STAATSPHILOSOPHIE UND RECHTSPOLITIK

FESTSCHRIFT FÜR MARTIN KRIELE ZUM 65. GEBURTSTAG

HERAUSGEGEBEN VON

BURKHARDT ZIEMSKE, THEO LANGHEID,
HEINRICH WILMS, GÖRG HAVERKATE

C.H. BECK'SCHE VERLAGSBUCHHANDLUNG
MÜNCHEN 1997

HANS HERBERT VON ARNIM

Politikfinanzierung, Wahlrecht und legislative Manipulation

Strenge Gerichtskontrolle bei Entscheidungen der Politik in eigener Sache

Martin Kriele hat grundlegende Werke zur repräsentativen Demokratie[1] und zum Verhältnis von Politik und Rechtsprechung[2] geschrieben. Ich möchte ihm deshalb zu seinem 65. Geburtstag die Behandlung einer Frage der demokratischen Willensbildung widmen, die in Rechtsprechung, Staatsrechtslehre und Staatslehre bisher noch nicht voll geklärt ist und beide Bereiche miteinander verknüpft.[3] Es geht um die Frage, inwieweit die in einer Demokratie auf Zeit Gewählten befugt sind, das Wahlrecht – also diejenigen Regelungen, nach denen sie vom Wähler bestätigt oder abgewählt werden können – und die sonstige gesetzliche Festlegung ihrer eigenen Stellung zu ihren Gunsten zu verändern. Es geht dabei nicht nur um das Wahlrecht im engeren Sinne, sondern auch um das Recht der Wahlvorbereitungen sowie um den finanziellen Status von Amtsträgern und von Parteien einschließlich ihrer Hilfsorganisationen.

I. Parteienfinanzierung

Wir wollen diesen Beitrag nicht mit dem Wahlrecht beginnen, sondern mit einem Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur Parteienfinanzierung. Durch diesen „produktiven Umweg" kann eine Verbindung zwischen beiden Gebieten hergestellt und es dadurch erleichtert werden, den Blick auf die Problematik zu schärfen und angemessene dogmatische Strukturen zu entwickeln. Bei verfassungsrechtlicher Behandlung der Politikfinanzierung können nämlich einige Fragen geklärt werden, die sich in ähnlicher Form auch beim Wahlrecht stellen.

---

[1] *Martin Kriele*, Das demokratische Prinzip im Grundgesetz, VVDStRL 29, 46 ff.; *ders.*, Einführung in die Staatslehre, 5. Aufl., 1994.

[2] *Martin Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung, 2. Aufl., 1976; *ders.*, Recht und Politik in der Verfassungsrechtsprechung. Zum Problem des judicial self-restraint, NJW 1976, 777 ff.

[3] Ein früherer Versuch des Verfassers in ähnliche Richtung: *von Arnim*, Der strenge und der formale Gleichheitssatz, DÖV 1984, 85 ff.

1. Urteil von 1992

Ausgangspunkt der Erörterung sei das jüngste Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur Parteienfinanzierung.[4] Darin hat das Gericht drei Obergrenzen für die direkte und indirekte Staatsfinanzierung von politischen Parteien aufgestellt:

- Das Gericht hat eine relative Obergrenze formuliert, die besagt, daß öffentliche Subventionen nicht höher sein dürfen als die Einnahmen der Parteien aus privaten Quellen. (Die indirekten Formen der Staatsfinanzierung durch Steuervergünstigung und Sonderabgaben von Mandatsträgern [„Parteisteuern"] werden hierbei allerdings nicht zu den öffentlichen Subventionen gerechnet und schon gar nicht die Zahlungen an Parlamentsfraktionen und Parteistiftungen, die fast vollständig aus der Staatskasse kommen.)[5]
- Zusätzlich hat das Gericht eine „absolute Obergrenze" festgesetzt, die besagt, daß die staatlichen Zuschüsse an politische Parteien nicht höher als 230 Mio. DM jährlich sein dürfen. Dieser Betrag errechnet sich, kurz gesagt, als arithmetisches Mittel der in den vier Jahren 1989 bis 1992 gewährten staatlichen Zahlungen. Dabei gestattet das Gericht dem Gesetzgeber aber eine Anpassung der Obergrenze bei Geldentwertung und bei einschneidender Änderung der Verhältnisse.[6]
- Weiter hat das Gericht festgelegt, daß die Steuerbegünstigung von Spenden von juristischen Personen verfassungswidrig ist und Spenden und Beiträge von natürlichen Personen nur bis zu einer Höhe steuerbegünstigt sein dürfen, die ein Haushalt mit durchschnittlichem Einkommen ausschöpfen kann.[7] Diese Grenze hat die vom Bundespräsidenten *von Weizsäcker* eingesetzte Parteifinanzierungskommission in ihrem Bericht von 1993 bei einem Spendenbetrag von 4.000 DM für ein zusammenveranlagtes Ehepaar gesehen.[8] Gleichwohl hat der Gesetzgeber im neuen Parteiengesetz von 1994[9] die Grenze auf die dreifache Höhe gesetzt und Spenden bis zu 12.000 DM jährlich steuerlich begünstigt.[10]

[4] Urteil vom 9. 4. 1992, BVerfGE 85, 264.

[5] BVerfGE 85, 264 (289 f.).

[6] BVerfGE 85, 264 (290 ff.). Die Festlegung einer absoluten Obergrenze entspricht einem Vorschlag des Verfassers. Siehe *von Arnim*, Die Partei, der Abgeordnete und das Geld, 1. Aufl., 1991, 291.

[7] BVerfGE 85, 264 (313).

[8] Bundestagsdrucksache 12/4425, S. 31: „Eine weitergehende Anhebung sieht die Kommission auf der Grundlage des Urteils als nicht mehr zulässig an."

Während das Gericht die relative Obergrenze – nebenbei[11] – schon früher formuliert hatte[12] und auch die Begrenzung der Steuervergünstigungen so neu nicht ist (wenn das Gericht den Maßstab in der Vergangenheit auch teilweise viel zu großzügig ausgelegt hatte),[13] gilt die absolute Grenze als ein Novum. Ihre Fixierung durch das Bundesverfassungsgericht ist bei manchen Kommentatoren auf Unverständnis gestoßen. Die Kritik[14] rügt vor allem, das Grundgesetz enthalte keinerlei Bestimmung, daß die Staatsfinanzierung nicht über ein bestimmtes Limit hinaus steigen dürfe. Zudem dürften Gerichte verfassungswidrige Regelungen nur aufheben, nicht aber an ihre Stelle eine eigene Regelung setzen. Indem das Gericht dennoch eine solche Grenze festgelegt und dadurch eine positive Regelung getroffen habe, sei es als Ersatzgesetzgeber tätig geworden.

Eine Verteidigung der Rechtsprechung sollte nicht versuchen, die von der Kritik genannten Gründe zu erschüttern. Denn sie treffen in der Tat zu. Das Gericht ist hier als Ersatzgesetzgeber in die Bresche gesprungen.[15] Das ist im Bereich der Politikfinanzierung auch gar kein Einzelfall. Nicht von ungefähr hat man in dem als „Parteienfinanzierungsgesetz" bezeichneten Parteiengesetz primär eine Ratifikation verfassungsgerichtlicher Entscheidungen gesehen, so daß man fast meinen könnte, die materielle Gesetzgebungskompetenz sei in dieser Sache auf das Gericht übergegangen.[16] Doch geht

[9] Sechstes Gesetz zur Änderung Parteiengesetzes und anderer Gesetze vom 28. 1. 1994, BGBl. 1 S. 142.

[10] Zur Verfassungswidrigkeit dieser Regelung *von Arnim*, Die Partei, der Abgeordnete und das Geld. Parteienfinanzierung in Deutschland, 2. Aufl., 1996, 72 ff.

[11] Die Bedeutung dieser „goldenen Regel der Parteienfinanzierung" wurde dagegen hervorgehoben von *von Arnim*, Parteienfinanzierung. Eine verfassungsrechtliche Untersuchung, 1982 (Schriften des Karl-Bräuer-Instituts des Bundes der Steuerzahler Nr. 52), 131.

[12] BVerfGE 20, 56 (102) und öfter, z.B. E 52, 63 (85).

[13] Das Gericht war 1992 im Ergebnis jedenfalls sehr viel strenger als noch in einer Entscheidung von 1987. Damals hatte das Gericht es noch als zulässig angesehen, wenn Spenden bis zu 200.000 DM im Jahr (für ein zusammenveranlagtes Ehepaar) steuerlich begünstigt werden (BVerfGE 73, 40).

[14] *Rolf Schwartmann*, Verfassungsfragen der Allgemeinfinanzierung politischer Parteien, 1995; *Morlock*, Vortrag auf dem Symposion „Politikfinanzierung" des Instituts für Parteienrecht, Hagen.

[15] Der Begriff „richterliche Ersatzgesetzgebung" geht zurück auf *Otto Bachof*, Der Richter als Gesetzgeber?, in: Tradition und Fortschritte, Festschrift zum 500jährigen Bestehen der Tübinger Juristenfakultät, 1977, 177 (190).

[16] Vgl. auch *Dieter Grimm*, Politische Parteien, in: *Benda/Maihofer/Vogel* (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 2. Aufl., 1994, 599 ff.

die Kritik an der eigentlichen Problematik vorbei. Die Problematik von Fällen dieser Art liegt darin, daß hier einerseits ein ausgesprochenes Kontrolldefizit besteht, andererseits die auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter von besonders großem Gewicht sind.

2. Kontrolldefizit

Dieses Kontrolldefizit ergibt sich sowohl aus den empirischen Befunden als auch aus der theoretischen Analyse.

a) Befunde

Nachdem das Bundesverfassungsgericht im Jahre 1958 die Staatsfinanzierung der politischen Parteien in einer Nebenbemerkung zugelassen hatte,[17] entwickelte sich diese ausgesprochen dynamisch. 1959 wurden zunächst 5 Mio. DM in den Bundeshaushaltsplan eingestellt, die 1964 schon auf 38 Mio. DM angewachsen waren und nach einem Gesetzentwurf der Regierungsparteien von 1964 sogar auf über 90 Mio. DM jährlich steigen sollten.[18] Das veranlaßte das Gericht 1966, die Notbremse zu ziehen und nur noch die Erstattung von Wahlkampfkosten aus der Staatskasse zu erlauben,[19] und 1968 machte das Gericht sogar Äußerungen, die sich als Vorläufer der absoluten Obergrenze verstehen lassen: Die staatliche Kostenerstattung dürfe grundsätzlich nicht schneller wachsen als die allgemeine Kostenentwicklung.[20] Ausgangs- und Orientierungsgröße sollten die (von den Schatzmeistern der Parteien gegenüber dem Gericht angegebenen) Ausgaben für den Bundeswahlkampf 1965 sein.[21] Doch betraf die Entscheidung nur die Finanzierung der Parteien, nicht auch die ihrer Hilfsorganisationen und Mitarbeiter. Diese Einseitigkeit der Rechtsprechung trug dazu bei, daß die in eigener Sache entscheidende Politik die Zahlungen an die Parlamentsfraktionen katapultartig ebenso nach oben schießen ließ, wie die Zahlungen an Parteistiftungen, und daß ein staatlicher Fonds für die Finanzierung von Abgeordnetenmitarbeitern eingeführt wurde, der sich ebenfalls außerordentlich rasch vermehrte.[22] Das rasche Ansteigen der Staatsfinanzierung der Parteien Anfang der 60er Jahre fand also in den folgenden Jahrzehnten eine gewisse Wiederholung im Hochschießen der Staatsfinanzierung der Fraktionen, Parteistiftungen und Abgeordnetenmitarbeiter.

[17] BVerfGE 8, 51, (63).

[18] *von Arnim*, Die Partei, der Abgeordnete und das Geld, Parteienfinanzierung in Deutschland, 2. Aufl., 1996, 76 ff.

[19] BVerfGE 20, 56, (114).

[20] BVerfGE 24, 300 (339). Dazu *Heino Kaack*, Anhörung des Innenausschusses des Deutschen Bundestags vom 21. 11. 1983, 117 f.; *von Arnim*, Die neue Parteienfinanzierung, 1989, 65 ff.

[21] BVerfGE 24, 300 (339).

Gewiß lassen sich immer sachliche Gründe für die Ausweitung von Staatsmitteln anführen. So machen z.B. die Parteistiftungen viel Nützliches. Doch das trifft auch auf zahlreiche andere Bereiche zu, ohne daß die staatlichen Subventionen (wenn sie überhaupt gewährt werden) dort ähnlich stark zugenommen hätten. So liegt es nahe anzunehmen, daß das überstarke Wachstum der Staatsmittel zunächst für Parteien und dann für Fraktionen, Parteistiftungen und Abgeordnetenmitarbeiter mit Eigenarten der politischen Willensbildung zu tun hat, die hier wirksam werden.

b) Theorieansatz

Diese Annahme wird durch die theoretische Analyse bestätigt: Über staatliche Parteienfinanzierung entscheiden die Parlamente „in eigener Sache". Diesen Begriff hat das Bundesverfassungsgericht zuerst im Diätenurteil vom 5. 11. 1975 formuliert[23] und ihn dann sinngemäß auch auf die Parteienfinanzierung erstreckt.[24] Entscheidungen in eigener Sache liegen aber z. B. auch

[22] Die Zahlungen an die Fraktionen des Bundestages haben sich von 1966 (3,4 Mio. DM) bis 1995 (107 Mio. DM) mehr als verdreißigfacht, die Zahlungen an die Landtagsfraktionen haben sich im gleichen Zeitraum von 7 auf 131 Mio. DM erhöht. Die Leistungen an die Parteistiftungen sind von 14 (1966) auf 620 Mio DM (1994) explodiert, haben sich also vervierundvierzigfacht. Die Zahlungen für Mitarbeiter von Bundestagsabgeordneten wurden 1960 eingeführt. Heute stehen jedem Abgeordneten Mittel von weit über 200.000 DM jährlich für die Finanzierung von Mitarbeitern zur Verfügung. Näheres bei *von Arnim* (oben Fn. 18), 137 ff. m.w.N.

[23] BVerfGE 40, 296 (327). Vergleiche auch schon *von Arnim*, Abgeordnetenentschädigung und Grundgesetz. Ein verfassungsrechtliches Gutachten über die finanziellen Privilegien der Parlamentsabgeordneten in Bund und Ländern (Heft 32 der Schriftenreihe des Karl-Bräuer-Instituts des Bundes der Steuerzahler), 1975, 70 ff. Dazu auch *Hans Heinrich Rupp*, Legitimation der Parlamente zur Entscheidung in eigener Sache, Zeitschrift für Gesetzgebung 1992, 285; *Hans Jochen Vogel*, Entscheidungen des Parlaments in eigener Sache, Zeitschrift für Gesetzgebung 1992, 293; Empfehlungen der Kommission unabhängiger Sachverständiger zur Parteienfinanzierung, 1993, Bundestagsdrucksache 12/4425, durchgehend.

[24] BVerfGE 85, 264 (292). Dagegen macht *Hans Meyer* die Schlüsselfunktion des Begriffs des „Entscheidens in eigener Sache" dogmatisch nicht nutzbar, ja, er läßt diesen Begriff selbst dort unerwähnt, wo man ihn eigentlich gerade erwarten würde, z.B. in seinen Beiträgen zur Fraktionsfinanzierung, zur Bezahlung von Abgeordnetenmitarbeitern und zur Politikfinanzierung insgesamt: *Hans Meyer*, Die Fraktionen auf dem Weg zur Emanzipation von der Verfassung, in: *Däubler-Gmelin* u.a. (Hrsg.), Gegenrede, Aufklärung, Kritik, Öffentlichkeit, Festschrift für Mahrenholz, 1994, 319 ff.; *ders.*, Das fehlfinanzierte Parlament, in: *Huber/Mößle/Stock* (Hrsg.), Zur Lage der parlamentarischen Demokratie, Sym-

bei Beschlüssen des Parlaments über Fraktionszuschüsse und Zahlungen an Parteistiftungen vor. Beschließende und Begünstigte sind entweder dieselben oder stehen sich sehr nahe. Dies aber ist problematisch. Es entspricht uralter Erfahrung entwickelter Rechtsordnungen, daß in eigener Sache Beschließende versucht sind, sich „selbst zu bedienen". Zumindest besteht ein dahingehender böser Schein. Deshalb sucht unser Recht ansonsten Entscheidungen von Amtsträgern in eigener Sache möglichst zu unterbinden. Bei Regelung der Politikfinanzierung ist dies allerdings nicht möglich, schon deshalb, weil das Grundgesetz ausdrücklich eine Regelung etwa des Parteien- und des Abgeordnetenrechts durch Bundesgesetz vorsieht (Art. 21 I, 48 III 3 GG), Gesetz aber – mangels Zulässigkeit von Volksbegehren und Volksentscheid im Bund – nur das Parlamentsgesetz sein kann.

Die dem Gesetz in der Demokratie gemeinhin beigemessene besondere Richtigkeitschance ist bei Entscheidungen des Parlaments in eigener Sache in hohem Maße gefährdet: Das offenbare Eigeninteresse der Beschließenden kann die Einbeziehung und die Durchsetzung sachlich zutreffender Gesichtspunkte vereiteln. In einer parlamentarischen Demokratie ist es normalerweise die parlamentarische Opposition, die im Verein mit der Öffentlichkeit politische Mängel und die dafür verantwortliche Regierungsmehrheit anprangert. Insofern erhält die Gewaltenteilung einen gewandelten Charakter. Anstelle der klassischen Vorstellung von der Kontrolle der Regierung durch das Parlament als Ganzes kontrolliert nun die parlamentarische Opposition die Regierungsmehrheit.[25] Doch stimmt gerade dieses Bild bei Entscheidungen über Politikfinanzierung nicht mehr, weil die Akteure sich aus naheliegenden Gründen nicht an die „Spielregeln" halten. Hier ist die Opposition nämlich regelmäßig mit im Boot und verliert insoweit ihren Oppositionscharakter. Das war vor dreieinhalb Jahrzehnten noch anders, als *Herbert Wehner* und andere Oppositionspolitiker im Bundestag gegen die Einführung und Ausweitung der staatlichen Parteienfinanzierung wetterten und die SPD-geführte hessische Landesregierung Normenkontrollanträge in Karlsruhe stellte. Heute bilden die großen Parteien dagegen regelmäßig ein „politisches Kartell" – ein Ausdruck, den bereits *Otto Kirchheimer* gebraucht

Fortsetzung Fußnote 24

posium zum 65. Geburtstag von Peter Badura, 1995, 17 ff. Dies liegt vermutlich daran, daß die Anerkennung der Bestimmung der Fraktionsfinanzierung als Entscheidung des Parlaments in eigener Sache eine gesetzliche Regelung der Fraktionsfinanzierung verlangt, *Meyer* aber statt dessen eine Regelung im Wege der Geschäftsordnung des Bundestags befürwortet.

[25] Dazu *Klaus Stern,* Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 1, 2. Aufl., 1984, § 23 (S. 1023 – 1044) m.w.N.

hatte[26] –, so daß, mit den Worten des Verfassungsgerichts, das Gesetzgebungsverfahren „des korrigierenden Elements gegenläufiger politischer Interessen" ermangelt.[27] Dadurch wird auch die Kontrolle durch die Wähler erschwert, ja, praktisch unmöglich gemacht, weil die Bürger mit dem Stimmzettel nichts mehr gegen Mißbräuche bei der Politikfinanzierung ausrichten können: Welche Partei auch immer sie wählen, (fast) alle sind in das Kartell eingebunden.[28]

Wegen des geschilderten Kontrolldefizits hat das Bundesverfassungsgericht im Diätenurteil von 1975 die Bedeutung einer Kontrolle durch die Öffentlichkeit betont und Nachdruck darauf gelegt, daß die Entscheidungen im Wege des öffentlichkeitswirksamen Gesetzes und Gesetzgebungsprozesses erfolgen.[29] Bei Entscheidungen des Parlaments in eigener Sache sei Öffentlichkeit „die einzige wirksame Kontrolle."[30] Andererseits wäre es nach aller Erfahrung eine Übertreibung, in der Öffentlichkeit eine ausreichende Kontrolle zu sehen. Die öffentliche Kontrolle hat zwar eine Reihe spektakulärer Erfolge bei der Aufdeckung und Verhinderung von einzelnen Mißgriffen bei der Politikfinanzierung zu verzeichnen.[31] Dadurch hat sie auch generalpräventiv im Sinne einer „fleet in being" gewirkt. Doch ob die schwerpunktmäßige Richtung und Entwicklung dadurch entscheidend geändert worden ist, erscheint fraglich. Die Wirksamkeit der Öffentlichkeitskontrolle hängt wesentlich von einer funktionierenden Opposition ab. Sie ist in der parlamentarischen Demokratie normalerweise das eigentlich treibende Moment der öffentlichen Kontrolle, fällt bei Entscheidungen des Parlaments in eigener Sache aber eben regelmäßig aus. Damit sieht sich öffentliche Kritik der Übermacht von Regierungs- *und* Oppositionsparteien gegenüber mit ihrem großen und zunehmenden Einfluß auch auf den vorparlamentarischen Raum, insbesondere die öffentlich-rechtlichen Medien, und kann deshalb oft nicht viel ausrichten.

3. Gewichtigkeit der Rechtsgüter

Das spezifische Kontrolldefizit wirkt sich dadurch besonders gravierend aus, daß die auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter von hohem Wert sind. Es geht,

[26] *Otto Kirchheimer,* Vom Wandel der politischen Opposition (1957), in: *Schumann* (Hrsg.), Die Rolle der Opposition in der Bundesrepublik Deutschland, 1976, 114 ff.

[27] BVerfGE 85, 264 (292).

[28] Daß einzelne kleinere Parteien gelegentlich ihre Mitwirkung versagen, hebt den Begriff des Kartells nicht auf. Der Kartelltheorie ist der Begriff des „Außenseiters" seit jeher vertraut.

[29] BVerfGE 40, 296 (317, 327).

[30] BVerfGE 40, 296 (327).

anders als naive Stellungnahmen gelegentlich suggerieren, nicht in erster Linie um fiskalische Belastungen. Auf dem Spiel stehen vielmehr zwei besonders wichtige Güter der Demokratie, das Vertrauen des Volkes in die Gewählten und deren Regierungsfähigkeit, kurz die Legitimation der repräsentativen Demokratie insgesamt, basiert das Prinzip der Repräsentation doch auf beiden Gütern.

Untersucht man die Gefahren der Politikfinanzierung ganz konkret, muß man allerdings unterscheiden, ob es um das Niveau der Politikfinanzierung geht oder um ihre ungleiche Verteilung. Bei Entscheidungen des Parlaments in eigener Sache bestand ursprünglich die dreifache Gefahr, (1) daß die Parlamentsmehrheit sich auf Kosten der parlamentarischen Opposition Vorteile verschafft, (2) daß Parlamentsmehrheit und parlamentarische Opposition sich zusammentun und sich auf Kosten außerparlamentarischer Kräfte begünstigen oder, (3) daß die Politik sich in eigener Sache insgesamt zuviel bewilligt. Fälle der Gruppe 1 werden allerdings in dem Maße seltener, als Regierungs- und Oppositionsparteien in Sachen Politikfinanzierung in jüngerer Zeit immer mehr dazu neigen, politische Kartelle zu bilden.

Die Gefahr zu üppiger Selbstbewilligung, also Fälle der Gruppe 3,[32] werden in jüngerer Zeit auch international als Problem erkannt.[33] Das Bundesverfassungsgericht hat die delegitimierenden Wirkungen, die aus einem Zuviel an Staatsleistungen erwachsen können, wie folgt beschrieben: „Gewönne der Bürger den Eindruck, die Parteien 'bedienten' sich aus der Staatskasse, so führte dies notwendig zu einer Verminderung ihres Ansehens und würde letztlich ihre Fähigkeit beeinträchtigen, die ihnen von der Verfassung zugewiesenen Aufgaben zu erfüllen."[34]

Nichts würde deshalb der Problematik weniger gerecht, als wenn die Staatsrechtslehre und die Staatslehre das Thema als Ausfluß bloßer Neiddiskussionen abtäte oder es nach der Devise „Über Geld spricht man nicht – und schon gar nicht über das der Mächtigen im Staat" als „unfein" (und den eigenen Beziehungen zu diesen abträglich) unter den Teppich kehrte oder auch nur als gering achtete.

[31] Vergleiche z.B. *von Arnim,* Der Staat als Beute, 1993.
[32] Zu Fällen der Gruppe 2 siehe unten unter VII.
[33] *Herbert A. Alexander,* Money and Politics: Rethinking a Conceptual Framework, in: *ders.,* Comparative Political Finance in the 1980s, 1989, 9 ff.
[34] BVerfGE 85, 264 (290).

II. Wahlrecht

Eine strukturell ähnliche Situation besteht bei der Gestaltung des Wahlrechts. Zwar geht es hier nicht unmittelbar um Geld wie bei der Parteienfinanzierung; aber auch hier haben die Mehrheitsparteien die Möglichkeit, durch Wahlrechtsänderungen ihre Chancen zu verbessern, bei den nächsten Wahlen von Wählern bestätigt statt abgewählt zu werden. Hier haben die Parteien sogar einen noch direkteren Einfluß als mittels Drehens am Geldhahn. Beim Wahlrecht geht es unmittelbar um den Behalt oder Verlust der Macht im Staat oder gar um die Existenz von Parteien. Das Wahlrecht gehört damit zu den hochpolitischen Regeln des Machterwerbs und Machterhalts.[35] Die Einführung des Mehrheitswahlrechts oder des Verhältniswahlrechts mit Sperrklausel kann kleinen Parteien den Einzug ins Parlament verlegen und sie in die politische Bedeutungslosigkeit dahinschwinden lassen. Für große Parteien kann von der Ausgestaltung des Wahlrechts mit abhängen, ob sie die wenigen Stimmenprozente gewinnen oder behalten, die in der Bundesrepublik Deutschland oft über Regierungsmehrheit oder Opposition entscheiden.

Andererseits hat das Wahlrecht eine Schlüsselfunktion. Von den Parlamentswahlen hängt in der parlamentarischen Demokratie alles andere ab: die Wahl der Regierung bzw. des Regierungschefs und anderer Amtsträger, der Erlaß der Gesetze und Haushaltspläne.

Das Wahlrecht stellt den Kern der repräsentativen Demokratie dar, und seine angemessene Gestaltung ist zentral für die Legitimation des ganzen demokratischen Systems. Mehrheitsentscheidungen bringen es mit sich, daß nicht nur die Mehrheit des Volkes, die die Regierenden gewählt hat, der Regierungs- und Gesetzgebungsmacht unterworfen ist; der Regierungsmacht unterworfen sind vielmehr auch alle Minderheiten. Dies ist aber nur zu ertragen, wenn das Wahlrecht angemessen gestaltet ist, insbesondere die Minderheit und die von ihr unterstützten Parteien eine faire Chance besitzen, Mehrheit zu werden, was Chancengleichheit der Parteien (und der hinter den Parteien stehenden Kräfte der Bevölkerung) notwendig voraussetzt.[36]

[35] *Rudolf Wildenmann,* Regeln der Machtbewerbung (1963), in: *ders.,* Gutachten zur Frage der Subventionierung politischer Parteien aus öffentlichen Mitteln, 1968, 70 ff.
[36] Daß es hier um Rechtsgüter von besonderem Gewicht geht, hat das Bundesverfassungsgericht auch dadurch zum Ausdruck gebracht, daß es die steuerliche Begünstigung von Zuwendungen an Parteien, die große Einkommensbezieher und diejenigen Parteien, die dies vornehmlich ansprechen, begünstigen, im Interesse der Chancengleichheit beim Kampf um die Staatsmacht sehr viel enger begrenzt als Steuervergünstigungen für andere gemeinnützige Einrichtungen, z.B. die Wissenschaft. Dies hatte *Hans Hugo Klein,* Parteien sind gemeinnützig. Das Problem der Parteienfinanzierung, NJW 1982, 735, verkannt. Dazu *von Arnim,* Parteienfinanzierung, 1982, 76 ff.

Deshalb zählt das Bundesverfassungsgericht das Prinzip der politischen Chancengleichheit beim Wettbewerb um die Macht mit Recht zu den Elementen der freiheitlich-demokratischen Grundordnung.[37]

Aus der Schlüsselfunktion des Wahlrechts und seinem unmittelbaren Bezug zur demokratisch-repräsentativen Legitimation des Staates erhellt, daß das Wahlrecht eine andere, höhere Kategorie darstellt als die normale einfache Gesetzgebung. Wenn es irgendwo Sinn macht, von materiellem Verfassungsrecht, d.h. von besonders bedeutsamem Recht, zu sprechen,[38] dann beim Recht der Wahlen und Wahlvorbereitung. Das Grundgesetz und die meisten Landesverfassungen enthalten nur teilweise Festlegungen[39] und lassen insbesondere das Wahlsystem und eventuelle Sperrklauseln offen. Diesbezügliche Änderungen sind deshalb keine Änderungen der formalen Verfassung und bedürfen deshalb keiner qualifizierten Mehrheiten, sondern erfolgen durch einfaches Gesetz. Änderungen des Wahlsystems oder der Fünfprozent-Klausel könnten auf das Regierungssystem der Bundesrepublik jedoch sehr viel weitergehende Auswirkungen haben als die meisten der über 40 bisher stattgefundenen Änderungen des Grundgesetzes.

Die Machtaffinität des Wahlrechts macht es in besonderer Weise zum Ziel machtpolitischer Ambitionen. Kaum irgendwo sonst wird die Spannung von verfassungsrechtlicher Norm und tatsächlicher Machtorientierung der Politik so deutlich wie in der Geschichte des Wahlrechts.[40] Der Satz „Zwei Seelen wohnen, ach, in meiner Brust" gilt hier für Regierungsmitglieder, Abgeordnete und andere Amtsträger in zugespitzter Weise: Einerseits das verfassungsrechtliche Gebot, dem Besten für die Allgemeinheit nachzustreben, andererseits das Interesse an der (Wieder-)Wahl der eigenen Person und Partei.[41] Und soweit sich beide Anforderungen widersprechen, wird bei Änderungen des Wahlrechts besonders deutlich, in welchem Ausmaß die Spannung zugunsten der machtpolitischen Interessen aufgelöst zu werden pflegt.

[37] BVerfGE 2, 1 (Leitsatz 2 und S. 13).

[38] *Werner Kägi*, Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates, 1945; *Brun-Otto Bryde*, Verfassungsentwicklung, 1982, 75 ff.; *Klaus Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band I, 2. Aufl., 1984, 107 f.

[39] Vor allem die fünf Wahlgrundsätze werden zumeist verfassungsgesetzlich festgelegt: Allgemeinheit, Gleichheit, Freiheit, Unmittelbarkeit und Geheimheit der Wahl.

[40] *Eckhard Jesse*, Wahlrecht zwischen Kontinuität und Reform. Eine Analyse der Wahlsystemdiskussion und der Wahlrechtsänderungen in der Bundesrepublik Deutschland 1949 – 1983, 1985.

[41] Siehe auch den Hinweis bei *Rudolf Katz*, Zur Änderung des Wahlgesetzes. Anregungen zu einer verfassungsrechtlichen Erschwerung, Festgabe für Carlo Schmid zum 65. Geburtstag, 1962, 119 (122 f.).

Das Auseinanderfallen der machtpolitischen Motivation der Akteure und der verfassungsrechtlichen Anforderungen der Demokratie schlägt sich auch in einer gespaltenen Diskussion wahlrechtlicher Fragen in Öffentlichkeit und Parteigremien nieder: In nicht-öffentlichen Parteigremien pflegen die Gesichtspunkte des Machtgewinns und Machterhalts zu dominieren, was in der öffentlichen Diskussion aber nach Möglichkeit verschleiert wird, indem statt der machtorientierten Motive wertorientierte weltanschauliche Argumente vorgeschoben werden.[42]

III. Strukturmangel der politischen Willensbildung

Das Kontrolldefizit trotz ausgeprägtem Kontrollbedürfnis legt einen Strukturmangel der Willensbildung in der repräsentativen Demokratie offen, der hinsichtlich des Wahlrechts schon lange bekannt ist,[43] hinsichtlich der staatlichen Politikfinanzierung allerdings erst mit der unerhörten Zunahme dieser Finanzierungsform in den vergangenen gut drei Jahrzehnten in den Blick getreten ist. Die Väter des Grundgesetzes waren noch davon ausgegangen, die Parteien finanzierten sich ausschließlich aus privaten Quellen und hatten die erst später entstehende Problematik nicht voraussehen können.[44] An die Stelle von inhaltlicher Ausgewogenheit der Willensbildung drohen bei Entscheidungen der Politik in eigener Sache Einseitigkeit und tendenzielle Unrichtigkeit zu treten. Die rechtsstaatliche demokratische Verfassung lebt aber von der Erwartung, sie werde in der Tendenz zu ausgewogenen und richtigen Entscheidungen führen.[45] Das hat *Martin Kriele* immer wieder betont und dafür schon in seiner Dissertation die Formel entwickelt, bei Interes-

[42] *Erhard H.M. Lange*, Wahlrecht und Innenpolitik, 1975, 771 und durchgehend. Siehe auch schon *Ernst Forsthoff*, Zur verfassungsrechtlichen Stellung und inneren Ordnung der Parteien, Deutsche Rechts-Zeitschrift 1950, 313 (315): Die Erfahrung zeige, „in wie hohem Maße das Wahlrecht der Gefahr ausgesetzt ist, als Instrument augenblicklicher taktischer Absichten mißbraucht zu werden. Kommt es dazu, daß jede Koalition oder Regierungspartei das Wahlrecht vor den Wahlen nach ihren Bedürfnissen regelt, dann ist die Gleichheit der Wettbewerbschancen nur noch eine Farce".

[43] Zusammenfassend z.B. *Hans Meyer*, Demokratische Wahl und Wahlsystem in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. II, 1987, 249 (265 f.): „Wohl bei keiner Gesetzgebung ist die jeweilige Parlamentsmehrheit notwendig so in Eigeninteressen befangen wie bei der Wahlgesetzgebung, da es um die Basis ihrer eigenen Existenz als Mehrheit geht."

[44] Dies betont *Hans Heinrich Rupp* in Bezug auf Abgeordnetendiäten (oben Fn. 23).

[45] BVerfGE 5, 85 (196 ff.).

senkollisionen müßten die allgemeineren bzw. die fundamentaleren Interessen vorgehen.[46] Diese Kriterien scheinen wie geschaffen für die Bewertung der hier behandelten Konstellationen: Änderungen des Wahlrechts oder des Wahlvorbereitungsrechts, die die Chancen der politischen Konkurrenten verfälschen, sind deshalb so besonders gravierend, weil sie gegen beide Kriterien zugleich verstoßen.

Aber auch die praktische Gefährdung des normativ postulierten Vorrangs der allgemeineren und fundamentaleren Interessen in der politischen Praxis hat *Kriele* hervorgehoben: „Ein Grundproblem, das es gegenwärtig zu lösen" gelte, bestehe darin, „Institutionen zu schaffen", die in der Lage seien, die Gemeinschaftsinteressen gegen Verzerrungen durch „Eigen- und Gruppeninteressen" zu verteidigen und durchzusetzen.[47] Dies gilt in gesteigertem Maße, wenn es um Eigeninteressen der Politiker an Macht, Geld und Status geht und diese sich insoweit – auch über die Parteigrenzen hinweg – als „politische Klasse", d.h. als „Akteure in eigener Sache", verhalten, wie die Politikwissenschaft in jüngster Zeit unmißverständlich diagnostiziert.[48] Die Gefahr von Fehlentwicklungen ist hier besonders groß, weil die „politische Klasse " nicht wie andere Gruppen versuchen muß, durch Beeinflussung der Politik ihre Interessen durchzusetzen, sondern weil sie geradezu dadurch definiert ist, daß sie selbst unmittelbar an den Hebeln der Macht sitzt. Was das bedeutet, läßt sich mit Hilfe eines Vergleichs verdeutlichen. *Kriele* hat dargelegt, daß der Prozeß der politischen Willensbildung in der parlamentarischen Demokratie historisch und analytisch aus dem gerichtlichen Prozeß hervorgegangen ist. Voraussetzung des befriedigenden Funktionierens des gerichtlichen wie des politischen Prozesses aber sei, daß alle relevanten Belange vertreten seien und zur Sprache kämen.[49] Doch gerade daran fehlt es häufig, besonders dann, wenn Regierungs- und Oppositionsfraktionen sich in Sachen Politikfinanzierung oder Wahlrecht einig sind. Um den Vergleich

[46] *Martin Kriele*, Kriterien der Gerechtigkeit, 1963.

[47] *Kriele*, Staatslehre (Fn. 1), 14, 44.

[48] Der schon von *Gaetano Mosca*, Die herrschende Klasse, 1. Aufl. 1895, hier herangezogen die deutsche Übersetzung der 4. Aufl. (1947) durch *Borkenau*, 1950, 53 ff., 271 ff., 321 ff., verwendete Begriff der „politischen Klasse" erlebt jüngst auch im deutschen Schrifttum eine Renaissance. Vgl. z.B. *Leif/Legrand/Klein*, Die politische Klasse in Deutschland, 1992; *Klaus von Beyme*, Die politische Klasse im Parteistaat, 1993; *Jens Borchert/Lutz Golsch*, Die politische Klasse im westlichen Demokratien: Rekrutierung, Karriereinteressen und institutioneller Wandel, Politische Vierteljahresschrift 1995, 609 ff. Das Zitat im Text ist entnommen aus *Borchert/Golsch*, 614.

[49] *Martin Kriele*, Einführung in die Staatslehre, Die geschichtlichen Legitimitätsgrundlagen des demokratischen Staates, 5. Aufl., 1994, 235 ff.

mit dem gerichtlichen Prozeß aufzunehmen: Die Lage würde einem Gerichtsprozeß ähneln, in dem nur eine Seite auftreten, Anträge stellen, Beweise beibringen, plädieren und schließlich auch noch entscheiden könnte. Ein solches Verfahren würde den Makel der Illegitimität auf der Stirn tragen und das Gericht natürlich völlig diskreditieren. Daraus wird deutlich, in welchem Ausmaß auch die parlamentarische Demokratie riskiert, durch unkontrollierte Entscheidungen der Politik in eigener Sache ihre Legitimation zu gefährden.

IV. Verfassungsgericht als Gegengewicht

Was also tun, wenn die Institutionen in einem wichtigen Bereich der Demokratie den Herausforderungen nicht mehr entsprechen und die an die Verfassung gestellten Erwartungen und die tatsächliche Entwicklung kraß auseinanderlaufen? Mangels anderer möglicher Kontrollen ist das Bundesverfassungsgericht selbst in die Bresche gesprungen und hat versucht, als Gegengewicht zu fungieren und Kontrolle auszuüben. Man mag die Rechtsprechung kritisieren und ihr eine Überdehnung ihrer herkömmlichen Funktionen oder gar die Usurpation ihr ursprünglich nicht zustehender Befugnisse (Stichwort: „Ersatzgesetzgeber") vorhalten. Doch man wird ihr nur gerecht, wenn man sie vor dem Hintergrund der konkreten Entscheidungssituation, insbesondere des spezifischen politischen Kontrolldefizits und der hohen auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter versteht. Natürlich wäre es vorzuziehen, wenn der für Verfassungspolitik primär zuständige verfassungsändernde Gesetzgeber die nötigen Vorkehrungen selbst träfe. Doch ist das bisher daran gescheitert, daß solche Vorhaben auch für den verfassungsändernden Gesetzgeber Entscheidungen in eigener Sache sind. Und falls es doch zu Verfassungsänderungen käme, drohten diese wiederum zugunsten der Entscheidenden verfälscht zu werden.

Die strikte Rechtsprechungskontrolle durch das Bundesverfassungsgericht stellt also einen Versuch dar, mangels anderer Kontrolleinrichtungen das eigene Potential – weit über die herkömmlichen Funktionen der Rechtsprechung hinaus – zu aktivieren, um Mißbräuche des in eigener Sache entscheidenden Parlaments möglichst zu unterbinden.[50]

Bedenkt man, daß vom Verfahren auch die Ergebnisse mit abhängen, so ist es – angesichts nur beschränkt möglicher Ergebniskontrollen – um so

[50] *von Arnim*, Staatslehre der Bundesrepublik Deutschland, 1984, 381 ff. m.w.N.

wichtiger, die Fairneß der Regelungen zu sichern, die den politischen Prozeß betreffen, und zu verhindern, daß die Mehrheit das Wahlrecht und das Recht der Wahlvorbereitung auf Kosten der Chancen der Opposition manipuliert. Das aber erlaubt keine richterliche Zurückhaltung, sondern verlangt strikte Kontrolle durch die Verfassungsgerichte. Insofern ist das Bundesverfassungsgericht mit Recht als „Garant des demokratischen Prozesses",[51] als „Hüter des fairen politischen Verfahrens von Machterwerb und Machterhalt"[52] bezeichnet worden, und ähnliches gilt auch für Verfassungsgerichte anderer westlicher Demokratien.[53]

Vor diesem Hintergrund wird auch die oben erwähnte Festlegung der Obergrenze für die staatliche Parteienfinanzierung nachvollziehbar. Daß es aus der spezifischen Kontrollsituation heraus nahelag, daß das Gericht selbst die genaue Obergrenze festlegte, wenn es wirksame Kontrolle ausüben wollte, bestätigt im übrigen die Gegenprobe: Bei einer anderen Begrenzung, nämlich der von Steuervergünstigungen für Spenden hatte das Gericht sich in derselben Entscheidung darauf beschränkt, nur Grundsätze wiederzugeben und dem Gesetzgeber die Konkretisierung zu überlassen. Doch das ging schief.[54] Wer in eigener Sache beschließt, pflegt ihm überlassene Spielräume in seinem Sinne zu nutzen und an die äußersten Grenzen zu gehen oder auch darüber hinaus. Das bestätigte sich auch für die Parteien im Parlament bei Festlegung der Grenze für die Steuerbegünstigung. Ein Ehepaar mit durchschnittlichem Einkommen kann schwerlich den gesetzlichen Rahmen ausschöpfen und 12.000 DM im Jahr spenden.

Eine Parallele hatte sich übrigens schon früher bei Festlegung einer Untergrenze, ab der Parteien an der Staatsfinanzierung beteiligt werden müssen, gezeigt. Das Gericht versäumte zunächst eine präzise Markierung und verlangte vom Gesetzgeber lediglich vage, die Grenze „weit unter 5 Prozent" festzusetzen.[55] Doch als der Gesetzgeber nur auf 2,5 Prozent herabging, mußte das Gericht nachfassen und in einer zweiten Entscheidung den sehr viel niedrigeren Satz von 0,5 Prozent positiv nennen,[56] was übrigens seinerzeit auf ähnliche Einwände stieß, wie später die absolute Obergrenze. Eine präzise Benennung der Grenze und eine Einengung des Konkretisie-

[51] *Bryde* (oben Fn. 38), 326 ff.
[52] *Hans Meyer,* (oben Fn. 43), 265 f.
[53] *Alexander von Brünneck,* Verfassungsgerichtsbarkeit in den westlichen Demokratien, 1992, 81 ff., 166 ff.
[54] In der Übergangszeit hat der Gesetzgeber allerdings auch die absolute Obergrenze gedehnt. Siehe *von Arnim* (Fn. 18).
[55] BVerfGE 20, 56 (111 f.).
[56] BVerfGE 24, 300 (339 ff.).

rungsspielraums des Gesetzgebers durch das Gericht selbst läßt sich in Fällen dieser Art also nicht vermeiden.

Auch in Fragen des Wahlrechts geht das Bundesverfassungsgericht – wie in Sachen Politikfinanzierung – zumeist von der Notwendigkeit einer strengen Angemessenheitskontrolle aus. Hier liegen entstehungsgeschichtlich sogar die Wurzeln der Entwicklung des Bundesverfassungsgerichts zum Ersatzgesetzgeber. Die strenge Kontrolle der in eigener Sache entscheidenden Parteien wurde von Rechtsprechung und Lehre zuerst am Beispiel des Wahlrechts praktiziert und erst von dort auch auf Regelungen der „Wahlvorbereitung" erstreckt.[57] Doch sind Rechtsprechung und Staatslehre gerade in diesem Kernbereich des Staatsrechts teilweise noch überraschend unsicher. Das hängt vielleicht auch damit zusammen, daß ein Teil der Staatsrechtslehre immer noch dazu neigt, die verfassungsrechtliche Gemeinwohlverpflichtung der Amtsträger einseitig zu betonen und die machtorientierten tatsächlichen Verhältnisse beziehungslos danebenstehen zu lassen, obwohl sie die Erfüllung jener Pflichten häufig illusorisch machen.

V. Zu schmale Basis des Gleichheitssatzes

Ein Engpaß für die Dogmatik liegt darin, daß die Rechtsprechung dazu neigt, alles am formalen Gleichheitssatz aufzuhängen. Mit dem formalen Gleichheitssatz ist der Grundsatz gemeint, daß jede Stimme – unabhängig von irgendwelchen sozial-wirtschaftlichen Umständen – gleich viel gilt („one man, one vote"). Diese Begründungsbasis aber ist zu schmal. Sie erschwert den freien Blick auf die Problematik. Die Aufhängung am formalen Gleichheitssatz ist in zweifacher Weise zu eng: einmal bei Fällen, deren Problem nicht in der Ungleichheit liegt, zu deren befriedigender Behandlung deshalb der Gleichheitssatz nicht taugt. Zieht man ihn dennoch heran, um die strenge Kontrolle zu erreichen, ist man der Logik dieses Maßstabs ausgeliefert und landet leicht unversehens bei der Gleichmacherei. Dies soll im folgenden an einigen Beispielen belegt werden.

Daß der Gleichheitssatz bestimmte Problemlagen gar nicht erfassen kann, obwohl auch bei ihnen Bedarf für eine strenge Gerichtskontrolle besteht und das Gericht diesen Bedarf auch durchaus befriedigt, zeigt seine Recht-

[57] Siehe z.B. BVerfGE 20, 56 (116) m.w.N. Aus dieser Sicht gehören zur „Wahlvorbereitung" neben der Parteienfinanzierung und den sonstigen Staatsleistungen an Parteien (vgl. § 5 PartG), insbesondere der kostenlosen Wahlkampfpropaganda in öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, z.B. auch Anforderungen an Unterschriftenquoren.

sprechung zur absoluten Obergrenze. Hier geht es nicht darum, eine unfaire Verteilung der Staatsmittel, sondern ein Zuviel an Bewilligung für die Parteien insgesamt zu verhindern, zu dem die Parteien im Parlament ohne äußere Kontrolle auf Dauer leicht neigen. Die Obergrenze betrifft also eine Frage des Niveaus der Staatsleistungen.

Selbst wenn es um Verteilungsfragen geht, führt der Maßstab des formalen Gleichheitssatzes bisweilen in die Irre. Mittels des formalen Gleichheitssatzes erreicht man zwar eine strenge Bindung des Gesetzgebers, weil der Grundsatz keinerlei Differenzierungen zuläßt. Doch wird solche Starrheit der Problematik häufig nicht gerecht.

Zwar lag es für die Rechtsprechung, die die strenge Kontrolle am Wahlrecht und mit dem Maßstab des formalen Gleichheitssatzes entwickelt hatte, nahe, den Grundsatz auch auf Regelungen des Wettbewerbs zwischen den politischen Parteien zu erstrecken. Doch ist es nicht immer sinnvoll, die politischen Parteien absolut gleichzubehandeln und keinerlei Differenzierungen zuzulassen, schon deshalb, weil hinter den Parteien ganz unterschiedlich viele Menschen stehen, so daß sie in mancher Hinsicht gerade nicht formal gleichbehandelt werden können. Der Verfasser hat deshalb vorgeschlagen, den Begriff des formalen Gleichheitssatzes durch den des strengen Gleichheitssatzes zu ersetzen.[58] So wäre es, nachdem die staatliche Parteienfinanzierung eingeführt worden ist und sie das heutige Niveau erreicht hat, kaum angezeigt, allen Parteien unabhängig von der Zahl der erreichten Wählerstimmen staatliche Parteienfinanzierung in absolut gleichhohen Beträgen zu geben.[59] Dem muß natürlich auch das Bundesverfassungsgericht gerecht werden und Differenzierungen eben doch zulassen, was seinem eigenen Ausgangspunkt widerspricht. Das Gericht entwickelte deshalb die Formel, es dürfe zwar differenziert werden, aber nur aus zwingenden Gründen. Doch wurde auch diese Formel nicht durchgehalten, vielmehr läßt die Rechtsprechung bisweilen auch einfach-sachliche Gründe genügen, um eine Differenzierung zu rechtfertigen, ohne daß diese Unterschiede aber begründet würden.[60]

Ein Beispiel dafür, daß die Heranziehung des formalen Gleichheitssatzes zu zweifelhaften Ergebnissen führte, gibt das Diätenurteil. Darin hat das Bundesverfassungsgericht Abgeordneten von Verfassungs wegen gleichhohe Be-

[58] *von Arnim*, Der strenge und der formale Gleichheitssatz, DÖV 1984, 85 ff.
[59] *von Arnim* (Fn. 58).
[60] Übersichten z.B. bei *Thomas Schmidt*, Die Freiheit verfassungswidriger Parteien und Vereinigungen, 1983, 92 f.; *Ulrich Wenner*, Sperrklauseln im Wahlrecht der Bundesrepublik Deutschland, 1986, 162.

züge, eine einheitliche sogenannte Vollalimentation, zugesprochen, obwohl dies mit dem Wortlaut des Grundgesesetzes nur schwer in Einklang zu bringen ist. Art. 48 Abs. 3 Satz 1 GG gibt Bundestagsabgeordneten vielmehr Anspruch auf eine angemessene, ihre Unabhängigkeit sichernde „Entschädigung", ein Begriff, in dem der Bezug zu der Einbuße, die der Abgeordnete in Folge der Wahrnehmung des Mandats erleidet, bereits im Wortlaut angelegt ist (Entschädigung für entgangenes Einkommen). Der Begriff der Entschädigung legt nahe, daß diese sich, jedenfalls prinzipiell, an der Höhe des bisherigen Einkommens ausrichtet und je nach mandatsbedingtem Einkommensausfall unterschiedliche Höhen haben kann. Dadurch würde die Vergütung der Idee nach für alle Einkommensschichten finanziell gleich attraktiv, was auch dem Gedanken des gleichen passiven Wahlrechts besonders gut entspräche. Zudem würde die Mobilität erhöht, weil das Kleben am Mandat aus wirtschaftlichen Gründen entfiele, oder jedenfalls an Bedeutung verlieren würde.[61] Ein solches Verständnis war vor dem Diätenurteil von 1975 durchaus verbreitet und könnte durch ein Urteil von 1987 in Zukunft wieder Gewicht erhalten. In dieser Entscheidung hat das Gericht die Verpflichtung des Gesetzgebers auf eine für alle Abgeordneten gleiche Vollalimentation – in ausdrücklicher Abweichung vom Diätenurteil – wieder zurückgenommen.[62] Es hat dabei aber anscheinend gemeint, damit auch den strengen Gleichheitssatz und die strenge Gerichtskontrolle aufgeben zu müssen. Jedenfalls finden sich in der genannten Entscheidung, in der es unter anderem um die Frage der Verfassungsmäßigkeit der Nichtanrechnung von Renten aus der Sozialversicherung auf Versorgungen von Abgeordneten und Ministern ging, höchst zweifelhafte Formulierungen.[63] Die Anbindung der strengen Kontrolle an den Gleichheitssatz veranlaßte das Gericht also, als es das Diätenurteil korrigieren wollte, auch die strenge Kontrolle in Frage zu stellen. Sieht man die strenge Kontrolle dagegen richtigerweise außerhalb und unabhängig vom formalen Gleichheitssatz verankert, kann und muß man in Fällen dieser Art am Erfordernis einer strengen Gerichtskontrolle festhalten.

Gerade am Beispiel der Beurteilung der Abgeordnetenentschädigung läßt sich also demonstrieren, in welch' falsche Richtung es führen kann, wenn die einschlägigen Probleme zu eng am Gleichheitssatz geführt werden. Demgegenüber führt eine Ablösung vom Gleichheitssatz, die sich bewußtmacht,

[61] Näheres bei *von Arnim*, Die Partei, der Abgeordnete und das Geld (Fn. 18), 241 f. m.w.N.
[62] Urteil vom 30. 9. 1987, BVerfGE 76, 256 (339 ff.).
[63] BVerfGE 76, 256: „Willkürverbot" (S. 341); „Der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers (sei) weit bemessen" (S. 342).

daß, wenn das Parlament in eigener Sache entscheidet, eine strenge Gerichtskontrolle erfolgen muß, nicht zur Gleichmacherei (wie im Diätenurteil) und erlaubt dennoch eine strenge Kontrolle.

VI. Zur Kontrolldichte

Zur Begründung der strengen Gerichtskontrolle in Fällen der behandelten Art kann man auch darauf zurückgreifen, daß das Bundesverfassungsgericht an anderer Stelle durchaus auf Fragen der Kontrolldichte abgehoben und dabei drei Intensitätsstufen unterschieden hat: eine Evidenzkontrolle, eine Vertretbarkeitskontrolle und eine intensivierte inhaltliche Kontrolle. Welche dieser drei Stufen jeweils in Betracht komme, hänge „im besonderen von der Eigenart des in Rede stehenden Sachbereichs, den Möglichkeiten, sich ein hinreichend sicheres Urteil zu bilden, und der Bedeutung der auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter" ab.[64] Zwar hat das Gericht diese differenzierten Kontrollmaßstäbe bei der gerichtlichen Kontrolle gesetzgeberischer Prognosen entwickelt. Doch läßt sich der darin zum Ausdruck kommende Grundgedanke auch für die Dichte der gerichtlichen Kontrolle der in diesem Beitrag behandelten Fallgruppen nutzbar machen. Angesichts der oben näher dargestellten besonderen Wichtigkeit *und* besonderen Gefährdung der auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter, die sich aus der Eigenart des in Rede stehenden Sachbereichs ergeben, sollte klar sein, daß hier grundsätzlich nur eine ausgesprochen intensive gerichtliche Kontrolle in Betracht kommt. Das dritte Kriterium, die Möglichkeit, sich ein hinreichend sicheres Urteil zu bilden, ist zwar erkennbar auf Prognosefragen bezogen, könnte aber in etwas veränderter Form auch für die hier zu beurteilenden Fallgruppen dahin nutzbar gemacht werden, daß das Gericht versuchen muß, auf stringente Maßstäbe zu rekurrieren. Daß die Intensität der gerichtlichen Kontrolle auch von der Stringenz des jeweiligen Maßstabs abhängt und insoweit je nach Art der zu beurteilenden Frage erhebliche Unterschiede bestehen können, hat der Verfasser am Beispiel der Abgeordnetenentschädigung schon früher dargelegt.[65] So lassen sich für die strukturelle Ausgestaltung der Abgeordnetenentschädigung relativ präzise Maßstäbe entwickeln und überzeugend begründen, jedenfalls dann, wenn die Abgeordnetenbezahlung als für alle gleiche Alimentation ausgestaltet ist, weil andere legislatorisch durchgeformte Alimentationssysteme vorliegen, die konkrete Anhaltspunkte für die

[64] BVerfGE 50, 290 (332 f.).
[65] *von Arnim*, Zweitbearbeitung des Art. 48 GG im Bonner Kommentar (1980), Rn. 95.

Angemessenheitsprüfung geben. Ähnliches gilt für Regelungen des Verfahrens, in dem die materiellen Entscheidungen zustande kommen (z.B. Gesetzesvorbehalt und Koppelungsverbot). Dagegen ist es kaum möglich, von Gerichts wegen etwas Präzises über die angemessene Höhe der Bezahlung auszusagen. Deshalb hat das Gericht sich insoweit mit Recht zurückgehalten und sich darauf konzentriert, Öffentlichkeitsanforderungen möglichst zu sichern, weil die öffentliche Kontrolle gerade hinsichtlich der Höhe der Diäten ein relativ wirksames Gegengewicht darstellen kann. Auch hinsichtlich der Parteienfinanzierung kann das Gericht aus der Verfassung keine überzeugende, alleinrichtige Höhe entnehmen, es sei denn, daß es die Obergrenze aus dem Einfrieren der bisherigen Höhe gewinnt (mit der Möglichkeit der Anpassung an Geldentwertung oder außergewöhnliche Situationen). Und genau dies hat das Gericht getan.

Daß das Bundesverfassungsgericht seine Rechtsprechung nicht von Anfang an auf die dargestellten Grundlagen gestellt hat, hängt neben anderem wohl auch damit zusammen, daß es sich selbst nicht zu sehr binden und im Einzelfall Entscheidungsfreiheit vorbehalten wollte. Hier dürfte auch der anfangs sehr große Einfluß von *Gerhard Leibholz* mit seiner überzogenen Parteienlehre auf das Gericht eine Rolle gespielt haben. So ist verschiedentlich und mit guten Gründen dargelegt worden, daß die Fünfprozent-Sperrklausel des Bundeswahlrechts kaum den Anforderungen an eine wirklich strenge Gerichtskontrolle genügt[66] und schon gar nicht die Erstreckung dieser Rechtsprechung auf Kommunalwahlen[67] und Europawahlen.[68] Doch hat eine feststehende Praxis ihr eigenes Gewicht. Die Präsumtionswirkung von höchstrichterlichen Präjudizien hat *Martin Kriele* überzeugend dargelegt.[69] Eine Änderung ist wohl nur zu erwarten, wenn sich neue Argumente ergeben.

[66] Kritik z.B. bei *Edzard Schmidt-Jortzig*, Parteienrechtsordnung im Wandel, DVBl. 1983, 777 (778 ff.); *Dieter Grimm*, Politische Parteien, in: Benda/Maihofer/Vogel (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 2. Aufl., 1994, 599 (627 f.).
[67] So schon bisher insbesondere *Hans Meyer*, Kommunalwahlrecht, in: *Püttner* (Hrsg.), Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Band 2, 1992, 37 (56 f.); *Jochen A. Frowein*, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Wahlrecht, AöR 1974, 72 (78 f., 89); *Ulrich Wenner*, Sperrklauseln im Wahlrecht der Bundesrepublik Deutschland, 1986, 187 ff., 248 ff.; *Ernst Becht*, Die 5 %-Klausel im Wahlrecht, 1990, 58 ff., 119 ff.
[68] BVerfGE 51, 222. Dazu *Dietrich Murswieck*, Die Verfassungswidrigkeit der 5 %-Sperrklausel im Europawahlgesetz, JZ 1979, 48 ff.; *ders.*, Urteilsanmerkung, DVBl. 1980, 123 ff.
[69] *Martin Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung, 2. Aufl., 1976, 3. Teil.

VII. Benachteiligung kommunaler Wählergemeinschaften

Vor diesem Hintergrund sollen noch zwei aktuelle und praktisch relevante Fragen aufgegriffen werden. Beide betreffen kommunale Wählergemeinschaften. Da diese geradezu definitionsgemäß nicht in den Parlamenten der Bundesländer vertreten sind, aber auf kommunaler Ebene mit den Parteien in politischem Wettbewerb stehen, sind die Parteien stets versucht, die kommunalen Wählergemeinschaften bei Ausgestaltung des Wahlrechts und der Politikfinanzierung zu benachteiligen und sich selbst zu begünstigen.[70] Derartige Regelungen waren deshalb mehrfach Gegenstand gerichtlicher Entscheidungen. Unglücklicherweise hatte das Bundesverfassungsgericht in einer Entscheidung von 1957 selbst den Eindruck vermittelt, es würde ein gesetzliches Parteienmonopol, das kommunale Wählergemeinschaften von der Teilnahme an Kommunalwahlen ausschließt, akzeptieren.[71] Dadurch wurden die Landesgesetzgeber zu derartigen Vorschriften geradezu ermutigt. Jedenfalls wurde der Druck auf sie gelockert, solche und ähnliche Vorschriften von sich aus aufzuheben. So sah zum Beispiel das saarländische Kommunalwahlgesetz von 1960 vor, daß nur noch Parteien befugt sein sollten, Wahllisten aufzustellen, was den kommunalen Wählergemeinschaften praktisch den Garaus gemacht hätte, hätte das Bundesverfassungsgericht das Gesetz nicht als verfassungswidrig aufgehoben.[72]

1. Staatsfinanzierung

Heute besteht eine Benachteiligung der kommunalen Wählergemeinschaften bei der staatlichen Parteienfinanzierung fort. Seitdem diese nämlich von einer Erstattung der Wahlkampfkosten (in die die Kommunalwahlen nicht einbezogen waren) umgestellt wurde auf eine (teilweise) staatliche Finanzierung der gesamten Parteitätigkeit auf allen Ebenen, ist unübersehbar geworden, daß die Staatsfinanzierung von Rechts wegen auch auf den Kommunalwahlkampf durchschlägt und die kommunalen Wählergemeinschaften nunmehr durch Nichtbeteiligung an der Staatsfinanzierung eindeutig benachteiligt werden. Dies hatte das Bundesverfassungsgericht bereits in seinem Urteil von 1992 erkannt: Da nunmehr „eine staatliche (Teil-)Finanzierung der allgemeinen Tätigkeit der Parteien auch deren kommunalpolitischer Tätigkeit zugute" komme, müsse „der zuständige Gesetzgeber auch in der Übergangszeit die Lage der mit den Parteien auf der kommunalen Ebene konkurrierenden Wählergemeinschaften bedenken,"[73] das heißt aber, daß auch die kommunalen Wählergemeinschaften in geeigneter Form an der Staatsfinanzierung zu beteiligen sind, und zwar „auch in der Übergangszeit", d.h. zwischen dem Urteil von 1992 und dem Inkrafttreten des neuen Parteigesetzes von 1994, und erst recht danach. Erfolgt ist gleichwohl bisher nichts. Der Bundesgesetzgeber hat die Verantwortung vielmehr auf die Länder geschoben, und die Länder versuchen nun, ihre Gesetzgebungszuständigkeit zu bestreiten. So dient eine Art negativer Kompetenzkonflikt als Vorwand, die Benachteiligung der kommunalen Wählergemeinschaften zeitlich zu verlängern.[74]

[70] Hier handelt es sich um Erscheinungsformen der oben unter I 3 genannten Fallgruppe 3.
[71] BVerfGE 6, 104 (114).
[72] BVerfGE 11, 266.

2. Fünfprozentklausel auf Kommunalebene

Ein weiteres aktuelles Problem ist die Fünfprozentklausel auf Kommunalebene, die es nach wie vor in acht Bundesländern gibt und die wiederum die kommunalen Wählergemeinschaften in besonderer Weise trifft. Ihre Aufrechterhaltung ist zweifelhaft geworden, nachdem in allen Flächenländern nach dem Vorbild Baden-Württembergs und Bayerns die Bürgermeister und in den meisten Ländern auch die Landräte direkt gewählt werden.[75] Nicht umsonst kommen baden-württembergische Gemeinden seit jeher ohne Sperrklausel aus (und spielen dort die kommunalen Wählergemeinschaften eine besonders große Rolle). In Bayern bestand zwar früher eine Fünfprozentklausel. Sie wurde aber vom Bayerischen Verfassungsgerichtshof wegen Verstoßes gegen die Gleichheit des Wahlrechts und die Chancengleichheit der Parteien und politischen Gruppierungen aufgehoben unter anderem mit der Begründung, daß es insofern keiner Bekämpfung der Splitterparteien im Gemeinderat bedürfe, als der Bürgermeister nicht von diesem, sondern direkt vom Volk gewählt werde.[76] Vor diesem Hintergrund bedarf es der verfassungsrechtlichen Überprüfung, ob die Fünfprozent-Klausel auf kommunaler Ebene heute noch als verfassungsmäßig angesehen werden kann.

[73] BVerfGE 85, 264 (328).
[74] Ein von der kommunalen Wählergemeinschaft Weinheim beim Bundesverfassungsgericht angestrengtes Verfassungsbeschwerdeverfahren sollte zunächst im Sommer 1996 zur Entscheidung anstehen, die nunmehr auf 1997 verschoben ist.
[75] Vgl. auch ein Urteil des Verfassungsgerichtshofs Nordrhein-Westfalen vom 29. 9. 1994, DVBl. 1995, 153.
[76] Bayerischer Verfassungsgerichtshof, Urteil vom 18. 3. 1952, VerfGH 5, 66 (76).

VIII. Bleibendes Unbehagen

Trotz der Kontrolle des Gesetzgebers durch die Verfassungsrechtsprechung begegnet die formal-legale Befugnis der auf Zeit Gewählten, das Wahlrecht oder ihren sonstigen rechtlichen Status nach politischer Opportunität zu gestalten, erheblichem Unbehagen. Das Unbehagen schlägt sich in verschiedenen Überlegungen nieder, die dem einen Riegel vorschieben wollen, etwa der Forderung nach Volksabstimmungen über Wahlrechtsänderungen,[77] dem Vorschlag, Wahlrechtsänderungen immer erst mit Wirkung für die übernächste Wahl wirksam werden zu lassen,[78] und dem Vorschlag, Erhöhungen der Abgeordnetenbezahlung erst mit Wirkung ab der folgenden Periode in Kraft zu setzen.[79]

Diese und andere Vorschläge spiegeln die Auffassung wider, daß die gerichtliche Kontrolle nicht ausreicht. Dafür spricht in der Tat vieles. Das Bundesverfassungsgericht hat eine durchaus ambivalente Rolle gespielt und die Politik bei Entscheidungen in eigener Sache nicht nur gebremst, sondern ihr auch Wege eröffnet. So wurde die staatliche Parteienfinanzierung durch ein Urteil von 1958 verfassungsrechtlich erst salonfähig gemacht.[80] 1968 hat das Gericht (mit *Gerhard Leibholz*) die 1966 (ohne *Leibholz*) beschlossene Beschränkung der Staatsfinanzierung auf die Erstattung von Wahlkampfkosten[81] selbst durchlöchert[82] und damit eine Inkonsistenz in die Rechtsprechung getragen, die das Gericht veranlaßte, seine Konzeption völlig zu verändern, was allerdings erst zweieinhalb Jahrzehnte später, nämlich durch das Urteil von 1992, geschah.[83] Im Jahre 1986 hatte das Gericht durch zwei permissive Urteile geradezu die Schleusen für die staatliche Finanzierung der Parteien[84] und der Parteistiftungen[85] geöffnet, die das Gericht dann 1992 wieder zu schließen versuchte.[86] Dies geschah unter ausdrücklicher Zustimmung zur Abweichenden Meinung des Richters *Böckenförde* zur Entscheidung von 1986.[87] Im Wahlrecht hat das Gericht die Fünfprozent-Klausel nicht nur zugelassen, sondern auch abgesegnet, daß sie, z.B. durch Bezug auf das ganze Bundesgebiet[88], verschärft und sogar auf Kommunal- und Europawahlen erstreckt wurde. Zugleich hat der Übergang der Kontrolle auf die Rechtsprechung dazu beigetragen, daß sich die allgemeine und die fachlich-wissenschaftliche öffentliche Diskussion immer mehr auf die eher prognostische Frage verengte, wie das Gericht bestimmte Fälle voraussichtlich entscheiden würde. Dadurch dürften auch die Selbstheilungskräfte des demokratischen Prozesses geschwächt worden sein. Jedenfalls scheint die Behauptung der Verfassungsmäßigkeit in diesem Bereich die Diskussion der sachlich-inhaltlichen Angemessenheit immer mehr zu verdrängen. Doch trifft eine wohlfeile Kritik am Bundesverfassungsgericht nicht den Kern. Das Gericht hat versucht, Mißbräuchen zu begegnen. Dazu ist eine als Gericht ausgestaltete Kontrollinstitution, die nur auf Antrag tätig wird, primär Einzelfälle zu entscheiden hat und nur über ein beschränktes Potential an umfassender Faktenermittlung und Analyse verfügt, jedoch nur begrenzt in der Lage. Dabei ist der Faktor, daß die Parteien durch Auswahl der Mitglieder des Gerichts indirekt auch einen gewissen Einfluß auf seine „Grundgestimmtheit" besitzen, noch gar nicht erwähnt.

Die genannten hochpolitischen Probleme müssen letztlich auch politisch behandelt werden. Deshalb sind die oben genannten Vorschläge durchaus relevant. Doch soweit sie nur verfassungs*politischer* Art sind, also Anregungen an die Parlamente, mit Zweidrittel-Mehrheiten die jeweilige Verfassung zu ändern, erscheinen die praktischen Erfolgsaussichten gering – aus den dargestellten Gründen machtpolitischer Opportunität.

Es ist deshalb nach einem Alternativverfahren Ausschau zu halten, mit dem man an den Eigeninteressen der „politischen Klasse" vorbei Änderungen herbeiführen kann. Solche Verfahren existieren in der Tat auf Landesebene. Dort können Gesetze auch im Wege von Volksbegehren und Volksentscheid zustande kommen. Auf diese Weise wäre es also durchaus möglich, gegen Mißbräuche der Politikfinanzierung oder des Wahlrechts Front zu machen. Und wenn man genau hinsieht, laufen die oben genannten Vorschläge ja auch auf eine Aktivierung des Volkes gegen Mißbräuche hinaus.[89] Doch das wäre ein anderes Thema.

[77] So *Andreas Greifeld*, Volksentscheid durch Parlament, 1983, 63.
[78] *Rudolf Katz*, Zur Änderung des Wahlgesetzes, Festgabe Carlo Schmid, 1962, 111 ff.
[79] *Hildegard Krüger*, Die Diäten der Bundestagsabgeordneten, DVBl. 1964, 220.
[80] Oben Fn. 17.
[81] BVerfGE 20, 56.
[82] BVerfGE 24, 300.
[83] BVerfGE 85, 264.
[84] BVerfGE 73, 40.
[85] BVerfGE 73, 1.
[86] BVerfGE 85, 264.
[87] BVerfGE 73, 103. Die Korrektur beschränkte sich bisher aber auf die Parteienfinanzierung.
[88] Temporär allerdings für die Wahlen von 1990 zurückgenommen in BVerfGE 82, 322.
[89] So – die zunehmenden Fehlentwicklungen vor Augen – jetzt auch für besondere Bereiche, in denen „anstelle von Gewaltenbalance . . . kraft überstabiler Einvernehmlichkeit der Parteien . . . evidente Übermacht" tritt, *Peter Lerche*, obwohl er ansonsten plebiszitären Entscheidungsverfahren ausgesprochen kritisch gegenübersteht: *Peter Lerche*, Grundfragen repräsentativer und plebiszitärer Demokratie, in: *Huber/Mößle/Stock* (Hrsg.), Zur Lage der parlamentarischen Demokratie, Symposium zum 60. Geburtstag von Peter Badura, 1996, 179 (186 f.). Ähnlich weist auch ein anderer prinzipieller Gegner plebiszitärer Elemente neuerdings ausdrücklich „auf die gewaltengliedernde Bedeutung von Volksbegehren und Volksentscheid als Mittel demokratischer Balancierung und Kontrolle der Parteienmacht" hin: *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. I, 1987, § 21 Rn. 91. Vgl. auch *von Arnim*, Die Partei, der Abgeordnete und das Geld (oben Fn. 18), 416 ff.