

## Entscheidungen des Parlaments in eigener Sache: Das Problem ihrer gerichtlichen Kontrolle

Von Universitätsprofessor Dr. Hans Herbert von Arnim, Speyer\*

**Neuere Urteile des Bundesverfassungsgerichts zu Sperrklauseln und zu Hartz IV lenken den Blick – mit John Hart Ely – auf den Gesetzgebungsprozess. Bei Entscheidungen des Parlaments in eigener Sache drohen demokratie- und rechtsstaatswidrige Verzerrungen. Diesen muss durch Gesetzesvorbehalt, obligatorische Mindestfristen, Begründungsobliegenheiten und Obergrenzen sowie durch eine strikte Gerichtskontrolle entgegengewirkt werden. Gegen die beherrschenden Kräfte der Politik und ihre Eigeninteressen ist Recht allerdings nicht leicht durchzusetzen. Auch Sperrklauseln bei Bundestags- und Landtagswahlen erscheinen inzwischen anfechtbar.**

### I. Die neuere Sperrklausel-Rechtsprechung

#### 1. Strikte Gerichtskontrolle bei Entscheidungen des Parlaments in eigener Sache

Seit einigen Jahren nimmt der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts bei Entscheidungen des Parlaments in eigener Sache eine intensive Gerichtskontrolle vor. So erstmals 2008, als er die fünfprozentige Sperrklausel bei Kommunalwahlen für verfassungswidrig erklärte.<sup>1</sup> Dann wieder 2011 beim Kassieren der 5%-Klausel bei deutschen Europawahlen<sup>2</sup> und 2014, als er die vom Bundestag ersatzweise erlassene 3%-Klausel für verfassungswidrig erklärte.<sup>3</sup> Die immer wiederkehrende Formel lautet: „Mit Regelungen, die die Bedingungen der politischen Konkurrenz berühren, [werde] die jeweilige parlamentarische Mehrheit gewissermaßen in eigener Sache tätig.“ „Gerade bei der Wahlgesetzgebung [bestehe] die Gefahr, dass die jeweilige Parlamentsmehrheit sich statt von gemeinwohlbezogenen Erwägungen vom Ziel des eigenen Machterhalts leiten lässt. [...] [Die im Parlament]

vertretenen Parteien könnten an der [...] Sperrklausel festhalten, um die Konkurrenz durch kleinere Parteien und kommunale Wählergemeinschaften möglichst klein zu halten. [...] Aus diesem Grund [unterliege] [...] die Ausgestaltung des Wahlrechts einer strikten verfassungsgerichtlichen Kontrolle.“<sup>4</sup> Bemerkenswert ist, dass es dabei jeweils nicht um eine Sperrklausel bei Wahl des die Klausel beschließenden Parlaments ging, also des Landtags bzw. des Bundestags; die Klauseln betrafen vielmehr die Wahlen zu den Gemeinderäten bzw. zum Europäischen Parlament, kamen aber natürlich den Vertretern der beschließenden Parteien zugute. Das soll dadurch zum Ausdruck gebracht werden, dass das Bundesverfassungsgericht davon spricht, die jeweilige parlamentarische Mehrheit werde *gewissermaßen* in eigener Sache tätig.<sup>5</sup> Ginge es um eine Sperrklausel bei der Wahl des entscheidenden Parlaments selbst, würde dieses natürlich erst recht in eigener Sache entscheiden und einer intensiven Gerichtskontrolle unterliegen.

#### 2. Die zentrale Bedeutung der Offenheit und Chancengleichheit des politischen Wettbewerbsprozesses

Die neuere Rechtsprechung hatte der Zweite Senat bereits im Jahre 2004 vorbereitet, als er die Verschärfung der Voraussetzungen für die Beteiligung außerparlamentarischer Parteien an der staatlichen Parteienfinanzierung mangels sachlicher Rechtfertigung für verfassungswidrig erklärte.<sup>6</sup> Der Senat hob dabei die große Bedeutung kleiner Parteien für die „Offenheit des politischen Prozesses“ hervor und nannte die Offenheit „einen zentralen Grundsatz der Demokratie“. Sie beuge einer „Erstarrung des Parteiwesens“ vor und stärke die „Lernfähigkeit des politischen Systems.“ „Schon die potentielle Konkurrenz, also die Chance neuer und kleiner Wettbewerber, für überzeugende Lösungskonzepte bei Wahlen belohnt zu werden, [zwingt] die etablierten Par-

\* Anmerkung der Schriftleitung: Der Verfasser lehrt als pensionierter Professor an der Deutschen Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer. Er dankt seinem Kollegen Universitätsprofessor Christian Pétaloza (FU Berlin) sehr herzlich für die kritische Durchsicht einer ersten Fassung dieses Textes.

1 BVerfGE 120, 82.

2 BVerfGE 129, 300.

3 BVerfGE 135, 259.

4 Zum Beispiel BVerfGE 120, 82 (105, 113f.).

5 So auch Martin Will, Richtigkeit der Drei-Prozent-Klausel bei Europawahlen, NJW 2014, 1421 (1423).

6 BVerfGE 111, 382 (397 ff.).

teien zu einer Rückkoppelung mit dem Volk, um dem Aufkommen neuer Konkurrenten und einem Erfolg kleiner Wettbewerber nach Möglichkeit entgegenzutreten.“ Es gelte deshalb von Verfassung wegen, der „Gefahr des Verlustes der politischen Vielfalt und damit einer Einschränkung des Parteienwettbewerbs“ entgegenzuwirken.<sup>7</sup>

### 3. John Hart Ely

Es geht also um den politischen Wettbewerbsprozess, um seine Offenheit, um die Chancengleichheit der Konkurrenten und um das Bundesverfassungsgericht als Hüter dieses Prozesses.<sup>8</sup> Zugrunde liegt die Vorstellung, der demokratische Prozess verdiene nur dann das Vertrauen, akzeptable Ergebnisse hervorzubringen, wenn die gleiche Mitwirkungschance aller Bürger und ihrer Parteien gewährleistet ist. Ist diese Voraussetzung gegeben, hat das Gericht sich bei der Normenkontrolle grundsätzlich zurückzuhalten (judicial restraint), schon weil der Gesetzgeber die größere demokratische Legitimation besitzt. Steht die Fairness des politischen Prozesses aber auf dem Spiel, muss das Gericht aktiv werden. Die verschärfte richterliche Kontrolle widerspricht dann auch keineswegs dem Grundsatz der Demokratie. Da auch die Gleichheit der Mitwirkungschancen aller Bestandteil des Demokratieprinzips ist, wird mit deren Herstellung durch das Gericht die demokratische Legitimität des Parlaments und des Gesetzgebungsprozesses vielmehr erst geschaffen.<sup>9</sup>

Diese vor allem von John Hart Ely entwickelte Auffassung von der grundlegenden Bedeutung eines offenen politischen Prozesses<sup>10</sup> und des Verfassungsgerichts als Hüter eines fairen politischen Wettbewerbs hat auch in der bundesrepublikanischen Staatsrechtslehre Anerkennung gefunden<sup>11</sup> und liegt offenbar auch der eingangs genannten neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zugrunde. Eine der Hauptaufgaben der Verfassungsgerichte besteht nach Ely darin, über das Funktionieren des politischen Prozesses zu wachen und

bei offensichtlichen Funktionsdefiziten einzugreifen.<sup>12</sup> Richter seien gefordert, wenn der „politische Markt“ systematisch gestört ist („is systematically malfunctioning“).<sup>13</sup> Man dürfe denen, die *im Parlament* sind, nicht die Entscheidung überlassen, wer *draußen* zu bleiben habe.<sup>14</sup> Primäre Aufgabe der gerichtlichen Kontrolle sei es, Rechte zu sichern, die (1.) wesentlich für den demokratischen Prozess seien und (2.) deren Ausgestaltung nicht unseren gewählten Repräsentanten überlassen werden könne, weil diese ein unübersehbares Interesse an der Aufrechterhaltung des Status quo hätten.<sup>15</sup>

### 4. Strengere Prüfung der politischen Chancengleichheit

Geht es um die Sicherung der politischen Chancengleichheit, hat das Gericht allerdings schon früh von einer verschärfte gerichtlichen Prüfung gesprochen. So hatte es in einem Urteil von 1958 die steuerliche Begünstigung von Parteispenden nur in engen Grenzen zugelassen. Sonst würden Parteien privilegiert, die sich verstärkt auf finanziell leistungsfähige Bürger stützen können. Denn diese würden sich dann nicht nur höhere Spenden leisten können, sondern sie würden – wegen des progressiv steigenden Steuersatzes bei höheren Einkommen – auch noch zu einem höheren Anteil begünstigt. Das widerspreche dem für alle gleichen Recht auf Teilhabe an der politischen Willensbildung. Von diesem Grundsatz dürfe der Gesetzgeber „nur aus zwingenden Gründen“ abweichen. Denn „dem Ergebnis dieser Willensbildung, der Mehrheitsentscheidung, [seien] *alle* unterworfen, auch diejenigen, die nicht die Parteien der Mehrheit unterstützt haben. Deshalb [sei] hier hinsichtlich der Chancengleichheit ein besonders strenger Maßstab anzulegen.“<sup>16</sup>

Die grundlegende Bedeutung der fairen Ausgestaltung des politischen Prozesses war dem Gericht also bereits damals bewusst. Dass die Fairness – wegen der Entscheidung des Parlaments in eigener Sache – besonders gefährdet ist, weil die Parlamentsmehrheit versucht sein kann, im Interesse des eigenen Machterhalts die Konkurrenz möglichst klein zu halten, kurz: dass der politische Prozess in solchen Fällen kein Vertrauen mehr verdient, wurde allerdings noch nicht erkannt, zumindest wurde es nicht ausgesprochen. Das blieb den oben genannten jüngeren Urteilen des Gerichts vorbehalten, die nun ausdrücklich von Entscheidungen der Parlamentsmehrheit in eigener Sache sprechen, worin auch eine deutliche Verschärfung der gerichtlichen Kontrolle zum Ausdruck kommt, wie die neuen Sperrklausel-Urteile zeigen. Denn

7 BVerfGE 111, 382 (404 f.).

8 Dazu zuletzt Niels Petersen, Verfassungsgerichte als Wettbewerbschützer des politischen Prozesses, in: Dominik Elser u. a. (Hrsg.), Das letzte Wort – Rechtssetzung und Rechtskontrolle in der Demokratie, 2014, S. 59 ff.

9 Christoph Gusy, Parlamentarische Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht, 1985, S. 26; Alfred J. Noll, Verfassunggebung und Verfassungsgericht: Ein Essay zur rechtspolitischen Konzeption der Verfassungsgerichtsbarkeit, 1994, S. 141; Ulrich R. Haltern, Verfassungsgerichtsbarkeit, Demokratie und Misstrauen: das Bundesverfassungsgericht in einer Verfassungstheorie zwischen Populismus und Progressivismus, 1998, S. 176; Christoph Möllers, Die drei Gewalten, 2. Aufl. 2015, S. 138; Jan-Marcel Drossel, Das letzte Wort des Bundesverfassungsgerichts – Ein undemokratischer Mechanismus?, in: Dominik Elser u. a. (Hrsg.), Das letzte Wort – Rechtssetzung und Rechtskontrolle in der Demokratie, 2014, S. 255 (259 f., 265 ff.).

10 John Hart Ely, Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review, 1980.

11 Hans Meyer, Demokratische Wahl und Wahlsystem, in: Paul Kirchhof, Josef Isensee (Hrsg.), HdbStR, Bd. III, 3. Aufl., 2005, S. 521 (541 Rn. 38); Alexander von Brünneck, Verfassungsgerichtsbarkeit in den westlichen Demokratien, 1992, S. 81 ff., 166 ff.; Petersen (Fn. 8), S. 59.

12 Ely (Fn. 10), S. 77 ff.

13 Ely (Fn. 10), S. 102 f. Siehe auch S. 103: “Malfunction occurs when the process is undeserving trust, when [...] the ins are choking off the channels of political change to insure that the ins will stay in and the outs will stay out.”

14 Ely (Fn. 10), S. 120: “We cannot trust the ins to decide who stays out.”

15 Ely (Fn. 10), S. 117: Das Gericht habe die Rechte zu sichern, “(1) that are essential to the democratic process and (2) whose dimensions cannot safely be left to our elected representatives who have an obvious interest in the status quo.” Ferner: “Unblocking stoppages in the democratic process is what judicial review ought preeminently to be about.”

16 BVerfGE 8, 51 (67 ff.). Hervorhebung im Original.

ob wirklich zwingende Gründe vorlagen, hatte das Gericht früher gelegentlich nur formelhaft überprüft, ohne dass es den Behauptungen des Parlaments wirklich nachgegangen wäre, wie etwa das Urteil von 1979 deutlich macht,<sup>17</sup> mit welchem der Zweite Senat die Sperrklausel bei der deutschen Europawahl damals noch abgesegnet hatte.<sup>18</sup>

### 5. Sperrklauseln bei Bundestags- und Landtagswahlen

Einer strengen gerichtlichen Prüfung unterliegen auch Sperrklauseln in Bundestags- und Landtagswahlgesetzen, dort sogar erst recht. Denn dort können die Klauseln die an ihnen festhaltenden Parlamentsparteien und ihre Abgeordneten selbst vor der Konkurrenz durch außerparlamentarische Parteien schützen, also – anders als Sperrklauseln bei Kommunal- und Europawahlen – nicht nur ihre Parteigenossen in anderen Volksvertretungen. Das Bundesverfassungsgericht hat zwar deutlich gemacht, dass die Ausführungen in seinen Sperrklausel-Entscheidungen auf die Kommunal- und Europawahlen bezogen und nicht ohne Weiteres auf Bundestags- und Landtagswahlen übertragbar seien.<sup>19</sup>

Nachdem bei der Bundestagswahl von 2013 aber insgesamt 15,7% der abgegebenen Stimmen der Klausel zum Opfer fielen, weil die FDP mit 4,8% und die AfD mit 4,7% nur knapp unter der Sperre blieben, ist eine neue Situation entstanden. Hätte die Klausel nur 4% betragen, hätte das Lager der „rechten Mitte“ eine absolute Mehrheit der Stimmen und erst recht der Mandate bekommen und andere Bündnisse wären möglich geworden, es wäre also nicht unbedingt zu einer großen Koalition gekommen.<sup>20</sup> Die Sperrklausel in Höhe von 5% hat die Regierungsbildung also nicht erleichtert, sondern eher erschwert. Hinzu kommt, dass die Sperrklausel übermäßig in die Gleichheit des Wahlrechts eingreift, weil ein Eingriff in dieser Intensität nicht erforderlich ist, um kleinere Parteien aus dem Parlament zu halten.<sup>21</sup> Denn mit der Einführung einer Alternativstimme stünde eine Regelung zur Verfügung, welche die Ungleichheit des Wahlrechts der Bürger, die eine Partei unter 5% gewählt haben, weniger stark beeinträchtigt und gleichzeitig das Ziel der Klausel nicht weniger wirksam erreicht.<sup>22</sup> Schließlich „verdoppelt“ sich auch noch die

Ausschlusswirkung der Sperrklausel,<sup>23</sup> weil die Parlamentsparteien sich mittels verdeckter Parteienfinanzierung über ihre Fraktionen, parteinahen Stiftungen und Abgeordnetenmitarbeiter gegenüber kleineren Parteien zusätzlich privilegieren (s. u.).

## II. Zwei Fallgruppen

Begrifflich umfasst die verfassungsgerichtliche Formel der „jeweiligen parlamentarischen Mehrheit“, die „in eigener Sache tätig“ wird, zwei unterschiedliche Fallgruppen, je nachdem, ob es um die mögliche Benachteiligung der parlamentarischen Oppositionsparteien durch die Mehrheitsparteien geht oder um die Benachteiligung außerparlamentarischer Parteien durch die Parlamentsparteien insgesamt. Genau genommen unterliegt, wie im Folgenden dargelegt wird, vor allem die letztere Fallgruppe intensiver gerichtlicher Kontrolle.

### 1. Benachteiligung der parlamentarischen Opposition

Bei einer drohenden Benachteiligung der parlamentarischen Opposition wird diese sich dagegen mit aller Kraft zur Wehr setzen und ihre Kontrollfunktion voll ausüben: Sie wird die parlamentarische Mehrheit in öffentlicher Verhandlung zur Konkretisierung ihres Vorhabens und zum Eingehen auf Gegenargumente auffordern und so darauf hinwirken, dass Versuche der Mehrheit, sich im politischen Prozess unangemessene Wettbewerbsvorteile zu verschaffen, aufgedeckt werden. Dadurch wird auch die öffentliche Kontrolle alarmiert und aktiviert. Zudem hat der Bürger die Möglichkeit, Missbräuche durch Wahl der parlamentarischen Opposition zu sanktionieren.

Ferner wirkt die parlamentarische Opposition regelmäßig an der Bestellung von Verfassungsrichtern, Sachverständigen und anderen Kontrolleinrichtungen sowie der Ämterpatronage insgesamt mit. Selbst bei der Verfassungsinterpretation besteht – angesichts der generalklauselartig-vagen Grundsätze, welche die verfassungsrechtlichen Maßstäbe bilden – ein erheblicher Spielraum, wie ja oft auch an den unterschiedlichen Mehrheits- und Minderheitsvoten der Richter deutlich wird. Es kann also nicht nur bei Expertisen von Sachverständigen und den Voten anderer von der Politik besetzter Organe, sondern auch bei der Verfassungsinterpretation in nicht unerheblichem Maße um Politik gehen,<sup>24</sup> weshalb die Frage, wer deren Mitglieder bestellt, keineswegs irrelevant erscheint.

Wozu das in der Praxis führen kann, zeigt die Rechtsprechung zu den Überhangmandaten. Die bei der Bundestagswahl 1994 angefallenen 16 Überhangmandate (zwölf für die CDU und vier für die SPD) stabilisierten die Mehrheit der unionsgeführten Regierung unter Helmut Kohl. Deshalb wollte die Regierungsmehrheit an ihnen festhalten, während die parlamentarische Opposition sie zu Fall bringen wollte. 1997 erklärten dann nur die vier

17 Siehe die Kritik von *Dietrich Murswiek*, Anmerkung zu: BVerfGE, Beschl. v. 22.5.1997 – Europawahlgesetz, DVBl 1997, 123; *Dirk Ehlers*, Sperrklausel im Wahlrecht, Jura 1999, 660 (665); *Hans Herbert von Arnim*, Das Europa-Komplott, 2006, S. 246 ff.

18 BVerfGE 51, 222.

19 BVerfGE 120, 82 (111 f.); 129, 300 (335 f.).

20 *Frank Decker/Eckhard Jesse*, „Koalitionspakt“ vor und nach der Bundestagswahl 2013, Aus Politik und Zeitgeschichte Nr. 48–49 2013, 47.

21 Gegen den Grundsatz der Wahlgleichheit wird verstoßen, „wenn die Regelung nicht geeignet und erforderlich ist, um die mit der jeweiligen Wahl verfolgten Ziele zu erreichen.“ So BVerfGE 120, 82 (107); 129, 300 (321); 135, 259 (287).

22 Zu möglichen Einwänden gegen die Einführung einer Alternativstimme und zu ihrer Widerlegung s. *Hermann Heußner*, Die 5%-Sperrklausel: Nur mit Hilfsstimme!, LKRZ 2014, 7 ff. und 52 ff.; *Matthias Damm*, Die Nebenstimme bei Bundestagswahlen: Wer A sagt, darf auch B sagen?, DÖV 2014, 913 ff.

23 Zur Unzulässigkeit einer solchen „Verdoppelung“ BVerfGE 20, 56 (117); 41, 399 (421).

24 Siehe statt vieler *Dieter Grimm*, Verfassungsgerichtsbarkeit im demokratischen System, JZ 1976, 697 ff.

von der Oppositionspartei SPD vorgeschlagenen Richter die Überhangmandate für verfassungswidrig, während die vier auf Vorschlag der Union Bestellten die Überhangmandate verfassungsrechtlich absegneten.<sup>25</sup> Angesichts des 4:4-Votums galten Überhangmandate weiterhin als verfassungsrechtlich zulässig. Als das Thema Überhangmandate dann im Jahre 2012 wieder zur Entscheidung anstand, votierte der Senat diesmal einstimmig.<sup>26</sup> Schließlich hatte Gerichtspräsident *Andreas Voßkuhle* in der mündlichen Verhandlung das mangelnde Zusammengehen von Regierung und Opposition bedauert, hinter das der Senat nun schlecht selbst zurückfallen konnte. Der Senat erkaufte die Einstimmigkeit aber mit einer Kompromissentscheidung und erklärte bis zu 15 Überhangmandate (ohne Ausgleichsmandate) für zulässig. Da Überhangmandate aber auch in geringerer Zahl als 16 den Gleichheitssatz verfälschen, war es nicht leicht, das Urteil überzeugend zu begründen, was der Senat auch selbst einräumt.<sup>27</sup> Die Einstimmigkeit war also nur mit einer sachlich schwer begründbaren Teils-Teils-Entscheidung erreichbar.

Allerdings haben Regierungs- und Oppositionsparteien sich schließlich auf den größten gemeinsamen Nenner geeinigt und gleichen nun sämtliche Überhangmandate aus – mit der Folge, dass dem Bundestag eine gewaltige Ausdehnung droht. Bei der Wahl 2013 hielt sich das zwar noch in Grenzen, aber bei der nächsten Bundestagswahl droht das Parlament aus allen Nähten zu platzen.<sup>28</sup>

Überhaupt besteht die Tendenz, dass Regierungsmehrheit und parlamentarische Opposition sich im Laufe der Zeit einigen und politische Kartelle bilden, um ihre Interessen gemeinsam auf Kosten außerparlamentarischer Kräfte oder der Allgemeinheit durchzusetzen. So hat etwa die SPD ihren ursprünglichen Widerstand gegen die staatliche Parteienfinanzierung inzwischen längst aufgegeben,<sup>29</sup> und die Parteistiftung der PDS und heutigen Linken wurde an der Staatsfinanzierung beteiligt und so die PDS veranlasst, ihre Klagen beim Bundesverfassungsgericht zurückzunehmen.<sup>30</sup> Umso mehr droht dann aber eine Diskriminierung der außerparlamentarischen Konkurrenten.

## 2. Diskriminierung außerparlamentarischer Parteien

Bei einer Diskriminierung kleinerer, außerparlamentarischer Konkurrenten der Parlamentsparteien steht diesen regelmäßig das gesamte Parlament gegenüber. Dann profitieren Regierungs- und Oppositionsfractionen gemein-

sam, sodass der Wettbewerb zwischen ihnen weitgehend ausfällt. Damit entfallen sämtliche Vorkehrungen, die sonst einen befriedigenden Ablauf der parlamentarischen Willensbildung sichern sollen:

Die parlamentarische Opposition, die die Regierungsmehrheit im Allgemeinen dazu zwingt, ihre Vorstellungen zu konkretisieren und auf Einwände einzugehen, übt diese Funktion hier nicht aus. Da die öffentliche Kontrolle ganz wesentlich auf eine Aktivierung durch die parlamentarische Opposition angewiesen ist, die hier aber, zusammen mit den Regierungsparteien, eher auf eine Abschottung gegenüber der Öffentlichkeit hinzuwirken pflegt, wird auch die öffentliche Kontrolle geschwächt. Beispiele sind Blitzgesetze (s. u.) und die öffentlichkeitsscheue Bewilligung von Erhöhungen staatlicher Mittel lediglich in einem Haushaltstitel (s. u.). Zugleich wird insoweit die Kontrolle durch die Wähler ausgehebelt und den Bürgern in diesem Punkt ihr Wahl- und Partizipationsrecht weitgehend genommen. Wen sollen sie mit dem Stimmzettel noch bestrafen, wenn alle Parlamentsparteien dafür votiert haben?<sup>31</sup>

Hinzu kommt, dass die Parteien der Regierung und der parlamentarischen Opposition die Bestellung von Sachverständigenrichtern, den Mitgliedern von Sachverständigen- und anderen Kontrollorganen wie dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk sowie generell die Besetzung von Posten in Verwaltung und öffentlicher Wirtschaft regelmäßig unter sich ausmachen.<sup>32</sup> Klagende außerparlamentarische Parteien sehen sich deshalb Gerichten, Sachverständigen und anderen politknahen Einrichtungen gegenüber, deren Mitglieder alle von der Gegenseite berufen worden sind.

Dass die Politik Einfluss auf die Richtung der Gutachten von Sachverständigen und indirekt auch auf die Rechtsprechung nehmen kann, zeigt z. B. der Bericht der Sachverständigenkommission zur Neuordnung der Parteienfinanzierung von 1983.<sup>33</sup> Ihm ist nicht nur der Gesetzgeber in erheblichem Umfang gefolgt, sondern auch das Parteienfinanzierungsurteil von 1986, welches die Regelung noch weitgehend absegnet hatte. Erst 1992 hat das Gericht die Regelung und das Urteil von 1986 kassiert (s. u.).

In ähnlicher Weise hat der Bericht der *Schmidt-Jortzig-Kommission* von 2013<sup>34</sup> den Bundestag geradezu ermutigt, trotz der entgegenstehenden Rechtsprechung<sup>35</sup> die Abgeordnetenentschädigung zu dynamisieren, Funktionszulagen für Ausschussvorsitzende einzuführen und die von den Fraktionen gezahlten Funktionszulagen bei-

25 BVerfGE 95, 335.

26 BVerfGE 131, 316 (376).

27 BVerfGE 131, 316 (370): „Der Senat ist sich bewusst, dass die Zahl von 15 Überhangmandaten als Akt richterlicher Normenkonkretisierung nicht vollständig begründet werden kann.“

28 *Joachim Behnke*, Das neue Wahlgesetz, sicher nicht das letzte, Recht und Politik 2013, 1; *Florian Grotz*, Verzerrte Stimmen, FAZ Nr. 292/51 v. 16.12.2013, S. 7.

29 Dazu *Hans Herbert von Arnim*, Die Partei, der Abgeordnete und das Geld, 1996, S. 77 ff.

30 *Ulrich Heisterkamp*, Think Tanks der Parteien? Eine vergleichende Analyse der deutschen politischen Stiftungen, 2014, S. 168 f.; *Hans Herbert von Arnim*, Die Deutschlandakte, 2008, S. 121.

31 Ihnen bleibt dann nur noch die Zuflucht zu außerparlamentarischen Kritikern der parlamentarischen „Einheitsfront“, die aber aus anderen Gründen für sie möglicherweise nicht wählbar sind.

32 Zur Wahl der Mitglieder des Bundesverfassungsgerichts *Dieter Grimm*, Politikdistanz als Voraussetzung für Politikkontrolle. Über die Unabhängigkeit des Verfassungsgerichts im Parteienstaat, in: *ders.*, Die Verfassung und die Politik, 2001, S. 183 ff.

33 Bericht zur Neuordnung der Parteienfinanzierung, 1983.

34 Bericht der Unabhängigen Kommission zu Fragen des Abgeordnetenrechts vom 19.3.2013, BT-Drs. 17/12.500.

35 Überblick bei *Hans Herbert von Arnim*, Eine Kriegserklärung ans BVerfG. Zum Bericht der Schmidt-Jortzig-Kommission über Abgeordnetenrecht vom 19.3.2013 (BT-Drs. 17/12.500), NVwZ-online Nr. 8a vom 12.4.2013.

zubehalten (s. u.). Dies wohl auch in der Hoffnung, dass das Gericht einknickt, falls es zu einem einschlägigen Verfahren kommen sollte.

Selbst vor Gericht, wo die Kläger es in den Sperrklausel-Verfahren in der öffentlichen Verhandlung mit einer geschlossenen Front von Abgeordneten der Parlamentsparteien zu tun hatten, müssen außerparlamentarische Parteien auf den „Becket-Effekt“ vertrauen, also darauf, dass Richter, gestützt auf ihre Unabhängigkeit, die Funktionen ihres Amtes höher gewichten als die Loyalität zu denen, die sie berufen haben. Und dieses Vertrauen wurde bei den vier eingangs genannten Urteilen ja auch nicht enttäuscht.

### III. Das Diätenurteil von 1975

#### 1. Überblick

Der Begriff *Entscheidung des Parlaments in eigener Sache* ist allerdings nicht wirklich neu. Der Zweite Senat hatte ihn bereits 1975 verwendet, damals in Zusammenhang mit den Abgeordnetendiäten. Genau wie bei den Sperrklausel-Entscheidungen pflegt auch hier das ganze Parlament an einem Strang zu ziehen und damit der Wettbewerb zwischen Regierungs- und parlamentarischen Oppositionsparteien auszufallen. Mögen auch Oppositionsparteien und ihre Abgeordneten sich bisweilen nicht an den Gesetzesvorlagen beteiligen und im Parlament gegen sie stimmen, so meinen sie es mit ihrem Widerstand gegen die Aufstockung ihrer Bezüge oft nicht wirklich ernst; die Halbherzigkeit des Widerstands zeigt sich spätestens daran, dass sie nicht bereit sind, dagegen vor dem Verfassungsgericht zu klagen.

In der zentralen Passage des Diätenurteils hatte der Senat ausgeführt, „in einer parlamentarischen Demokratie [lasse] es sich nicht vermeiden, dass das Parlament in eigener Sache entscheidet, wenn es um die Festsetzung der Höhe und um die nähere Ausgestaltung der mit dem Abgeordnetenstatus verbundenen finanziellen Regelungen geht. Gerade in einem solchen Fall [verlange] aber das demokratische und rechtsstaatliche Prinzip (Art. 20 GG), dass der gesamte Willensbildungsprozess für den Bürger durchschaubar ist und das Ergebnis vor den Augen der Öffentlichkeit beschlossen wird. Denn dies [sei] die einzige wirksame Kontrolle. Die parlamentarische Demokratie [basiere] auf dem Vertrauen des Volkes; Vertrauen ohne Transparenz, erlaubt zu verfolgen, was politisch geschieht, ist nicht möglich.“<sup>36</sup> Es bedürfe also, wie ganz überwiegend von der Rechtsprechung<sup>37</sup> und der Staatsrechtslehre<sup>38</sup> geschlossen wurde, eines Gesetzesvorbe-

halts. Die bloße Beschlussfassung durch das Parlamentspräsidium und die Bewilligung bloß im Haushaltsplan reichten nicht aus. Zwar sprach das Diätenurteil nicht ausdrücklich von einer verschärften gerichtlichen Kontrolle. Tatsächlich hat das Gericht sie aber derart intensiv ausgeübt, dass vielfach von einem übertriebenen judicial activism gesprochen wurde.<sup>39</sup> Das Gericht hatte, obwohl der eigentliche Streitfall nur die Frage der Vereinbarkeit eines saarländischen Landtagsmandats mit der leitenden Position in einem privatrechtlichen Unternehmen der öffentlichen Hand betroffen hatte,<sup>40</sup> ganz allgemein die Steuerfreiheit der Entschädigung, die Doppelbezahlung von Abgeordneten aus dem öffentlichen Dienst, sogenannte arbeitslose Zahlungen aus der Wirtschaft, mit denen Abgeordnete „angefüttert“ werden, und Extrazahlungen für bestimmte Funktionsträger (mit Ausnahme des Parlamentspräsidenten und seiner Stellvertreter) für verfassungswidrig erklärt und ein umfassendes neues Modell der Abgeordnetenfinanzierung entwickelt.<sup>41</sup>

#### 2. Verletzung der Verfahrensvorschriften durch Blitzgesetze

Die Festsetzung der Höhe der Entschädigung hatte der Senat aber – im Vertrauen auf die durch den Gesetzesvorbehalt ermöglichte öffentliche Kontrolle – dem Gesetzgeber überlassen. Gerade in solchen Fällen ist der Gesetzgeber leicht versucht, die öffentliche Kontrolle durch sog. Blitzgesetze auszuhebeln, bei denen das Parlament die von der Geschäftsordnung vorgesehenen Mindestfristen nicht einhält. Mit der neuerdings praktizierten verschärften gerichtlichen Kontrolle von Entscheidungen des Parlaments in eigener Sache ist das aber schwerlich noch vereinbar. Von seiner Geschäftsordnung darf der Bundestag zwar ausnahmsweise mit Zweidrittelmehrheit der Anwesenden abweichen,<sup>42</sup> aber nur, wenn das Grundgesetz nicht entgegensteht.<sup>43</sup>

Dies ist hier der Fall. Stellt die öffentliche Kontrolle die einzige wirksame Kontrolle dar, wie das Gericht bei Entscheidungen des Parlaments in eigener Sache festgestellt hat, sind die formalen Anforderungen an das Gesetzgebungsverfahren ernst zu nehmen und müssten eigentlich noch verschärft werden.<sup>44</sup> Dies folgt aus dem verfassungsrechtlichen Öffentlichkeitsprinzip, das, wie das Gericht ebenfalls ausgeführt hat, seinerseits auf dem Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip beruht. Da die Ausnahmeregelungen unter dem Vorbehalt entgegenstehenden Verfassungsrechts stehen, darf der Bundestag in solchen Fällen von der Abweichungskompetenz keinen

36 BVerfGE 40, 296 (327). Zum Problem von Entscheidungen des Parlaments in eigener Sache und der Notwendigkeit einer intensiven Gerichtskontrolle s. auch schon *Hans Herbert von Arnim*, Abgeordnetengesetz und Grundgesetz, 1975, S. 70 ff.

37 Siehe etwa die prägnante Zusammenfassung durch den Thüringer Verfassungsgerichtshof: ThürVerfGH, Urt. v. 14.7.2003, VerfGH 2/01, NVwZ-RR 2003, 793 (794).

38 Statt vieler: *Norbert Achterberg/Martin Schulte*, in: Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. 2, 6. Aufl. 2010, Art. 48 Abs. 3 Rn. 50; *Helmuth Schulze-Fielitz*, in: Horst

Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. II, 2. Aufl. 2006, Art. 48 Rn. 35.

39 So schon das Minderheitsvotum von *Walter Seuffert*, BVerfGE 40, 296, 330 ff.

40 Vom Gericht vorab in BVerfGE 38, 326, erledigt.

41 *Hans Herbert von Arnim/Thomas Drysch*, Drittbearbeitung des Art. 48 im Bonner Kommentar, 2012, Rn. 110 ff.

42 Siehe z. B. § 81 Abs. 1 Satz 2, zweiter Hs., und § 126 GOBT.

43 § 126 GOBT: „[...]“, wenn die Bestimmungen des Grundgesetzes dem nicht entgegenstehen.“

44 So die vom Bundespräsidenten *Richard von Weizsäcker* eingesetzte Parteienfinanzierungskommission: Bundespräsidialamt (Hrsg.), Empfehlungen der Kommission unabhängiger Sachverständiger zur Parteienfinanzierung, 1994, S. 100–102.

Gebrauch machen. Darin liegt eine Art Ersatz für die – mangels objektiv-rechtlicher Kriterien – kaum mögliche direkte gerichtliche Kontrolle der Höhe der Entschädigung. Sind die Mindestanforderungen des Gesetzgebungsverfahrens nicht eingehalten, ist die gesamte Regelung verfassungswidrig.

Diese Auffassung findet neuerdings eine Bestätigung in einem Urteil des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts von 2010 zu Hartz IV. Genau wie für die Höhe der staatlichen Politikfinanzierung gibt es auch für die Ermittlung des Bedarfs an Grundsicherung keine einleuchtenden rechtlichen Maßstäbe. Deshalb ist das Gericht ersatzweise zu einer Kontrolle des gesetzgeberischen Verfahrens übergegangen und hat das Gesetz bei Mängeln des Gesetzgebungsverfahrens für verfassungswidrig erklärt.<sup>45</sup> Das Urteil ist zwar teilweise auf Kritik gestoßen. Die Kritik hat der Rechtsprechung in Fällen unfairen Gesetzgebungsverfahrens aber ausdrücklich zugestimmt,<sup>46</sup> und darum geht es hier.

### 3. Begründungsobliegenheiten

Man kann – auch in Anlehnung an das Urteil – noch einen Schritt weiter gehen und dem Parlament von Verfassungen wegen auch eine einleuchtende Begründung für Diätenregelungen (und andere Entscheidungen des Parlaments in eigener Sache) auferlegen, ohne die das Gesetz als verfassungswidrig anzusehen ist.<sup>47</sup> Eine solche „Obliegenheit“ besteht nach Auffassung des Ersten Senats auch bei der Festsetzung der Grundsicherung.<sup>48</sup> Der Senat ist von dem genannten Hartz IV-Urteil im Jahr 2014 zwar wieder etwas abgerückt, indem er vornehmlich auf das Ergebnis und seine tragfähige Begründbarkeit abhob.<sup>49</sup> Das berührt unsere Argumentation aber nicht. Denn das Abrücken betrifft eine Gesetzgebung, deren befriedigendes Funktionieren und deren Fairness nicht grundsätzlich in Abrede gestellt wird, geht also an den hier behandelten Fällen vorbei, wo diese Offenheit und Fairness – eben wegen der Entscheidung des Parlaments in eigener Sache – gerade nicht besteht. Der Senat hat 2014 denn auch ausdrücklich auf die durch die Zurückhaltung der Rechtsprechung begründete Weite der Entscheidungsbefugnisse des politischen Gesetzgebers und auf den erforderlichen politischen Kompromiss zwischen den Interessen abgehoben.<sup>50</sup> Dies alles gilt für Entscheidungen des Parlaments in eigener Sache – auch nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichts selbst – gerade nicht.

### 4. Weitere Verstöße und Umgehungen des Diätenurteils

Auch sonst wird das Diätenurteil von den Parlamenten vielfach nicht ernst genommen. So unterläuft der Bun-

destag den Gesetzesvorbehalt, in dem er die Entschädigung dynamisiert hat und nur der Ausgangsbetrag noch im Gesetz steht (§ 11 Abs. 4 AbgG). Ebenso wenig sind Staffeldiäten mit dem Diätenurteil vereinbar.<sup>51</sup> Ferner ist die Höhe der Kostenpauschale (§ 12 Abs. 2 Satz 3 AbgG) und der Mitarbeiterpauschale (§ 12 Abs. 3 Satz 5 AbgG) nicht aus dem Gesetz ersichtlich, sondern wird in den Haushaltsplan abgeschoben. Erhöhungen bedürfen also keiner öffentlichkeitswirksamen Gesetzesänderung. Beide sind auch noch dynamisiert (für die Kostenpauschale: § 12 Abs. 2 Satz 2 AbgG); hinsichtlich der Dynamisierung der Mitarbeiterpauschale findet sich nicht einmal eine gesetzliche Grundlage.

Auch das Verbot von Funktionszulagen wird nicht eingehalten. Das Abgeordnetengesetz gibt neuerdings Ausschussvorsitzenden eine 15-prozentige Zulage auf die Entschädigung (§ 11 Abs. 2 AbgG). Zusätzlich wird das Verbot von Funktionszulagen dadurch massenhaft umgangen, dass nicht das Parlament per Abgeordnetengesetz Zulagen gewährt, sondern die Fraktionen, die aber fast zu 100% aus öffentlichen Mitteln finanziert werden. Zu dem Verstoß und den Umgehungen könnte das Parlament aber dadurch ermutigt worden sein, dass das Gericht mit dem Urteil von 2000 selbst etwas zurückgesteckt und nunmehr – in Abweichung von 1975 – Zulagen an Fraktionsvorsitzende erlaubt hatte.<sup>52</sup> Deshalb mag die Politik hoffen, dem Gericht weitere Zugeständnisse abzurufen, auch wenn das Gericht das Verbot weiterer Zulagen wiederholt bestätigt hat.

## IV. Parteienfinanzierung

### 1. Das Grundlagenurteil

Das Urteil des Zweiten Senats zur Parteienfinanzierung von 1992<sup>53</sup> gehört ebenfalls hierher. Darin hat der Senat die Prüfungsintensität – gegenüber dem laxen Urteil von 1986<sup>54</sup> – deutlich verschärft und die Abweichung auch ausdrücklich kenntlich gemacht, sogar in den Leitsätzen.<sup>55</sup> Der Senat sprach 1992 zwar noch nicht ausdrücklich von einer Entscheidung der Parlamentsmehrheit in eigener Sache, obwohl dies auch bei der Regelung der staatlichen Parteienfinanzierung offensichtlich der Fall ist.<sup>56</sup> Der Senat hat aber die von ihm – in Anlehnung an frühere Urteile<sup>57</sup> – entwickelte absolute und relative Obergrenze u. a. damit begründet, es müsse der Eindruck vermieden werden, „die Parteien ‚bedienten‘ sich aus der Staatskasse.“<sup>58</sup>

45 BVerfGE 125, 175 (226).

46 Philipp Dann, Verfassungsgerichtliche Kontrolle gesetzgeberischer Rationalität, *Der Staat* 2010, 630 (644 f.).

47 So schon Hans Herbert von Arnim, Entschädigung und Amtsausstattung, in: Hans-Peter Schneider/Wolfgang Zeh (Hrsg.), *Parlamentsrecht und Parlamentspraxis*, 1989, S. 523 (533 f.).

48 BVerfGE 125, 175 (226).

49 Urteil vom 23.7.2014 (Aktenzeichen: 1 BvL 10/12 u. a.), NJW 2014, 3425 LS 1, 3426 = Abs.-Nr. 77.

50 BVerfG, NJW 2015, 3426 = Abs.-Nr. 77 und 80.

51 Christian Graf von Pestalozza, Die Staffeldiät oder: Das Parlament als Dunkelkammer, NJW 1987, 818.

52 BVerfGE 102, 226.

53 BVerfGE 85, 264.

54 BVerfGE 73, 40.

55 BVerfGE 85, 264 (265).

56 Hans Herbert von Arnim, Parteienfinanzierung, 1982, S. 46 ff.

57 BVerfGE 20, 56 (102): Überwiegende Deckung des Geldbedarfs der Parteien aus öffentlichen Mitteln unzulässig. BVerfGE 24, 300 (339): Festschreibung der öffentlichen Mittel pro Wahlberechtigtem auf den Stand 1965. Dazu auch Heino Kaack, Anhörung des Innenausschusses des Deutschen Bundestags vom 21.11.1988, S. 117 f.

58 BVerfGE 85, 264 (290).

Bei der gerichtlichen Kontrolle der Parteienfinanzierung geht es um beides: die Verhinderung einer unangemessenen „Selbstbereicherung“ der Parlamentsparteien – auf die Verhinderung eines Zuviel staatlicher Mittel zielt die angeführte Passage – und um die Sicherung der Gleichheit des Bürgereinflusses und der Chancengleichheit der parlamentarischen Opposition (Einschränkung der Steuerbegünstigung von Zuwendungen an Parteien und Beseitigung des sogenannten Chancenausgleichs, der die SPD krass benachteiligte<sup>59</sup> und die Ungleichheit des Bürgereinflusses bei der steuerlichen Spendenbegünstigung nicht ausglich<sup>60</sup>).

## 2. Verstöße

Auch die Rechtsprechung zur staatlichen Parteienfinanzierung wird allerdings nicht voll eingehalten. Das Urteil wird z.B. durch die hohe steuerliche Begünstigung von Zuwendungen an Parteien umgangen. Das Gericht hatte sie nur in einem Umfang gestattet, den durchschnittliche Einkommensbezieher auch ausschöpfen können.<sup>61</sup> Das ist – angesichts der Begünstigung von Mitgliedsbeiträgen und Spenden von jährlich bis zu 6.600 Euro bei zusammenveranlagten Verheirateten – aber kaum der Fall.<sup>62</sup>

## V. Fraktions- und Stiftungsfinanzierung

### 1. Bisheriger Stand der Rechtsprechung

Bei den Fraktionen, die sich ihre staatlichen Mittel ebenfalls selbst bewilligen, welche fast 100% ihrer Einnahmen ausmachen, liegt die Gefahr einer verdeckten Parteienfinanzierung nahe. Denn Medien und Bürger unterscheiden praktisch nicht zwischen den öffentlichkeitswirksamen Maßnahmen der Parlamentsfraktionen und solchen ihrer Parteien. Deshalb lässt das Bundesverfassungsgericht Zahlungen an Fraktionen nur für deren parlamentsinterne Koordinationsaufgaben zu.<sup>63</sup>

Die Finanzierung der parteinahen Stiftungen hat das Gericht zwar 1986 im Wesentlichen abgesegnet.<sup>64</sup> Dieses Urteil erging allerdings am selben Tag wie das ebenfalls höchst laxe Urteil zur Parteienfinanzierung.<sup>65</sup> Dieses wurde 1992 – aufgrund verschärfte Gerichtskontrolle – korrigiert,<sup>66</sup> während eine entsprechende Korrektur des Stiftungsurteils noch aussteht.

### 2. Umgehungen

Für beide, Fraktionen und Stiftungen, werden Erhöhungen nur im Haushaltsplan bewilligt. Die Höhe der Fraktionsmittel steht nicht im „Fraktionsgesetz“<sup>67</sup>, und

hinsichtlich der parteinahen Stiftung gibt es bisher überhaupt kein Gesetz. Obwohl es auch bei der Fraktionsfinanzierung und „gewissermaßen“ auch bei der Stiftungsfinanzierung um Entscheidungen des Parlaments in eigener Sache geht, kann von Gesetzesvorbehalt also keine Rede sein.<sup>68</sup> Das hat es erleichtert, die Zahlungen, an der öffentlichen Kontrolle vorbei, gewaltig zu steigern. Da die Aktivitäten der Stiftungen und Fraktionen den Mutterparteien vielfach zugutekommen, indem sie ihnen Ausgaben ersparen, steht hinter den Erhöhungen auch ein vitales machtpolitisches Motiv. Gleiches gilt für Abgeordnetenmitarbeiter.

Infolgedessen überschreiten die Zahlungen inzwischen den Umfang der staatlichen Parteienfinanzierung bei Weitem: Die Bundestagsfraktionen, die ihren Mutterparteien auf verschiedenen Wegen unter die Arme greifen, z.B. durch intensive Öffentlichkeitsarbeit, haben sich für 2015 83,843 Mio. Euro bewilligt; ihren Stiftungen, die ihnen ebenfalls vielfältig Gutes tun,<sup>69</sup> bewilligen sie allein an Globalzuschüssen 116 Mio. Euro (wobei die weiteren rund 340 Mio. Euro, welche die Stiftungen für bestimmte Projekte, teilweise auch im Ausland, erhalten, noch nicht mitgezählt sind). Für ihre Mitarbeiter haben sich Bundestagsabgeordnete im Jahre 2015 172,45 Mio. Euro bewilligt. So verfügt jeder Bundestagsabgeordnete inzwischen über rund 21.000 Euro monatlich (einschließlich der Arbeitgeber-Sozialleistungen) für persönliche Mitarbeiter, womit insgesamt rund 4.400 Personen, teils in Berlin, teils im Wahlkreis, beschäftigt werden. Die Mitarbeiter werden ebenfalls auf vielfache Weise für Parteizwecke eingesetzt, z.B. im Wahlkampf<sup>70</sup> und durch die Beschäftigung von Parteiangestellten als Abgeordnetenmitarbeiter.<sup>71</sup> Dabei darf der Abgeordnete seine Mitarbeiter bereits nach dem Abgeordnetengesetz nur „zur Unterstützung bei der Erledigung seiner parlamentarischen Arbeit“ einsetzen (§ 12 Abs. 3 AbgG).

In den Bundesländern kommen weitere rund 120 Mio. Euro für die Parlamentsfraktionen und rund 90 Mio. Euro für etwa 3.000 persönliche Mitarbeiter der Landtagsabgeordneten hinzu (Zahlen von 2014), zusammen also fast 600 Mio. Euro. Demgegenüber beträgt die durch Obergrenzen gedeckelte staatliche Parteienfinanzierung „nur“ 157 Mio. Euro, also kaum mehr als ein Viertel. Was das Bundesverfassungsgericht hinsichtlich der Staatsfinanzierung der Parteien durch Gesetzesvorbehalt und Obergrenzen verhindern wollte, dass sie nämlich unbegrenzt und unkontrolliert „in den Himmel wächst“,<sup>72</sup> ist hinsichtlich der selbst bewilligten Mittel für Fraktionen, Parteistiftungen und Abgeordnetenmitarbeiter inzwi-

59 Hans Herbert von Arnim, Die neue Parteienfinanzierung, 1989, S. 33 f., 50 ff.

60 Siehe das Minderheitsvotum des Richters Ernst-Wolfgang Böckenförde, dem sich der Richter Ernst Gottfried Mahrenholz angeschlossen hatte: BVerfGE 73, 103 ff.

61 BVerfGE 85, 264 (316).

62 Zu den Hintergründen der überhöhten Steuerbegünstigung s. von Arnim (Fn. 29), S. 73 f.

63 BVerfGE 20, 56 (104); 80, 188 (231 f.).

64 BVerfGE 73, 1.

65 BVerfGE 73, 40.

66 BVerfGE 85, 264.

67 Das „Fraktionsgesetz“ ist als 11. Abschnitt in das Abgeordnetengesetz eingefügt.

68 Das Bundesverfassungsgericht hatte in früheren Urteilen die Frage eines Gesetzesvorbehalts hinsichtlich der Höhe der Fraktionsmittel (BVerfGE 80, 188 [215]) und der Finanzierung parteinaher Stiftungen (BVerfGE 73, 1 [39]) noch ausdrücklich offengelassen.

69 Dazu Martin Lutz/Uwe Müller, Das Stiftungssystem, Welt am Sonntag Nr. 40 v. 5.10.2014, S. 15 ff.

70 Siehe ARD-Fernsehmagazin Report Mainz „Wahlkampf auf Staatskosten: Wie Mitarbeiter von Bundestagsabgeordneten den Sommer verbringen“, Sendung vom 10.9.2013.

71 Siehe z.B. ARD-Fernsehmagazin Monitor, „Wie bayerische Abgeordnete Steuermittel missbrauchen“, Sendung vom 29.8.2013.

72 von Arnim (Fn. 29), S. 77 ff.

schen geschehen. Und von allem sind die außerparlamentarischen Konkurrenten der Parlamentsparteien völlig ausgeschlossen.

## VI. Die normative Kraft des Faktischen oder der Kampf zwischen Recht und Macht

### 1. Erweiterung der beschränkten Klagebefugnis

Die Möglichkeiten eines Verfassungsgerichts sind von vornherein begrenzt, weil es nicht von sich aus tätig werden kann, sondern nur auf Antrag. Klagebefugt z. B. hinsichtlich der Abgeordnetendiäten sind aber die Bürger, die alles bezahlen müssen, gerade nicht, sondern Regierungen und Abgeordnete. Das bedeutet, dass diejenigen, die befugt sind zu klagen, dazu meist nicht bereit sind, während diejenigen, die vielleicht gerne klagen würden, dazu nicht befugt sind.<sup>73</sup> In diesem Dilemma liegt ein Grund, warum gewisse Verstöße und Umgehungen der Diätenrechtsprechung weiterhin fortbestehen (s. o.).

Zur Abhilfe liegt es nahe, eine Anleihe bei den Urteilen zur Übertragung von Hoheitsakten auf die Europäische Union vorzunehmen. Dort hat der Zweite Senat, gestützt auf Art. 38 GG, Klagen zugelassen. Denn „die durch die Wahl [zum Bundestag] bewirkte Legitimation von Staatsgewalt und Einflussnahme auf deren Ausübung“ könnte durch solche Übertragungen fundamental ausgehöhlt werden.<sup>74</sup> Zu einer ähnlichen Entleerung des Wahlrechts können auch parlamentsinterne politische Kertelle führen. Schließlich nehmen sie dem Bürger die Möglichkeit, sein Wahl- und Partizipationsrecht noch auszuüben, weil dem Wähler hinsichtlich des betreffenden Themas eine Art „Einheitsblock“ aus Mehrheits- und Oppositionsparteien gegenübersteht.<sup>75</sup> Deshalb sollte das Bundesverfassungsgericht den Bürgern auch in solchen Fällen die Klagebefugnis gewähren.

Die Kraft des Faktischen entfaltet ihre Macht aber auch weit darüber hinaus. Der indirekte Einfluss, den die etablierten Parteien durch die Wahl der Mitglieder von Kontrollorganen sowie generell durch Ämterpatronage ausüben können, wurde bereits dargelegt.

### 2. Partielle Angewiesenheit der Verfassungsgerichte auf die Politik

Hinzu kommt, dass Verfassungsgerichten weitere strukturelle Schwächen anhaften: Sie verfügen nicht über „the sword and the purse“<sup>76</sup> und sind deshalb in einigem Umfang darauf angewiesen, dass die Politik ihrer Linie folgt.<sup>77</sup> Zur Angewiesenheit auf die Politik trägt auch

bei, dass das Gerichtsverfahren (einschließlich der Klagebefugnis und der Wirkungen von Urteilen) im Bundesverfassungsgerichtsgesetz geregelt ist und damit in der Hand der Politik liegt. Die Politik kann sogar versucht sein, die Verfassung, z. B. durch Einfügen einer Sperrklausel, zu ändern<sup>78</sup> oder jedenfalls damit zu drohen, um das Gericht einzuschüchtern.<sup>79</sup>

Gegenüber Verfassungsänderungen in eigener Sache könnte die Öffentlichkeit (einschließlich der Fachöffentlichkeit) aber sehr empfindlich reagieren. Das zeigte 1995 der Versuch der Politik, den Diätenartikel des Grundgesetzes (Art. 48) zu ändern, um auf diesem Wege Teile des Diätenurteils des Bundesverfassungsgerichts zu überwinden. Das rief den Protest von 86 Staatsrechtslehrern hervor und scheiterte schließlich am Nein des Bundesrats.<sup>80</sup>

Hier zeigt sich einmal mehr, wie abhängig Verfassungsgerichte von der Öffentlichkeit sein können. Verfassungsgerichte sind zwar – aufgrund ihrer institutionell gesicherten Unabhängigkeit – sehr viel robuster gegenüber der öffentlichen und der veröffentlichten Meinung als die auf Wiederwahl angewiesene Politik. Aber auch sie sind nicht völlig immun gegenüber der Politik und der öffentlichen Meinung.<sup>81</sup>

### 3. Politikwissenschaft: Ausrichtung am Faktischen

Zur Hinnahme der aus den bestehenden politischen Machtverhältnissen resultierenden Regelungen tendieren auch weite Teile der Politikwissenschaft. Politikwissenschaftler räumen einerseits zwar ein, dass die Ins sich gegenüber den Outs abschotten und sich „bereichern“. Andererseits suchen sie das teils zu rechtfertigen, teils darzulegen, dass der politische Prozess es schon selbst richte. So z. B. der Politikwissenschaftler *Klaus von Beyme*, der meint, die Auswüchse des Parteienstaats seien leicht unter Kontrolle zu bekommen.<sup>82</sup>

73 Sind dagegen die Wettbewerbsbedingungen verzerrt, können die benachteiligten Bürger und ihre Parteien durchaus klagebefugt sein.

74 BVerfGE 89, 155 (172).

75 So auch die Anregung von *Petersen* (Fn. 8), S. 65 f.

76 *Alexander Hamilton*, *The Federalist* Nr. 78.

77 Daran ändert auch die sogenannte Vollstreckungskompetenz des Bundesverfassungsgerichts (§ 35 BVerfGG) nichts. Dazu *Christian Pestalozza*, *Verfassungsprozessrecht*, 3. Aufl. 1991, § 19; *Ernst Benda/Eckart Klein*, *Verfassungsprozessrecht*, 3. Aufl. 2012, § 41.

78 Siehe z. B. die jüngsten Äußerungen von Bundestagspräsident *Norbert Lammert* und anderen CDU-Politikern: *Susanne Gaschke/Thorsten Jungholt/Thomas Sebastian Vitzthum*, In der Union wächst die Wut auf Karlsruhe, *Die Welt* v. 18.4.2015. Dem widersprachen allerdings Bundesjustizminister *Heiko Maas* sowie Vertreter der Grünen und der FDP: *Thorsten Jungholt*, Maß verteidigt Karlsruhe gegen Kritik aus Union, *Die Welt*.online v. 19.4.2015, <http://www.welt.de/politik/deutschland/article139773083/-/Maas-verteidigt-Karlsruhe-gegen-Kritik-aus-Union.html> <11.5.2015>.

79 Dazu *Hans Herbert von Arnim*, Kritisches zur Kritik an der Sperrklausel-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, DVBl 2014, 1489 (1490 und 1495).

80 *Hans Herbert von Arnim*, Das neue Abgeordnetengesetz, *Speyerer Forschungsberichte* 169, 2. Aufl. 1997, S. 18 f.

81 *Helmuth Schulze-Fielitz*, Das Bundesverfassungsgericht und die öffentliche Meinung, in: *Gunnar Folke Schuppert/Christian Bumke* (Hrsg.), *BVerfG und gesellschaftlicher Grundkonsens*, 2000, S. 111 (127 ff.).

82 *Klaus von Beyme*, Die politische Klasse im Parteienstaat, 2. unveränd. Aufl. 1995, S. 194: Auswüchse des Parteienstaates seien „relativ leicht unter Kontrolle zu bringen.“ Dazu *Hans Herbert von Arnim*, *Fetter Bauch regiert nicht gern*. Die politische Klasse – selbstbezogen und abgehoben, 1997, S. 424 f.

### a) Katz' und Mairs Kartellparteien

Auch die Politikwissenschaftler *Richard Katz* und *Peter Mair*<sup>83</sup> erkennen, dass Politiker im Parlament über die Fraktions- und Föderalismusgrenzen hinweg – ausdrücklich oder unausgesprochen – politische Kartelle bilden und dass auf diese Weise die drinnen sich gegenüber denen draußen abschotten und ihre Interessen durch Ausweitung von Politikfinanzierung und Ämterpatronage fördern. *Katz* und *Mair* wenden sich aber nicht gegen diese Entwicklung, sondern plädieren lediglich für eine entsprechende Anpassung der Demokratietheorie.<sup>84</sup>

### b) Der Politische Klasse-Ansatz

Der Ansatz von *Katz* und *Mair* zeigt bereits, dass die Thematik weit über Einzelfälle hinausgeht, weshalb sie geradezu davon sprechen, die früheren Volksparteien entwickelten sich allmählich zu „Kartellparteien“. Da die Politiker in den Parlamenten und Regierungen hinsichtlich ihrer Berufsinteressen am Behalt und Genuss der Macht eine eigene „Klasse“ bilden, geht es letztlich um die privilegierte Durchsetzung der Interessen dieser sogenannten politischen Klasse. Diese sitzt direkt an den Schalthebeln der Macht, kann also ihren rechtlichen Status selbst bestimmen.

Kritik daran übt aber immerhin der Politikwissenschaftler *Jens Borchert*. Er diagnostiziert eine Art Teufelskreis: Die Abschottung der politischen Klasse beschneidet den Bürgern ihre politische Mitwirkung, was diese frustriert, worauf die politische Klasse mit umso größerer Abschottung reagiert und damit die Politikerverdrossenheit der Bürger erst recht vertieft.<sup>85</sup>

### c) Party Change-Forschung

Ein an die Forschungen von *Katz/Mair* und *Borchert* angelehnter Zweig der Politikwissenschaft verwendet einen weiten Begriff der Parteien, in welchen auch die „parties in parliament“ (einschließlich der Parteistiftungen) einbezogen werden. Die Trennung zwischen Parteien, Fraktionen, parteinahen Stiftungen sowie Abgeordneten und ihren Mitarbeitern wird aufgegeben. Dieser Ansatz sieht die Parteien mit dem Wachstum ihrer staatsfinanzierten Einnahmen und zunehmender Ämterpatronage unter der Hand immer mehr zu wettbewerbsbeschränkenden, bürgerfernen, selbstreferenziellen Staatsparteien werden und sich von „bottom up-parties“ zu „top down-parties“ entwickeln.<sup>86</sup>

Dass das Bundesverfassungsgericht ein Gegengewicht bilden könne, wird entweder nicht thematisiert oder aus-

drücklich in Abrede gestellt. *Borchert* etwa meint, es gebe – außer der Öffentlichkeit bei Diätenerhöhungen – keine Veto-Spieler. Die Verfassungsgerichte spielten letztlich keine Rolle, weil der Gesetzgeber einen weiten Spielraum besitze.<sup>87</sup> Diese Auffassung ist aber insoweit überholt, als das Bundesverfassungsgericht, wie dargelegt, gerade bestimmte Entscheidungen, welche die politische Klasse in eigener Sache trifft, besonders streng prüft und dadurch den gesetzgeberischen Spielraum stark verengt.

## VII. Fazit

Die Erkenntnis, dass Entscheidungen des Parlaments in eigener Sache einer verschärften gerichtlichen Kontrolle unterliegen, lenkt den Blick auf den politischen Prozess, insbesondere das Gesetzgebungsverfahren, und damit auf die große Bedeutung der Offenheit und Chancengleichheit des politischen Wettbewerbs.

Das Problem ist, je nach Konstellation, von durchaus unterschiedlichem Gewicht. Wird die parlamentarische Opposition von der Regierungsmehrheit diskriminiert, so wird sie die parlamentarischen Verfahren nutzen, um sich zur Wehr zu setzen, und auch die öffentliche Kontrolle alarmieren. Zudem können die Bürger Missbräuche durch Wahl der parlamentarischen Opposition sanktionieren. Diese wirkt auch regelmäßig an der Bestellung von Verfassungsrichtern, Sachverständigenkommissionen und anderen Kontrollenrichtungen sowie der Ämterpatronage insgesamt mit.

Es besteht allerdings die Tendenz, dass Regierungsmehrheit und parlamentarische Opposition sich im Laufe der Zeit einigen und politische Kartelle bilden, um ihre Interessen gemeinsam auf Kosten außerparlamentarischer Kräfte (und deren Wähler) oder der Allgemeinheit durchzusetzen. Dann ziehen Regierungs- und Oppositionsfraktionen an einem Strang, sodass der Wettbewerb zwischen ihnen ausfällt. Damit entfallen sämtliche Vorkehrungen, die sonst einen befriedigenden Ablauf der parlamentarischen Willensbildung sichern sollen. Zudem haben außerparlamentarische Parteien regelmäßig keinen Einfluss auf die Bestellung der Mitglieder von Kontrollorganen und auf Ämterpatronage generell.

Werden die Regeln des Machterwerbs und des Machtgenusses zugunsten der Parlamentsparteien und ihrer Abgeordneten verzerrt, so fordert das die verschärfte Gerichtskontrolle heraus. Auf der Verfahrenskontrolle liegt auch deshalb das Schwergewicht, weil für die Höhe der Abgeordnetenentschädigung, der staatlichen Parteien-, Fraktions- und Stiftungsfinanzierung sowie für die Zahl der Abgeordnetenmitarbeiter kaum verfassungsrechtliche Maßstäbe zur Verfügung stehen. Deshalb muss auf die Einhaltung der gesetzgeberischen Verfahrensvorschriften besonders geachtet werden, und den Bürgern muss, soweit ihnen ihr Partizipations- und Wahlrecht durch politische Kartelle genommen wird, ein Antragsrecht zum Bundesverfassungsgericht gewährt werden. Das ist umso mehr angezeigt, als frühere Urteile des Gerichts immer wieder ignoriert oder umgangen werden.

83 *Richard S. Katz/Peter Mair*, Changing Models of Party Organization and Party Democracy. The Emergence of the Cartel Party, Party Politics 1995, 5 ff.

84 *Katz/Mair* (Fn. 83), S. 21.

85 *Jens Borchert*, Die Professionalisierung der Politik. Zur Notwendigkeit eines Ärgernisses, 2003, S. 40 f., 59, 63, 132.

86 Überblick bei *Friedbert W. Rüb*, „Sind die Parteien noch zu retten?“ Zum Stand der gegenwärtigen Parteien- und Parteiensystemforschung, Neue Politische Literatur 2005, 397 (404 ff.). Weitere Quellen bei *Hans Herbert von Arnim*, Politische Parteien im Wandel. Ihre Entwicklung zu wettbewerbsbeschränkenden Staatsparteien – und was daraus folgt, 2011, S. 35 ff.

87 *Borchert* (Fn. 85), S. 44.

Auch sonst wirken starke Kräfte auf ein Festhalten am Status quo hin. Diese üben Druck auch auf das Gericht aus und können es veranlassen, schon bei seinen Entscheidungen zurückzustecken, um die Akzeptanz gegenüber der Politik zu erhöhen.<sup>88</sup> Auch dafür gibt es Beispiele. Bei Entscheidungen des Parlaments in eigener Sache und der dabei erforderlichen intensiven Gerichtskontrolle dürfte aber – jedenfalls hinsichtlich des Gesetzgebers – ohnehin nicht mit viel Akzeptanz zu rechnen sein. Schließlich bescheinigt das Gericht dem Parlament Befangenheit, was – trotz aller sachlichen Berechtigung – das Hohe Haus ungern auf sich sitzen lässt, wie z.B. die teilweise geradezu hysterischen Reaktionen auf die Sperrklausel-Rechtsprechung zeigen.<sup>89</sup> Hier muss das Gericht die Kritik aushalten.

Umso wichtiger aber bleibt die Unterstützung des Gerichts durch die Öffentlichkeit. Das Gericht sollte deshalb gerade bei der strengen Kontrolle von Entscheidungen des Parlaments in eigener Sache besonderen Wert darauf legen, über die rechtstechnische Argumentation hinaus, auch auf die allgemeine Verständlichkeit seiner Entscheidungen zu achten. Es muss seine Entscheidun-

gen etwa zum Verbot von Funktionszulagen besser begründen. Vor allem muss das Gericht die grundlegende Bedeutung der politischen Konkurrenz ganz deutlich machen. Jedenfalls ist diese nicht überall in der Öffentlichkeit angekommen. Die heftige Kritik etwa der FAZ<sup>90</sup> und der SZ<sup>91</sup> an den Sperrklausel-Entscheidungen waren mit keinem Wort auf die große Wichtigkeit der Offenheit und Fairness des politischen Prozesses eingegangen.

Das Gericht muss deutlich machen, dass die demokratische Legitimität und die Richtigkeitsgewähr der Gesetzgebung davon abhängen, dass das Verfahren nicht verzerrt ist und erst durch die Sicherung der Offenheit und Chancengleichheit hergestellt werden, dass sich der Bundestag gegenüber dem Verfassungsgericht also nicht auf seine sonst üblicherweise bestehende demokratische Legitimation berufen kann, sondern dass es um eine Auseinandersetzung zwischen Recht und Macht geht. Zwar hat auch das Gericht einen Entscheidungsspielraum, kraft seiner größeren Unabhängigkeit ist die Chance eines gerechten Ausgleichs bei ihm aber sehr viel höher als bei einem in Eigeninteressen befangenen Gesetzgeber.

88 *Georg Vanberg*, The Politics of Constitutional Review in Germany, 2005, Kap. 2 und durchgehend; *Petersen* (Fn. 8), S. 65.

89 *von Arnim* (Fn. 79). DVBl 2014. 1489 (1490, 1495).

90 *Georg Paul Hefty*, Absichtliche Atomisierung, FAZ Nr. 263/45 v. 11.11.2011, S. 1.

91 *Heribert Prantl*, Ist eh schon wurst, SZ Nr. 259 v. 10.11.2011, S. 4.