrens, das einen freien Kontakt zwischen Partei und ihren Verfahrensbevollmächtigten gewährt und die Verwendung von Informationen bzgl. der Prozessstrategie, die durch nachrichtendienstliche Mittel erlangt wurden, verbietet. Die Antragsgegnerin muss zur Sicherung ihrer Rechte in der Lage sein, im Rahmen ihrer frei gewählten Prozessstrategie das Verfahren zu beeinflussen, ohne gezielt ausgeforscht worden zu sein.<sup>38</sup> Werden durch nachrichtendienstliche Mittel erworbene Kenntnisse bzgl. der Prozessstrategie ausgenutzt, so liegt in der Regel ein nicht behebbarer Verfassungsverstoß vor.<sup>39</sup> Als Ausdruck der „wehrhaften Demokratie“ bleibt eine heimliche Informationsbeschaffung (§ 8 Abs. 2 BVerfSchG) aber grundsätzlich zulässig, sofern sie nicht zur Ausspähung einer Prozessstrategie dient bzw. erlangte Informationen bzgl. der Prozessstrategie nicht verwendet werden.<sup>40</sup> Die Einhaltung der rechtsstaatlichen Anforderungen hat der Antragsteller darzulegen,<sup>41</sup> wobei Zweifel im Rahmen der Amtsermittlung (§ 26 BVerfGG) zu Lasten des Antragstellers gehen.<sup>42</sup>

### III. Verfahren nach Art. 21 Abs. 3 GG

In der aktuellen Diskussion über den Umgang mit der AfD und möglichen Sanktionierungen ist jüngst auch der Vorschlag zur Durchführung des Verfahrens zum Ausschluss von der staatlichen Parteienfinanzierung gem. Art. 21 Abs. 3 GG gemacht worden.<sup>43</sup> Nachdem das BVerfG in dem überhaupt ersten Finanzierungsausschlussverfahren am 23. Januar 2024 feststellte, dass die Partei Die Heimat (vormals NPD) von der staatlichen Parteienfinanzierung für die Dauer von sechs Jahren ausgeschlossen ist,<sup>44</sup> liegt die Frage der möglichen Übertragbarkeit auf die AfD nahe. Neben einem denkbaren Parteiverbotsverfahren kann ein (hilfsweiser) Antrag im Finanzierungsausschlussverfahren jedenfalls erwogen werden, da Antragsteller insofern von der komplexen Prüfung der Voraussetzungen der Potentialität eines Parteiverbots entlastet würden und aufgrund der Kostenfreiheit des Verfahrens (§ 34 Abs. 1 BVerfGG) keine steigenden Gerichtskosten befürchten müssten.<sup>45</sup>

Das Verfahren nach Art. 21 Abs. 3, 4 Alt. 2, Art. 93 Abs. 1 Nr. 5 GG i. V. m. § 13 Nr. 2 a, §§ 43 ff. BVerfGG ist als Reaktion auf das zweite NPD-Verbotsverfahren, in dem das BVerfG selbst auf die „Schaffung von Möglichkeiten gesonderter Sanktionierung im Fall der Erfüllung einzelner Tatbestandsmerkmale des Art. 21 Abs. 2 GG unterhalb der Schwelle des Parteiverbots“<sup>46</sup> durch den verfassungsändernden Gesetzgeber hingewiesen hatte, neu in den Sanktionskatalog der „wehrhaften Demokratie“ aufgenommen worden.<sup>47</sup> Bereits ein halbes Jahr nach der Entscheidung des BVerfG beschloss der Bundestag mit der Aufnahme des Finanzierungsausschlussverfahrens in die Abs. 3 und 4 in Art. 21 GG die Änderung des Grundgesetzes<sup>48</sup> und nahm entsprechende Änderungen im BVerfGG, PartG und Steuerrecht vor.<sup>49</sup>

Das BVerfG hat verfassungsrechtlichen Bedenken gegen Art. 21 Abs. 3 GG<sup>50</sup> eine Absage erteilt. Der von Art. 79 Abs. 3 GG gewährleistete Kern des Demokratieprinzips umfasse demnach die „Chancengleichheit der politischen Par-

teien nur, soweit diese ihrerseits die grundlegenden demokratischen „Spielregeln“ anerkennen und achten“.<sup>51</sup>

## 1. Zulässigkeitsvoraussetzungen

Bei Parteiverbots- und Finanzierungsausschlussverfahren handelt es sich zwar um unterschiedliche, voneinander zu trennende Verfahren, zwischen denen allerdings ein tatbestandliches Stufenverhältnis besteht, das sich auch in prozessualer Hinsicht zeigt: Der Gesetzgeber hat gem. Art. 21 Abs. 4 GG die Entscheidung in beiden Verfahren beim BVerfG monopolisiert und die Verfahrensvorschriften des Finanzierungsausschlussverfahrens in die Bestimmungen zum Parteiverbotsverfahren gem. §§ 43 ff. BVerfGG integriert, so dass sich die Zulässigkeitsvoraussetzungen beider Verfahren weitgehend entsprechen.<sup>52</sup> Der Antrag im Finanzierungsausschlussverfahren ist gleichermaßen in § 43 Abs. 1 S. 1 BVerfGG vorgesehen und kann nach § 43 Abs. 1 S. 2 BVerfGG auch als Hilfsantrag mit diesem verbunden werden.<sup>53</sup> Antragsgegenstand ist gem. § 46 a Abs. 1 S. 1 BVerfGG die Feststellung über den Ausschluss einer Partei von der staatlichen (Teil-)Finanzierung gem. § 18 PartG.<sup>54</sup> Die Antragstellung steht nach überwiegender Ansicht im Ermessen der Berechtigten, sie kann hilfsweise oder isoliert erfolgen.<sup>55</sup> Nach dem BVerfG sind auch die rechtsstaatlichen Anforderungen (strikte Staatsfreiheit, Quellenfreiheit, faires Verfahren), die im zweiten Verbotsverfahren gegen die NPD entwickelt wurden, auf das Finanzierungsausschlussverfahren zu übertragen.<sup>56</sup>

## 2. Entscheidungsmöglichkeiten des BVerfG

### a) Finanzierungsausschluss der Bundespartei

Das Finanzierungsausschlussverfahren unterscheidet sich partiell vom Parteiverbotsverfahren. Als Parallelvorschrift zu

37 Vgl. BVerfG, Urt. v. 17. Januar 2017 - 2 BvB 1/13, BVerfGE 144, 20 ff., juris, Rn. 424.

38 Vgl. BVerfG, Urt. v. 17. Januar 2017 - 2 BvB 1/13, BVerfGE 144, 20 ff., juris, Rn. 415 ff.

39 Vgl. BVerfG, Urt. v. 17. Januar 2017 - 2 BvB 1/13, BVerfGE 144, 20 ff., juris, Rn. 424.

40 Vgl. BVerfG, Urt. v. 17. Januar 2017 - 2 BvB 1/13, BVerfGE 144, 20 ff., juris, Rn. 418.

41 Vgl. BVerfG, Urt. v. 17. Januar 2017 - 2 BvB 1/13, BVerfGE 144, 20 ff., juris, Rn. 427.

42 Vgl. BVerfG, Urt. v. 17. Januar 2017 - 2 BvB 1/13, BVerfGE 144, 20 ff., juris, Rn. 413.

43 <https://www.handelsblatt.com/politik/deutschland/parteienfinanzierung-ampel-diskutiert-streichung-staatlicher-zuschuesse-fuer-die-afd/100008429.html> (letzter Abruf 10. Februar 2024).

44 Vgl. BVerfG, Urt. v. 23. Januar 2024 - 2 BvB 1/19, BeckRS 2024, 444.

45 Müller, DVBl. 2018, 1035 (1041); Shirvani, DÖV 2018, 921 (926).

46 Vgl. BVerfG, Urt. v. 17. Januar 20217 - 2 BvB 1/13, BeckRS 2017, 100243, Rn. 513.

47 Schwarz (Fn. 9), § 18 Rn. 1 f.; Shirvani (Fn. 45), 921.

48 Gesetz vom 13. Juli 2017 (BGBl I, S. 2346).

49 Gesetz vom 18. Juli 2017 (BGBl I, S. 2730).

50 Vgl. z.B. Linke, DÖV 2017, 483, 491 f.

51 Vgl. BVerfG, Urt. v. 23. Januar 2024 - 2 BvB 1/19, BeckRS 2024, 444, Rn. 225.

52 Vgl. BVerfG, Urt. v. 23. Januar 2024 - 2 BvB 1/19, BeckRS 2024, 444, Rn. 155 ff.

53 Müller (Fn. 45), 1035 (1041).

54 BT-Drs. 18/12358, S. 9; Benda/Klein, Verfassungsprozessrecht, 4. Aufl. 2020, Rn. 1218 f.

55 Shirvani (Fn. 45), 921 (926).

56 Vgl. BVerfG, Urt. v. 23. Januar 2024 - 2 BvB 1/19, BeckRS 2024, 444, Rn. 155 ff.

§ 46 BVerfGG regelt § 46 a BVerfGG die Inhalte der vom BVerfG zu treffenden Entscheidung, sofern der Antrag zulässig und begründet ist.<sup>57</sup> Ist der Antrag begründet, trifft das BVerfG gem. § 46 a Abs. 1 S. 1 BVerfGG die prozessuale Feststellungsentscheidung, dass die betroffene Partei für sechs Jahre von der staatlichen Finanzierung nach § 18 PartG ausgeschlossen ist. Mit dem Entscheidungszeitpunkt scheidet die Partei ex nunc aus der staatlichen Teilfinanzierung aus (vgl. § 18 Abs. 7 S. 2 PartG). Zugleich entfallen gem. Art. 21 Abs. 3 S. 2 GG die steuerrechtlichen Begünstigungen dieser Partei und von Zuwendungen an diese – etwa in § 10 b Abs. 2 S. 1, § 24 g S. 1 Nr. 1 EStG oder § 5 Abs. 1 Nr. 1 KStG.<sup>58</sup>

#### b) Beschränkung auf Teilorganisationen der Partei?

Auffällig ist, dass § 46 a im Unterschied zu § 46 Abs. 2 BVerfGG keine Möglichkeit vorsieht, den Finanzierungsausschluss auf rechtlich oder organisatorisch selbständige Teile einer Partei zu beschränken. Die Entscheidung des BVerfGG muss sich stets auf die Gesamtpartei beziehen. Damit ist ein isoliertes Vorgehen gegen die als gesichert rechtsextremistisch geltenden Landesverbände der AfD in Thüringen,<sup>59</sup> Sachsen-Anhalt und Sachsen<sup>60</sup> nach geltendem Recht bislang nicht möglich. Im Anschluss an den obigen Vorschlag zur Erweiterung der Möglichkeiten zulässiger Antragsarten im Parteiverbotsverfahren auf Teilorganisationen, ist auch im Finanzierungsausschlussverfahren eine derartige Gesetzesänderung anzustreben. § 43 BVerfGG sollte im Parteiverbots- bzw. Finanzierungsausschlussverfahren Anträge vorsehen, die auf die Teilorganisation(en) bzw. Landesverbände einer Partei beschränkt sind. Ebenso ist eine Antragsberechtigung der jeweiligen Landesregierung zu statuieren. Und in Ergänzung der Entscheidungsmöglichkeiten des BVerfG in § 46 a ist eine Regelung i. S. v. § 46 Abs. 2 BVerfGG notwendig.

Das grundgesetzlich abgestufte System zur Abwehr verfassungswidriger bzw. -feindlicher Parteien<sup>61</sup> könnte auf diese Art und Weise einfachrechtlich (Art. 21 Abs. 5 GG) weiter ausdifferenziert werden, um adäquat auf unterschiedliche Bedrohungslagen zu reagieren. Ein Finanzierungsausschluss, der sich lediglich auf einzelne Landesverbände einer Partei bezieht, greift in geringerem Maße in die Chancengleichheit der politischen Parteien ein und ermöglicht zugleich ein konsequentes und zielgenaues Vorgehen gegen verfassungsfeindliche Bewegungen in den politischen Parteien, bevor sie den Kurs der Gesamtpartei bestimmen. Überdies verringert eine Erweiterung des § 46 a BVerfGG auf Teilorganisationen die prozessualen Unsicherheiten im Hinblick auf radikale Landesverbände im Parteiverbotsverfahren. Denn problematisch dürfte im Besonderen die Frage sein, wie das Potentialitätskriterium in Bezug auf die Landesverbände einer Partei auszulegen ist. Könnten die Antragsberechtigten einen isolierten (hilfsweisen) Antrag auf eine Teilorganisation stellen bzw. könnte das BVerfG seine Feststellungsentscheidung auf diese beschränken, wären die Erfolgsaussichten des Verfahrens höher und die politische Fallhöhe eines Antrages geringer. Im Ergebnis könnte die vorgeschlagene Gesetzesänderung die Praktikabilität des Konzeptes der „wehrhaften Demokratie“ steigern.

Ausgangspunkt des Ausschlusses der Landesverbände ist deren Integration in das System der staatlichen Teilfinanzierung: Nach § 18 ff. PartG erhalten die Landesverbände

selbst staatliche Mittel. Diese werden zum Teil unmittelbar an sie ausgezahlt (vgl. § 19 a Abs. 6 PartG), zum Teil erhalten sie diese mittelbar durch einen parteiinternen Finanzausgleich (vgl. § 22 PartG).

Der einfachste und kontrollierbarste Ansatz ist der Ausschluss von den unmittelbar an den Landesverband ausgezahlten, wahlerfolgsbezogenen Mitteln i. S. v. § 18 Abs. 3 Nr. 1 (und Nr. 2) PartG.<sup>62</sup> Der Gesamtpartei stehen gem. § 18 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 für jede abgegebene gültige Stimme für ihre Liste bei Landtagswahlen 0,83 Euro zu. Als Wahlkampfkostenerstattung für die Landtagswahl sieht § 19 a Abs. 6 PartG vor, dass davon je Stimme 0,50 Euro unmittelbar an die Landesverbände ausgezahlt werden, während der Rest der staatlichen Mittel dem Bundesverband (bei Landesparteien: dem Landesverband) zufließt.<sup>63</sup> Diese Auszahlungsregelung ist systematisch in Verbindung mit § 21 Abs. 1 PartG zu lesen, nach dem eine Verwaltungszuständigkeit und Kostentragungspflicht der Länder in Bezug auf diese Wahlkampfkostenerstattung nach § 19 a Abs. 6 S. 1 PartG begründet wird. Der den Landesverbänden zustehende, vom Präsidenten des Deutschen Bundestages festzustellende (vgl. § 19 a Abs. 1 PartG) Betrag wird den Ländern von diesem verbindlich mitgeteilt und ist dann durch diese an die Landesverbände auszuzahlen.<sup>64</sup> Nach § 20 Abs. 3 PartG ist die Regelung des § 19 a Abs. 6 PartG entsprechend für Abschlagszahlungen anwendbar.<sup>65</sup> Der Geldfluss der Mittel ist an dieser Stelle für staatliche Stellen direkt nachvollziehbar und könnte leicht eingestellt werden.

Im Übrigen verpflichtet § 22 PartG die Bundesverbände zu einem angemessenen Finanzausgleich ihrer Landesverbände. Diese Regelung umfasst jedenfalls die Mittel aus der staatlichen Teilfinanzierung.<sup>66</sup> Ob und inwieweit dieses System des parteiinternen Finanzausgleichs kontrolliert und Finanzströme zwischen Bundes- und Landesverbänden unterbunden werden könnten, dürfte auch angesichts denkbarer Umgestaltungsgestaltungen wesentlich schwieriger sein.

## IV. Verfahren nach Art. 18 GG

Anlässlich der Diskussion um ein Verbot der AfD hat u. a. die ehemalige Richterin des BVerfG *Gertrude Lübbecke-Wolff* die Möglichkeit des Grundrechtsverwirklichungsverfahrens

57 *Lechner/Zuck* (Fn. 15), § 46 a BVerfGG, Rn. 2; *Lenz/Hansel* (Fn. 15), § 46 a BVerfGG, Rn. 1.

58 *Drossel*, in: *Burkiczak/Dollinger/Schorkopf*, BVerfGG, § 46 a BVerfGG, Rn. 24; *Schwarz* (Fn. 9), § 18 Rn. 4.

59 AfD Thüringen, Verfassungsschutzbericht 2021, S. 17.

60 Vgl. <https://www.tagesschau.de/inland/innenpolitik/verfassungsschutz-afd-sachsen-rechtsextremistisch-100.html> (letzter Abruf 10. Februar 2024).

61 Zum Stufenverhältnis zwischen Art. 21 Abs. 2 und Abs. 3 GG z.B. *Müller* (Fn. 45), 1035 (1038 ff.); aktuell BVerfG, Urt. v. 23. Januar 2024 – 2 BvB 1/19, BeckRS 2024, 444, Rn. 156.

62 *Koch*, in: *Ipsen*, Parteiengesetz, § 18 PartG, Rn. 29.

63 *Morlok/Merten*, Parteienrecht, 2018, S. 188; *Lenski*, Parteiengesetz, 2011, § 19 a PartG, Rn. 29.

64 *Koch* (Fn. 62), § 21 PartG, Rn. 1, 4; *Lenski* (Fn. 63), § 19 a PartG, Rn. 2 f.

65 *Koch* (Fn. 62) § 21 PartG, Rn. 17.

66 Str., ob sich die Regelung auf die Mittel der staatlichen Finanzierung beschränkt: dafür *Koch* (Fn. 62) § 22 PartG, Rn. 1; a.A. *Lenski* (Fn. 63), § 22 PartG, Rn. 3.

gem. Art. 18 GG in die Diskussion gebracht.<sup>67</sup> Dieses Verfahren hat gegenüber den zuvor behandelten Verfahren den Vorzug, dass sich der Nachweis der Verfassungsfeindlichkeit auf eine Person beschränkt und ein Verfahren deshalb schneller ablaufen dürfte. Ein Verwirkungsverfahrens könnte insbesondere auf *Björn Höcke*, den Vorsitzenden der AfD in Thüringen abzielen.<sup>68</sup>

### 1. Parteienprivileg

Ob ein Verwirkungsverfahren durch das Parteienprivileg des Art. 21 Abs. 2 GG ausgeschlossen ist, ist umstritten. Diese Frage ist bedeutsam für Fälle, in denen sich ein Verfahren nach Art. 18 GG gegen Mitglieder, Funktionäre oder Abgeordnete von Parteien richtet. Gegen eine Sperrwirkung spricht, dass Art. 21 Abs. 2 und Art. 18 grundsätzlich nebeneinander stehen,<sup>69</sup> und das „Parteienprivileg [...] kein prinzipieller Freibrief für individuelle verfassungsfeindliche Umtriebe“ ist.<sup>70</sup> Dagegen wird eingewendet, dass dies das Parteienprivileg aushöhlen würde.<sup>71</sup> Um von vornherein zu verhindern, dass ein Verwirkungsverfahren am Parteienprivileg scheitern könnte, ist dringend geboten, durch Verfassungsänderung in Art. 18 klarzustellen, dass das Parteienprivileg insoweit keine Sperrwirkung entfaltet.

### 2. Antragsberechtigte

Nach § 36 BVerfGG kann der Antrag vom Bundestag, von der Bundesregierung oder einer Landesregierung gestellt werden. Es ist stets jede Landesregierung antragsberechtigt. Es kommt nicht darauf an, dass der Antragsgegner seinen Wohnsitz in dem entsprechenden Land hat.<sup>72</sup> Der Antrag steht im pflichtgemäßen Ermessen der Antragsberechtigten.<sup>73</sup>

### 3. Antragsgegenstand

Antragsgegenstand ist eines der in Art. 18 GG genannten Grundrechte wegen möglichen Missbrauchs im Kampf gegen die freiheitlich-demokratische Grundordnung.<sup>74</sup> Diese Grundrechte haben insbesondere politischen Charakter und sind abschließend aufgeführt.<sup>75</sup> Nicht genannt sind die Rundfunk- und Filmfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 2 Alt. 2) und das aktive und passive Wahlrecht, obwohl beide eminente politische Bedeutung haben. Für die Film- und Rundfunkfreiheit wird deshalb vertreten, dass sie nicht verwirkbar sei.<sup>76</sup> Nach anderer Ansicht sei sie jedoch wegen des Wortlautes „insbesondere“ miterfasst.<sup>77</sup>

Obwohl das aktive und passive Wahlrecht in Art. 18 GG nicht genannt ist, ordnet § 39 Abs. 2 BVerfGG an, dass das BVerfG für die Dauer der Verwirkung der Grundrechte das Wahlrecht, die Wählbarkeit und die Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter aberkennen kann. Die Verfassungsmäßigkeit dieser Regelung ist umstritten. Eine Auffassung begründet die Verfassungsmäßigkeit damit, dass es nicht um eine Verwirkung aufgrund von Art. 18 GG gehe, sondern es sich in Parallele zu den §§ 45 ff. StGB um eine selbständige gesetzliche Ermächtigungsgrundlage zu einem „normalen“ Grundrechtseingriff handele, der anlässlich der Grundrechtsverwirkung vorgenommen wird.<sup>78</sup> Die Gegenmeinung bezieht sich auf den Wortlaut von Art. 18 GG. Eine Parallele zu § 45 StGB sei nicht zulässig, weil dadurch „von der repressiven kurzerhand auf die präventive Erlaubtheit ge-

schlossen wird“.<sup>79</sup> § 39 Abs. 2 BVerfGG sei deshalb verfassungswidrig.<sup>80</sup>

Die dargestellten Meinungsverschiedenheiten in der Literatur, zu denen das BVerfG bisher keine Stellung bezogen hat, erzeugt Unsicherheiten, insbesondere wenn es im konkreten Fall gerade auch um die Aberkennung des aktiven und passiven Wahlrechts geht. Sie könnten in konkreten Fällen dazu führen, das Verwirkungsverfahren gar nicht erst einzuleiten, um eine Niederlage vor dem BVerfG zu vermeiden. Um dies zu verhindern, ist es dringend geboten, den Wortlaut des Art. 18 GG um das aktive und passive Wahlrecht und auch die Film- und Rundfunkfreiheit zu ergänzen.<sup>81</sup> Es wäre unerträglich, wenn Verfassungsfeinde die Film- und Rundfunkfreiheit und das Wahlrecht missbrauchen könnten, weil Art. 18 GG insoweit unvollständig ist.<sup>82</sup> Die Katalogerweiterung darf sich nicht nur auf das Wahlrecht zum Bundestag beziehen, sondern muss auch die Wahlrechte zu den Landtagen, den Kommunalvertretungen und dem Europäischen Parlament umfassen.

### 4. Antragsgegner

Als Antragsgegner kommen natürliche oder juristische Personen in Frage. Sie müssen Träger der von Art. 18 GG erfassten Grundrechte sein.<sup>83</sup>

### 5. Parlamentarische Immunität

Zu klären ist, ob bei Abgeordneten die parlamentarische Immunität einem Verwirkungsverfahren entgegenstehen könnte. Bei Bundestagsabgeordneten ist dies im Rahmen des Art. 46 Abs. 3 Alt. 2 GG der Fall. Fraglich ist, ob auch die Immunitätsbestimmungen für Landtagsabgeordnete im Hinblick auf das Verwirkungsverfahren einschlägig sind.<sup>84</sup> Diese Frage stellt sich zunächst in Niedersachsen. Denn dort besteht gem. Art. 15 Abs. 2 Alt. 2 NdsVerf dieselbe Regelung wie im Bund, so dass der Landtag der Einleitung des Verwirkungsverfahrens zustimmen muss. Die Frage ist also, ob die

67 *Lübbe-Wolff*, Wehrhafte Demokratie, Verfassungsblog, 13. Oktober 2023, <https://verfassungsblog.de/wehrhafte-demokratie/> (letzter Abruf 10. Februar 2024).

68 Vgl. „Wehrhafte Demokratie: Höcke stoppen“: <https://aktion.campact.de/weact/hocke-stoppen/teilnehmen> (letzter Abruf 10. Februar 2024).

69 Vgl. *Butzer*, in: Epping /Hillgruber, BeckOK GG, 56. Ed., 18. August 2023, Art. 18 GG, Rn. 18 a.

70 Ausführlich *Lübbe-Wolff* (Fn. 67), auch mit Verweis auf BVerfG, Beschl. vom 17. September 2013 - 2 BvR 2436/10, NVwZ 2013, 1468 = DÖV 2014, S. 438, Rn. 115.

71 *von Coelln*, Keine Grundrechtsverwirkung statt Parteiverbot, Verfassungsblog, 22. Januar 2024, <https://verfassungsblog.de/keine-grundrechtsverwirkung-statt-parteeiverbot/> m.w.N. (letzter Abruf 10. Februar 2024).

72 *von Coelln* (Fn. 6), § 36 BVerfGG, Rn. 13. Die gegenteilige Auffassung wird in aktuellen Kommentierungen wohl nicht mehr vertreten, vgl. *von Coelln*, ebenda.

73 *von Coelln* (Fn. 6), § 36 BVerfGG, Rn. 28.

74 *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, 17. Aufl. 2022, Art. 18 GG, Rn. 5.

75 *Jarass* (Fn. 74), Art. 18 GG, Rn. 5.

76 *Butzer* (Fn. 69), Art. 18 GG, Rn. 7.1. m. w. N.

77 Vgl. Nachw. bei *Butzer* (Fn. 69), Art. 18 GG, Rn. 7.1.

78 *Barczak*, in: Dreier, GG, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 18 GG, Rn. 60 m. w. N.

79 *Butzer* (Fn. 69), Art. 18 GG, Rn. 14.1 m. w. N.

80 *Butzer* (Fn. 69), Art. 18 GG, Rn. 14.1.

81 Vgl. *Butzer* (Fn. 69), Art. 18 GG, Rn. 7.1, 14.1.

82 Vgl. *Butzer* (Fn. 69), Art. 18 GG, Rn. 14.1.

83 *Jarass* (Fn. 74), Art. 18 GG, Rn. 5.

84 *Lübbe-Wolff* (Fn. 67).

Regelung der Immunität der Landtagsabgeordneten in die Gesetzgebungskompetenz der Länder fällt. Davon dürfte auszugehen sein. Denn nach Auffassung des BVerfG können die Länder ihr Verfassungs- und Staatsorganisationsrecht in den Grenzen des Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG selbst regeln. Dazu zählt auch das Landesparlaments- und Statusrecht der Landtagsabgeordneten.<sup>85</sup> Die Regelung der Indemnität und der Immunität von Landtagsabgeordneten gehört dazu.<sup>86</sup> Andernfalls hätte es zudem der Bund in der Hand, die Funktionsfähigkeit der Landesparlamente dadurch zu beeinflussen, dass er den Umfang des Immunitätsschutzes variiert.<sup>87</sup>

Beispielhaft für die anderen Länder sei Thüringen aufgeführt. Dort regelt Art. 55 Abs. 2 ThVerf die Immunität. Die Immunität gilt für Verfolgungsmaßnahmen wegen mit Strafe bedrohter Handlungen, Art. 55 Abs. 2 S. 1 ThVerf. Sie erfordern eine Zustimmung des Landtages. Gem. Art. 55 Abs. 2 S. 2 ThVerf gilt dies auch für jede andere Beschränkung der persönlichen Freiheit. Fraglich ist, ob darunter auch das Verwirkungsverfahren fällt, insoweit also die persönliche Freiheit betroffen ist. Dafür streitet, dass Art. 55 Abs. 2 S. 2 ThVerf ein Auffangtatbestand ist und die Immunität den Zweck hat, die Arbeits- und Funktionsfähigkeit des Parlamentes zu schützen.<sup>88</sup> Gegen eine dermaßen weite Zwecksetzung spricht jedoch, dass für eine Ausdehnung auf andere als in Art. 2 Abs. 2 GG geschützte Rechtsgüter kein Anhalt in der Verfassung zu finden ist.<sup>89</sup> Sie würde zudem den Schutz der Verfassung vor Verfassungsfeinden gem. Art. 18 GG weitgehend verunmöglichen, wenn diese führende Abgeordnete mit breitem Rückhalt in ihrer Partei sind und ihre Partei die Mehrheit im Landtag hat. Hätte die Verfassung diese weitreichende Konsequenz gewollt, hätte sie, ähnlich wie Art. 46 Abs. 2 Alt. 2 GG oder Art. 15 Abs. 2 Alt. 2 NdsVerf das Verwirkungsverfahren eigens der Immunität unterstellen müssen.

Das BVerfG hat die Frage der Gesetzgebungskompetenz und der Reichweite der Immunitätsregelung bisher nicht geklärt. Soll ein Verwirkungsverfahren gegen Landtagsabgeordnete eingeleitet werden, sollte deshalb, um Risiken zu vermin-

dern, vorsorglich eine Genehmigung des Landtags eingeholt werden.

## V. Fazit

Die aufgezeigten, geltenden Anforderungen an Zulässigkeit und Verfahren der in Grundgesetz und BVerfGG vorgesehenen Instrumente der wehrhaften Demokratie – Parteiverbot, Ausschluss von der staatlichen Parteienfinanzierung und Grundrechtsverwirkung – sollten insbesondere durch eine Anpassung des BVerfGG und in Bezug auf das Parteienprivileg des GG um Maßnahmen ergänzt werden, die gegenüber solchen, die gegen die Gesamtpartei gerichtet sind, mildere Mittel darstellen.

Notwendig erscheint es konkret, § 43 Abs. 1 BVerfGG so zu ändern, dass ein Verbotsantrag auch hinsichtlich einer Teilorganisation einer Partei und dieser auch von einer Landesregierung gestellt werden kann. Ebenso muss der Finanzierungsausschluss im Hinblick auf einen Landesverband einer Bundespartei ermöglicht werden und ebenfalls von einer Landesregierung beantragt werden können. § 46 a BVerfGG ist um eine Regelung i.S.v. § 46 Abs. 2 BVerfGG zu ergänzen.

Es ist ratsam, auch den Wortlaut des Katalogs des Art. 18 GG um das aktive und passive Wahlrecht auf den verschiedenen politischen Ebenen und die Film- und Rundfunkfreiheit zu erweitern und klarzustellen, dass das Parteienprivileg gegenüber Art. 18 GG keine Sperrwirkung entfaltet.

85 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 8. April 1998 – 1 BvR 1680/93, 1 BvR 183/94, 1 BvR 1580/94 BVerfGE 98, 45 = BeckRS 1998, 14681, Rn. 43 f.; Urt. v. 21. Juli 2000 - 2 BvH 3/91, BVerfGE 102, 224 = JuS 2001, 392, Rn. 45.

86 Lenz, in: Butzer/Epping et al., Hannoverscher Kommentar zur Niedersächsischen Verfassung, 2. Aufl. 2021, Art. 14 NdsVerf, Rn. 10, Art. 15 NdsVerf, Rn. 28.

87 Lenz (Fn. 86), Art. 14 NdsVerf, Rn. 10, Art. 15 NdsVerf, Rn. 28.

88 Linck/Arnold, in: Brenner et al., Verfassung des Freistaats Thüringen, 2. Aufl. 2023, Art. 55 ThVerf, Rn. 32, 42 f.; für die Bundesebene Butzer (Fn. 69), Art. 46 GG, Rn. 18.1.

89 Für die Bundesebene Jarass (Fn. 74), Art. 46 GG, Rn. 10.

# Die Entwicklung des Personengesellschafts- und GmbH-Rechts durch die Rechtsprechung des BGH im Jahre 2023

Prof. Dr. Gerhard Ring, Bernau bei Berlin\*

*Der nachfolgende Beitrag soll – im Nachgang zu den im vergangenen Jahr erschienenen Überblicksbeiträgen zur Entwicklung des Personengesellschaftsrechts<sup>1</sup> und des GmbH-Rechts<sup>2</sup> im Jahr 2022 – die neuere Rechtsentwicklung nachzeichnen, die das für die tägliche anwaltliche Tätigkeit praktisch bedeutsame Gesellschaftsrecht durch die Judikatur des BGH im Jahre 2023 erfahren hat. Da lediglich zwei Entscheidungen zum Personengesellschaftsrecht ergangen sind, werden in diesem Jahr beide Rechtsgebiete in einem gemeinsamen Beitrag dargestellt.*

## 1. Personengesellschaftsrecht

Der BGH hat sich 2023 mit dem Ausschluss eines Gesellschafters von der Abstimmung in einer GbR<sup>3</sup> und mit

der Haftung des Geschäftsführers einer geschäftsführenden Kommanditisten-GmbH befasst.<sup>4</sup>

\* Der Verfasser lehrte bis 2023 Bürgerliches Recht, Deutsches und Europäisches Wirtschaftsrecht an der TU Bergakademie Freiberg und ist Mitherausgeber der NJ.

1 NJ 2023, 50.

2 NJ 2023, 94.

3 BGH, Urt. v. 17. Januar 2023 – II ZR 76/21, NJW 2023, 1513 = WM 2023, 434 = ZIP 2023, 467 = GmbHR 2023, 344 = NZG 2023, 564. Dazu näher Göbel, DZWIR 2023, 229; Giedinghagen/Raderbauer, EWIR 2023, 359; Jenne/Wulff, BB 2023, 1290; Seulen, DB 2023, 1208.

4 BGH, Urt. v. 14. März 2023 – II ZR 162/21, NJW 2023, 2427 = WM 2023, 915 = ZIP 2023, 1019 = NZG 2023, 837 = GmbHR 2023, 603. Dazu auch die Anm. von Duttig, DStR 2023, 1326.