

Europäisierung des Parteiverbots?

– Das Merkmal der „Potentialität“ im Lichte der Rechtsprechung des EGMR –

Paul Höhner, M.Sc.¹/Sven Jürgensen²

I. Einleitung

Am 17. Januar 2017 hat das BVerfG verkündet, die NPD nicht zu verbieten.³ Schon während der mündlichen Verhandlung wurde deutlich, dass die weitaus umfangreichere Rechtsprechung des EMRK zu Parteiverboten einen langen Schatten wirft: „Mit Blick auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs muss ein Eingriff verhältnismäßig sein. Wie wollen Sie um diese Klippe herumkommen, ohne gewisse Anhaltspunkte für eine potenzielle Verwirklichung?“, so der Richter *Landau* während der Sachverständigenbefragung.⁴

Nachdem andere Verbotsverfahren im Laufe der Jahrzehnte mangels Parteieigenschaft⁵ oder Verfahrenshindernissen⁶ scheiterten, bestimmte das Gericht die Voraussetzungen für ein Parteiverbot neu. Mit einer der Novationen, der Implementierung der sog. Potentialität, geht ein Wandel von einer gesinnungsin zu einer verhaltensbezogenen Verbotsprüfung einher. Gleichzeitig nutzt das Gericht die Gelegenheit, die Übereinstimmung mit der neueren Rechtsprechung des EGMR zu Parteiverboten⁷ zu suchen.

Die zentrale Frage lautet dabei: *Wie gefährlich muss eine Partei sein, damit ein Verbot zulässig ist?* Das Panorama der in der Diskussion vorgeschlagenen Anforderungen an das Element der Gefahr, die von einer Partei ausgehen muss, um verbotswürdig zu sein, reichte von einer abstrakten Gefahrvermutung i.S.e. ideologischen Risikovorsorge⁸, über die nachhaltige Gefahr⁹, welche an die strukturelle Gefahr der Partei als Organisationsform anknüpft, bis hin zum letztmöglichen Eingriffsmoment, der aus dem Polizei- und Ordnungsrecht entlehnten konkreten Gefahrenschwelle.¹⁰ Das BVerfG musste sich bei der Konzeptionierung einer Gefahrenschwelle mit diesen verschiedenen Möglichkeiten auseinandersetzen und dabei der Wertung der EMRK im Wege der völkerrechtsfreundlichen Auslegung gerecht werden.

Dieser Beitrag beleuchtet das Tatbestandsmerkmal der Potentialität als Gefahrenschwelle für das Parteiverbotsverfahren des Art. 21 Abs. 2 GG, wie es vom BVerfG im NPD-Urteil verwendet wurde. Ausgehend von den Neuerungen im deutschen Verfassungsrecht in Bezug auf die Rechtsprechung zu Parteiverboten (II.), wird anhand der europäischen Rechtsprechung die Gefahrenschwelle der EMRK und deren Relevanz für die deutsche Rechtsprechung herausgearbeitet (III.). Abschließend werden die Gemeinsamkeiten und Unterschiede der deutschen und europäischen Konzeption einer parteispezifischen Gefahr dargestellt (IV.) und das Merkmal der Potentialität einer kritischen Würdigung unterzogen (V.).

II. Neujustierung der Gefahrenschwelle für das Parteiverbot nach Art. 21 Abs. 2 GG

1. Verfassungsrechtliche Maßstäbe der Auslegung des parteispezifischen Gefahrenbegriffs

Das Parteiverbot stellt einen schwerwiegenden Eingriff in die Freiheit der politischen Willensbildung dar, insbesondere in die Parteienfreiheit gem. Art. 21 Abs. 1 GG.¹¹ Die herausgehobene Stellung der politischen Parteien findet ihren Ausdruck darin, dass mit Art. 21 Abs. 2 S. 1 GG die Verbotsgrundlage auf

¹ Der Verfasser ist Student der Rechtswissenschaften und studentische Hilfskraft am PRuF.

² Der Verfasser ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am PRuF.

³ Für einen Bericht von der Urteilsverkündung s. *S. Jürgensen*, *Der Demokratie zumutbar? Zum NPD-Verbotsurteil des BVerfG*, auf <http://verfassungsblog.de/der-demokratie-zumutbar-zum-npd-verbotsurteil-des-bverfg/> (zuletzt abgerufen am 16.03.2017); s. auch: *S. Roßner*, *Die NPD hat nicht genug Potential*, auf <http://www.lto.de/recht/hintergruende/h/bverfg-2-bvb-1-13-mpd-verbotsverfahren-partieverbot-voraussetzungen-potentialitaet-bedeutung/> (zuletzt abgerufen am 16.03.2017).

⁴ *C. Leggewie/H. Meier*, *Wir brauchen zeitgemäße Maßstäbe für die Parteienfreiheit*, Deutschlandfunk 2016, online unter: http://www.deutschlandfunk.de/verbotsverfahren-freispruch-fuer-mpd-waere-fatales-signal.1184.de.html?dram:article_id=366153 (zuletzt abgerufen am 16.03.2017).

⁵ BVerfGE 91, 262 (Nationale Liste); 91, 276 (FAP Verbot).

⁶ BVerfGE 107, 339 (NPD I).

⁷ Zur zunehmenden Bedeutung der europäischen Ebene s. *S. D. Emek*, *Parteiverbote und Europäische Menschenrechtskonvention*, 2006, S. 23 ff. Das Sondervotum gegen einen Abbruch des NPD I-Verbotsverfahrens, hatte bereits 2003 eine Auseinandersetzung mit der Konvention gefordert, BVerfGE 107, 339 (394 f.).

⁸ *M. J. Alter*, *Die Eingriffsschwelle beim Verbot extremistischer Parteien und Vereine in Deutschland und England*, 2016, S. 131 f.

⁹ Nachhaltigkeit ist eigentlich ein positiv besetzter Begriff. Es gibt aber auch eine negative Dimension von nachhaltigen Entwicklungen, s. *L. Michael*, *Die „nachhaltige“ Gefahr als Eingriffsschwelle für Vereins- und Parteiverbote*, in: P. Häberle/M. Morlok/V. Skouris (Hrsg.), *FS Tsatsos*, 2003, S. 383 (403 f.).

¹⁰ Umfassende Nachweise zu den Vorschlägen aus der Literatur finden sich bei *F. Shirvani*, *JZ* 2014, 1074 (1076 Fn. 34); Eine Übersicht über unterschiedliche Gefahrenschwellen findet sich bei *M. J. Alter* (Fn. 8), S. 131 f.

¹¹ BVerfG, Urteil vom 17.01.2017 – 2 BvB 1/13, Rn. 511, 523 ff.

Verfassungsebene und gegenüber dem Vereinsverbot des Art. 9 Abs. 2 GG speziell geregelt ist. Bei der Auslegung dieser Norm als Verfassungsnorm verbietet sich jedenfalls die unreflektierte Rekursion auf Rechtsbegriffe des verwaltungsrechtlichen Gefahrenabwehrrechts.¹²

Für die Auslegung von Art. 21 Abs. 2 GG ist das Bekenntnis der Verfassung zur streitbaren Demokratie fundamental. Das Grundgesetz ist nicht wertneutral und das Paradoxon des Verbots – Einschränkung der Freiheit zum Schutz der Freiheit – nur vordergründig im Widerspruch zur Volkssouveränität oder zum Demokratieprinzip.¹³ Vielmehr soll das Verbot die gleichberechtigte Teilhabe an der politischen Willensbildung und den dauerhaften Bestand der Demokratie gewährleisten.¹⁴ Als Konkretisierung beider Prinzipien hat jede Auslegung die Aufgabe, eine Synthese zwischen dem Prinzip der Toleranz gegenüber allen politischen Meinungen und dem Bekenntnis zu unantastbaren Werten der Staatsordnung herzustellen.¹⁵

Jede Auslegung muss darüber hinaus dem Präventionscharakter¹⁶ der Wehrhaftigkeit genügen. Der präventive Verfassungsschutz begegnet Gefahren frühzeitig, wenn der freie politische Ideenwettbewerb eine Umsetzung extremistischer Ideen nicht unterbinden

kann.¹⁷ In diesem Sinne muss ein Verbot als *ultima ratio* drei Freiheiten gerecht werden: der Freiheit des politischen Prozesses, der Meinungsfreiheit als verfassungsimmanente Schranke der Wehrhaftigkeit und der Parteienfreiheit, welche die Organisationsform als solche schützt.¹⁸

Diesen Anforderungen kann das Parteiverbot nur entsprechen, wenn es seiner Begründung nach kein Gesinnungs- oder Weltanschauungsverbot darstellt, sondern allein auf die von einer extremistischen Partei ausgehende Organisationsgefahr abstellt.¹⁹ Die Notwendigkeit restriktiver Auslegung ergibt sich aus der Schwere des Eingriffs der derzeitigen Regelung.²⁰ Aufgrund des abschließenden Regelungscharakters besteht nach dem Diktum des BVerfG für die Annahme ungeschriebener Tatbestandsmerkmale kein Raum.²¹ Die Norm lässt ebenfalls keinen Handlungs- oder Ermessensspielraum erkennen, sodass die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes verwehrt bleibt.²² Demzufolge muss der verfassungsrechtliche Gefahrenbegriff aus Art. 21 Abs. 2 GG die spezifische Organisationsgefahr²³ von Parteien erfass-

¹² Dies folgt nicht aus der Annahme einer strukturellen Trennung von Verfassungs- und Verwaltungsrecht, klassisch in der Sentenz *Otto Meyers*: „Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht“ (Vorwort zur 3. Auflage des Deutschen Verwaltungsrechts, 1924), als daraus, dass sich diese Rechtsbegriffe als „konkretisiertes Verfassungsrecht“ (*F. Werner*, DVBl. 1959, 527 ff.) unter bereichsspezifischen Bedingungen entwickelt haben, die nicht denen des Parteiverbots entsprechen, dazu *L. Michael* (Fn. 9), 383 (384 ff.).

¹³ BVerfG, Urteil vom 17.01.2017 – 2 BvB 1/13, Rn. 515; zu den Paradoxien des Parteiverbots grundlegend *M. Morlok*, NJW 2001, 2931 (2931 ff.); aus der Logik der Wertegebundenheit muss sich letztendlich auch die Rolle des Parteiverbots ergeben, s. *D. Volp*, NJW 2016, 459 (463); *U. Volkmann*, in: K. H. Friauf/W. Höfling (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Grundgesetz, 2001, Art. 21 Rn. 93; grundlegend dazu *M. Thiel*, Zur Einführung: Die „wehrhafte Demokratie“ als verfassungsrechtliche Grundentscheidung, in: Ders. (Hrsg.), Wehrhafte Demokratie – Beiträge über die Regelungen zum Schutze der freiheitlichen demokratischen Grundordnung, 2003, S. 1 (23).

¹⁴ Hiermit verbunden ist die Frage nach der Sinnhaftigkeit von Parteiverboten in gefestigten Demokratien, s. auch *D. Volp*, NJW 2016, 459; *M. Morlok*, NJW 2001, 2931 (2932); *M. Thiel*, Das Verbot verfassungswidriger Parteien (Art. 21 Abs. 2 GG), in: Ders. (Hrsg.), Wehrhafte Demokratie – Beiträge über die Regelungen zum Schutze der freiheitlichen demokratischen Grundordnung, 2003, S. 173 (175 f.).

¹⁵ BVerfG, Urteil 17.01.2017 – 2 BvB 1/13, Rn. 516, 517; zur Definition der „freiheitlich demokratischen Grundordnung“ als unantastbarer Wert s. bereits BVerfGE 2, 1 (12 f.).

¹⁶ *M. Morlok*, NJW 2001, 2931 (2940); auch bereits BVerfGE 5, 85 (142).

¹⁷ BVerfGE 5, 85 (142); *L. Michael* (Fn. 9), 383 (399 f.).

¹⁸ Grundrechtseinschränkungen können durch Wehrhaftigkeit gerechtfertigt sein, vgl. BVerfGE 5, 85 (137); 28, 36 (48 f.); 30, 1 (19 f.); 39, 334 (369); zur Meinungsfreiheit insbesondere *L. Michael*, ZJS, 2010, 155 ff.

¹⁹ BVerfG, Urteil vom 17.01.2017 – 2 BvB 1/13, Rn. 571; ebenso *M. J. Alter* (Fn. 8), S. 342 ff.

²⁰ Die Auflösung der Partei, das Verbot von Ersatzorganisationen und die Einziehung des Parteivermögens sind eine zwingende Folge. Allein der Mandatsverlust als Rechtsfolge gem. § 46 Abs. 1 S. 1 Nr. 5, Abs. 4 BWahlG kann eine Ausnahme darstellen, BVerfG, Urteil 17.01.17 – 2 BvB 1/13, Rn. 569.

²¹ BVerfG, Urteil vom 17.01.2017 – 2 BvB 1/13, Rn. 590; so ebenfalls *F. Shirvani*, JZ 2014, 1074 (1079 f.).

²² Eine gesonderte Sanktionierung unterhalb der Schwelle des Verbots ist nach Hinweis des Präsidenten des BVerfG bei der Urteilsverkündung des NPD-Verbotsurteils möglich und eine Frage für den verfassungsändernden Gesetzgeber. Der Gesetzentwurf des Bundesrats für einen Ausschluss verfassungsfeindlicher Parteien aus der Parteienfinanzierung liegt bereits vor, BR-Drs. 153/17. Kritisch dazu *M. Morlok*, Kein Geld für verfassungsfeindliche Parteien?, ZRP 2017, i.E.; teilweise wird angenommen, eine das Anknüpfungsverbot aufhebende vorverbotliche Ungleichbehandlung sei denkbar, z.B. *M. Kloepfer*, NJW 2016, 3003 ff., und aufgrund der „Dysfunktionalität“ der bestehenden Regelung sogar wünschenswert, so *U. Volkmann*, DÖV 2007, 577 (584); *ders.*, JZ 2010, 209 ff.

²³ Ein Rückgriff auf die polizeirechtliche „konkrete Gefahr“ oder den umweltrechtlichen nachhaltigen Gefahrenbegriff widerspricht dem Präventionscharakter und dem Wortlaut des Gesetzes, so auch BVerfG, Urteil vom 17.01.2017 – 2 BvB 1/13, Rn. 605; in Bezug auf die Ungeeignetheit des polizeirechtlichen Gefahrenbegriffs auch *L. Michael*, (Fn. 9), S. 383 (401).

sen und größtmögliche Konkordanz auf Tatbestands-ebene herstellen.²⁴

2. Die Gefahrenschwelle vor dem NPD II-Urteil – Gefahrenvorsorge in einer jungen Demokratie

Das Besondere an dieser Art parteispezifischer Gefahr ist, dass sie sich nicht zeitlich festlegen oder gar an einer einzelnen Handlung festmachen lässt, sondern aus vielen feindseligen, für sich genommen unbedeutenden Einzelakten besteht, die erst in ihrer Gesamtschau das Ziel der Untergrabung der bestehenden Ordnung erkennen lassen.²⁵ Aufgrund dieser Schwierigkeit ließ das BVerfG 1952 eine Gefährlichkeitsvermutung ohne erkennbare Realisierungschance ausreichen und verbot i.S.d. Risikovorsorge die SRP.²⁶ Auch im KPD Urteil von 1956 ging das BVerfG davon aus, dass für ein Verbot keine absehbare Verwirklichungsmöglichkeit der verfassungsfeindlichen Ziele einer Partei notwendig sei.²⁷ Die geforderte „aktiv-kämpferische Haltung“ einer extremistischen Partei wurde nach damaliger Ansicht bereits durch Beschimpfungen, Beleidigungen, einen unsachgemäßen Tonfall und durch die politische Gewalt befürwortende Propaganda des Marxismus-Leninismus erfüllt.²⁸ Insofern reichte das, wenn auch aggressive, Entstehen für eine politische Richtung in der Öffentlichkeit aus. Diese allein gesinnungsbezogene Verbotsbegründung ist widersprüchlich, hatte das Gericht doch zuvor erklärt, dass die Verfolgung anti-demokratischer Ziele kein hinreichender Verbotsgrund sein kann.²⁹

Insgesamt zeichnen sich beide Leiturteile durch die intensive Auseinandersetzung mit der Unvereinbarkeit totalitärer Ideologien von rechts wie von links mit der freiheitlich demokratischen Grundordnung aus. Die Begründung der verfassungsfeindlichen Zielsetzung durch die Programmatik stand im Vordergrund. Das Ausreichen einer abstrakten Gefahrenschwelle, das Erfordernis einer „Haltung“ anstelle

eines „Verhaltens“, wurde hauptsächlich mit der Präventionsfunktion der Wehrhaftigkeit begründet, ohne dabei das Missverhältnis zwischen einer real ungefährlichen, aber unerwünschten Partei und der Schwere des Eingriffs auszuräumen.³⁰ Wohnt dem Angriff auf die Demokratie aber keine reale Gefahr inne, verliert das Verbot seine Schutzfunktion.³¹

3. Potentialität als verhaltenbezogenes Gefahrenmerkmal i.S.v. „Darauf Ausgehen“

Wendet sich eine Partei gegen eines der Wesenselemente der freiheitlich demokratischen Grundordnung (Menschenwürde, Demokratie, Rechtsstaatlichkeit), erfüllt sie das ideologische Kriterium der verfassungsfeindlichen Zielsetzung³² und muss ebenfalls das handlungsbezogene Merkmal des „Darauf Ausgehens“ erfüllen, um verbotswürdig zu sein.³³ Von einem „Beeinträchtigen“ i.S.v. Art. 21 Abs. 2 GG³⁴ kann nur ausgegangen werden, wenn eine Partei mit hinreichender Intensität eine spürbare Gefährdung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung bewirkt. „Darauf Ausgehen“ bildet somit den zielorientierten Zusammenhang zwischen den Handlungen der Mitglieder oder Anhänger³⁵ und der verfassungsfeindlichen Zielsetzung. Zur Qualifizierung des Zusammenhangs greift das Gericht auf das Strafrecht zurück, indem es ein aktives planvolles Handeln i.S.e. qualifizierten Vorbereitungshandlung fordert (versuchte Verfassungsverletzung).³⁶ Weiterhin bricht das BVerfG mit seiner früheren Rechtsprechung zu Parteiverboten, indem es das Erfordernis der „Potentialität“ in

³⁰ M. J. Alter (Fn. 8), S. 180, 194.

³¹ So auch U. Volkmann, in: K. H. Friauf/W. Höfling (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Grundgesetz, 2001, Art. 21 Rn. 92; M. Morlok, NJW 2001, 2931 (2941).

³² Zur Schutzgutdefinition siehe BVerfG, Urteil 17.01.2017 – 2 BvB 1/13, Rn. 556; BVerfGE 2, 1, (12 f.); M. Morlok, JA 2013, 317 (321); D. Volp, NJW 2016, 549 (462 f.); F. Shirvani, JZ 2014, 1074 (1075).

³³ Zu den Voraussetzungen des Art. 21 Abs. 2 S. 1 GG im Einzelnen M. Morlok, JA 2013, 317 ff.

³⁴ Das Tatbestandsmerkmal „Beseitigen“ ist praktisch irrelevant und bezieht sich auf den physischen Bestand der Bundesrepublik.

³⁵ Anhänger sind alle, die sich für eine Partei einsetzen, BVerfGE 2, 1 (22); 5, 85 (144).

³⁶ Die Strafrechtsdogmatik ist an dieser Stelle fruchtbar wegen der Staatsschutzdelikte (§§ 83, 87 StGB), die eine Ausnahme von der Strafflosigkeit von Vorbereitungshandlungen bilden. Die Vorbereitung erfüllt bereits das unmittelbare Ansetzen. S. dazu M. Morlok, in: H. Dreier (Hrsg.), Bd. II, 3. Aufl. 2015, Art. 21 Rn. 150; bezogen auf das Erfordernis konkreter Vorbereitungshandlungen M. Morlok, NJW 2001, 2931 (2940); M. Morlok, JA 2013, 317 (321); die Anlehnung an die Strafrechtsdogmatik ablehnend L. Michael (Fn. 9), S. 383 (399), 403, 406 f.).

²⁴ Das Element der Gefahr muss nicht zwingend in der Verhältnismäßigkeit berücksichtigt werden, F. Shirvani, JZ 2014, 1074 (1079); F. Arndt/A. Engels, in: U. Karpenstein/F. C. Mayer (Hrsg.), EMRK Kommentar, 2. Aufl. 2015, Art. 11 Rn. 45.

²⁵ So schon BVerfGE 2, 1 (20 f.), bezüglich der Bestimmung der verfassungsfeindlichen Zielsetzung.

²⁶ Die verfassungsfeindliche Zielsetzung, indiziert durch die Wesensverwandtschaft zur NSDAP, reichte aus: BVerfGE 2, 1 (69). Heute hingegen ist dies unzureichend: BVerfG, Urteil vom 17.01.2017 – 2 BvB 1/13, Leitsatz 7, Rn. 591 f., 805, 841.

²⁷ BVerfGE 5, 85 (143 f.); siehe dazu M. Morlok, JA 2013, 317 (321); F. Shirvani, JZ 2014, 1074 (1075).

²⁸ BVerfGE 5, 85 (175, 236).

²⁹ BVerfGE 5, 85 (135, 140 f.); zum Widerspruch der angewandten Maßstäbe im KPD Urteil, s. auch M. J. Alter (Fn. 8), S. 168 f., 183, 185 m.w.N.

das Tatbestandsmerkmal hineinliest. Ein „Darauf Ausgehen“³⁷ kann danach nur angenommen werden,

„wenn konkrete Anhaltspunkte von Gewicht vorliegen, die es zumindest möglich erscheinen lassen, dass das gegen die Schutzgüter des Art. 21 Abs. 2 GG gerichtete Handeln einer Partei erfolgreich sein kann (Potentialität) [...] Ein Parteiverbot kommt vielmehr nur in Betracht, wenn eine Partei über hinreichende Wirkungsmöglichkeiten verfügt, die ein Erreichen der von ihr verfolgten verfassungsfeindlichen Ziele nicht völlig aussichtslos erscheinen lassen, und wenn sie von diesen Möglichkeiten auch Gebrauch macht.“³⁸

Im Vergleich zum SRP- und KPD-Urteil lehnt das BVerfG nunmehr eine abstrakte Gefahrenschwelle i.S.e. Gefahrenvorsorge ab, ohne jedoch eine konkrete Gefahr als letztmöglichen Eingriffszeitpunkt zu verlangen.

Hinsichtlich der Gefahrprognose im Einzelfall differenziert das BVerfG zwischen anti-demokratischen Zielen und anti-demokratischen Mitteln.³⁹ Eine zurechenbare Gewaltanwendung erfüllt danach regelmäßig das Merkmal „darauf ausgehen“, unabhängig von der Verwirklichungschance einer verfassungsfeindlichen Zielsetzung. Die Anwendung von Gewalt sei eine Missachtung des staatlichen Gewaltmonopols und dementsprechend unvereinbar mit dem Prinzip der gleichberechtigten Teilhabe an der politischen Willensbildung.⁴⁰ Gewalt indiziert damit die Potentialität. Gewalt meint dabei nicht allein strafrechtlich verfolgbare Handlungen. Bleibt das Verhalten unterhalb der Strafbarkeitsgrenze, greift es aber in die Freiheit des politischen Willensbildungsprozesses ein, kann dies ebenfalls ausreichen. Der vom Strafrecht unabhängige, weite Gewaltbegriff i.S.v. Art. 21 Abs. 2 GG soll gerade auch psychische Einwirkungen erfassen. Demnach ist es grundsätzlich denkbar, dass eine „Atmosphäre der Angst“ durch Handeln unterhalb der Schwelle strafrechtlicher Relevanz die Freiheit der politischen Willensbildung beeinträchtigt, wenn in die Rechte Dritter eingegriffen wird.⁴¹

³⁷ Der Begriff „Darauf Ausgehen“ ist unklar und schwer zu bestimmen, U. Volkmann, in: K. H. Friauf/W. Höfling (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Grundgesetz, 2001, Art. 21 Rn. 96; M. Morlok, NJW 2001, S. 2931 (2940); Thiel (Fn. 14), S. 173 (200).

³⁸ BVerfG, Urteil vom 17.01.2017 – 2 BvB 1/13, Rn. 585, 586.

³⁹ BVerfG, Urteil vom 17.01.2017 – 2 BvB 1/13, Rn. 612 m.w.N.

⁴⁰ BVerfG, Urteil vom 17.01.2017 – 2 BvB 1/13, Rn. 588.

⁴¹ BVerfG, Urteil vom 17.01.2017 – 2 BvB 1/13, Rn. 933, 977; im Fall der NPD konnten aber viele Eingriffe etwa durch Bür-

Im Vergleich mit dem inklusiven Gewaltbegriff ist der erforderliche Zurechnungszusammenhang sehr streng. Die Kooperation mit parteigebundenem (Kooperation mit anderen extremistischen Parteien) oder parteiungebundenem Extremismus (z.B. Kameradschaften, Terrornetzwerke) darf nicht einzelfallbezogen bleiben, sondern muss sich über einen längeren Zeitraum hinweg verfestigt haben, damit eine Zurechnung erfolgen kann.⁴² Die Partei muss für das verfassungsfeindliche Verhalten verantwortlich sein.⁴³ In der Gesamtschau muss das zurechenbare Verhalten dann eine Grundtendenz erkennen lassen. Aufgrund dieser hohen Anforderungen konnte im Fall der NPD die verbliebene geringe Anzahl an zurechenbaren Gewalttaten⁴⁴ (noch) keine Grundtendenz begründen. Auch im Hinblick auf die „Atmosphäre der Angst“ sind die zurechenbaren Fälle nicht verallgemeinerungsfähig, sodass eine prägende Einflussnahme auf den politischen Prozess nicht festgestellt wurde.⁴⁵

Die Anforderungen an die Gefahrenschwelle zur Umsetzung anti-demokratischer Ziele ohne Gewaltanwendung sind wesentlich höher. Eine „legale Revolution“ erfordert den Gewinn parlamentarischer Mehrheiten bei Wahlen oder durch Koalitionen, um das notwendige Gefahrenpotenzial zu erlangen. Neben dem EU Parlament und der Bundes- sowie Landesebene bezieht das BVerfG ebenfalls die Gemeinden mit ein.⁴⁶ Auch auf regionaler Ebene könne es relevante politische Gestaltungsmöglichkeiten geben, die die Freiheit des politischen Prozesses ge-

gerwehren oder Aktionen von Kameradschaften nicht zurechenbar nachgewiesen werden, dazu Rn. 1001.

⁴² BVerfG, Urteil vom 17.01.2017 – 2 BvB 1/13, Rn. 928.

⁴³ Die gesteigerte Gewalt im Bereich Rechtsextremismus kann der NPD bspw. nicht zugerechnet werden, BVerfG Urteil vom 17.01.2017 – 2 BvB 1/13, Rn. 973, 976, 979; zur Zurechnung allgemein M. Morlok, NJW 2001, 2931 (2940).

⁴⁴ Wie z.B. der Angriff von Funktionären der Jugendorganisation „Junge Nationale“ auf eine DGB-Kundgebung mit nachträglicher Billigung durch führende Parteivertreter oder der Angriff auf ein alternatives Wohnprojekt. Insgesamt können nur 12 rechtskräftig verurteilte Straftaten und 20 selbstständige Sachverhalte über einen Zeitraum von 10 Jahren zugerechnet werden, BVerfG, Urteil vom 17.01.2017 – 2 BvB 1/13, Rn. 971, 972 f.

⁴⁵ BVerfG, Urteil vom 17.01.2017 – 2 BvB 1/13, Rn. 951, 956, 976, 1008.

⁴⁶ BVerfG, Urteil vom 17.01.2017 – 2 BvB 1/13, Rn. 903, 904. Dieser Aspekt könnte den Anlass geben, nochmals über die Reichweite des verfassungsrechtlichen Parteibegriffs nachzudenken. Das BVerfG hat bislang in seiner Rechtsprechung zu diesem die kommunalpolitische Tätigkeit ausgeklammert, BVerfGE 2, 1 (76); BVerfGE 6, 367 (373); BVerfGE 11, 266 (276); BVerfGE 11, 351 ff.; dazu kritisch M. Morlok/H. Merten, DÖV 2011, 125 ff.

fährden könnten. Insofern schließt das BVerfG eine Verfassungswidrigkeit aufgrund starker, prägender regionaler Dominanz einer Partei ausdrücklich nicht aus.⁴⁷ Abschließend müssen die Verwirklichungschancen anti-demokratischer Ziele und Mittel einer Gesamtbetrachtung unterzogen werden. Die Möglichkeit der extremistischen Partei, ihr strukturelles Defizit (keine Aussicht auf Wahlerfolge) durch die Beeinflussung der außerparlamentarischen Opposition zu kompensieren, trägt ebenfalls zur Gefahrenprognose bei.⁴⁸

III. Die Bedeutung der Rechtsprechung des EGMR

1. Der EGMR als Auslegungshilfe: Gebot und Grenzen völkerrechtsfreundlicher Auslegung

Die Rechtsprechung des EGMR wird trotz der Stellung der EMRK als einfaches Bundesgesetz als Auslegungshilfe herangezogen, um den Inhalt und die Reichweite von Grundrechten und rechtsstaatlichen Grundsätzen des Grundgesetzes zu bestimmen.⁴⁹ Die Bedeutung des EGMR geht dabei über den Einzelfall und den Rang eines Bundesgesetzes hinaus:

„Die innerstaatlichen Wirkungen der Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte erschöpfen sich insoweit nicht in einer aus Art. 20 Abs. 3 GG in Verbindung mit Art. 59 Abs. 2 GG abzuleitenden und auf die den konkreten Entscheidungen zugrundeliegenden Lebenssachverhalte begrenzten Berücksichtigungspflicht, denn das Grundgesetz will vor dem Hintergrund der zumindest faktischen Präzedenzwirkung der Entscheidungen internationaler Gerichte Konflikte zwischen den völkerrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland und dem nationalen Recht nach Möglichkeit vermeiden.“⁵⁰

Die Völkerrechtsfreundlichkeit ist somit Ausdruck eines Souveränitätsverständnisses, in inter- und su-

pranationale Zusammenhänge eingebunden zu sein. Die breite Anwendung dient dazu, der EMRK in der Bundesrepublik umfassend Geltung zu verschaffen. Ziel dieses Prinzips ist nicht die Parallelisierung einzelner Schemata und Begriffe zwischen der deutschen und europäischen Ebene, sondern die Vermeidung von Völkerrechtsverletzungen. In diesem Sinne ist eine Harmonisierung innerhalb dieses rechtlichen Mehrebenensystems nicht zwingend erforderlich, beispielsweise ist die Wahl der Mittel zur Zielerreichung Aufgabe der Konventionsstaaten.⁵¹ Die völkerrechtsfreundliche Auslegung erfolgt ähnlich einer verfassungsvergleichenden Auslegung: Die Ähnlichkeiten des Normtextes müssen immer im Kontext zur Rechtsordnung gesehen werden, aus dem sich Unterschiede ergeben können. Zentral ist jeweils der menschenrechtliche Gehalt der Regelung, der sowohl das Grundgesetz sowie die EMRK auflädt.⁵² Die Grenzen der völkerrechtsfreundlichen Auslegung ergeben sich aus dem Grundgesetz. Die Auslegung darf nicht dazu führen, dass der Grundrechtsschutz eingeschränkt wird.⁵³ Die Möglichkeiten der konventionsfreundlichen Auslegung enden dort, wo die anerkannten Methoden der Auslegung und Verfassungsinterpretation nicht mehr vertretbar sind.⁵⁴ Eine unreflektierte Adaption völkerrechtlicher Begriffe verbietet sich.⁵⁵ Dennoch können, bei unterschiedlichen Begriffen oder Ergebnissen zwischen EMRK und Grundgesetz, die Wertungen und Aspekte der EMRK in die Grundrechtsprüfung miteinbezogen werden. Als „Auslegungshilfe heranziehen“ bedeutet letztendlich, die wertenden Aspekte der EGMR-Rechtsprechung für den Grundrechtsschutz fruchtbar zu machen, ohne eine Angleichung der Dogmatik zu forcieren.⁵⁶ Demnach steht das BVerfG vor der Herausforderung, den angewandten Wertungsmaßstab des EGMR und die Argumentation im Einzelfall von Parteiverbotsverfahren konfliktfrei zu integrieren.

2. EGMR Case Law: Die europäische Gefahrenschwelle in Art. 11 Abs. 2 EMRK

Zu Beginn waren sich die verhandelnden Staaten nicht einig, ob das Erfordernis der demokratischen Staatsform überhaupt in die EMRK mitaufgenommen werden sollte. Einerseits ist der Menschenrechtsschutz mit der Demokratie verbunden. Ande-

⁴⁷ Auch bzgl. anti-demokratischer Ziele ist die NPD weit davon entfernt diese zu verwirklichen, BVerfG, Urteil vom 17.01.2017 – 2 BvB 1/13, Rn. 898, 909, 929 f.

⁴⁸ Andere Parameter sind bspw. Organisationsgrad, Kampagnenfähigkeit, allgemeine gesellschaftliche Wirkkraft, Wahlrendanalysen und finanzielle Ausstattung, BVerfG, Urteil vom 17.01.2017 – 2 BvB 1/13, Rn. 909, 910; s. auch *M. J. Alter* (Fn. 8), S. 147 f.

⁴⁹ BVerfGE 74, 358 (370); BVerfGE 111, 307 (315 ff.). Mit der Ausnahme der Minderung des Grundrechtsschutzes bleibt die EMRK anwendbar, BVerfGE 111, 307 (317); 128, 326 (367); dazu ausführlich *L. Michael/M. Morlok*, Grundrechte, 5. Aufl. 2016, § 7 Rn. 115 ff.; auch *S. D. Emek* (Fn. 7), S. 23; *M. J. Alter* (Fn. 8), S. 152.

⁵⁰ BVerfGE 128, 326 (368 f.); s. auch *S. D. Emek* (Fn. 7), S. 163 ff.

⁵¹ BVerfGE 128, 326 (369).

⁵² BVerfGE 128, 326 (369); dazu *L. Michael/M. Morlok*, Grundrechte, 5. Aufl. 2016, § 7 Rn. 120.

⁵³ BVerfGE 111, 307 (317); vgl. Art. 53 EMRK.

⁵⁴ BVerfGE 111, 307 (317); 128, 326 (371).

⁵⁵ *L. Michael/M. Morlok*, Grundrechte, 5. Aufl. 2016, § 7 Rn. 120.

⁵⁶ BVerfGE 128, 326 (371).

rerseits wollte man die Konvention nicht mit allen für eine demokratische Staatsform notwendigen Elementen überfrachten. Geeinigt hat man sich dann auf die Formel zum Schutze des „in einer demokratischen Gesellschaft Notwendigen“ und die weitere Auslegung dem Gerichtshof überlassen.⁵⁷

1998 hat sich der Gerichtshof entschieden, auch bei Organisationsverboten nicht nur das pflichtgemäße Ermessen basierend auf der nationalen Norm der Konventionsstaaten zu überprüfen, sondern eine Gesamtwürdigung der Tatsachen vorzunehmen.⁵⁸ Allgemein ist das europäische Verständnis der zu schützenden Ordnung enger. Es umfasst die Offenheit und Freiheit des demokratischen Willensbildungsprozesses unabhängig von der Staatsstruktur, während nationale Konzeptionen streitbarer Demokratie meist mehr schützen als den Verfassungskern.⁵⁹ Im Fall von Parteiverboten besteht ein Konsens hinsichtlich des Schutzgutcharakters zwischen den Konventionsstaaten, sodass der EGMR dem Prinzip der Subsidiarität keinen Vorrang einräumt und eine substantielle Wertung vornimmt.⁶⁰ Aufgrund der Schwere des Eingriffs durch ein Verbot ist der Ermessensspielraum der Konventionsstaaten reduziert („limited margin of appreciation“) und es sind zwingende Gründe („convincing and compelling reasons“) für ein Verbot erforderlich.⁶¹ Das Hauptkriterium zur Überprüfung der ermessensfehlerfreien Entscheidung des Konventionsstaates ist das Erfordernis der Proportionalität.⁶² Der politisch-historische Kontext des einzelnen Staates führt auch nicht zu einer Er-

weiterung des Ermessensspielraums. Dieser Faktor stellt neben dem Rang des betroffenen Rechtsguts, der Schwere und Zweck des Eingriffs sowie der Konsensfähigkeit der Maßnahme, nur einen Faktor unter mehreren dar. Hat sich der EGMR erstmal entschieden, einen engen, limitierten Ermessensspielraum anzunehmen, folgte meist die Feststellung einer Konventionsverletzung.⁶³ Mangels einer übergeordneten normativen Theorie, nimmt der EGMR eine ad hoc Abwägung zwischen der Einschränkung von Menschenrechten und dem öffentlichen Interesse im Einzelfall vor und trägt so zur Erweiterung des bereits etablierten EMRK Case Law bei.⁶⁴ Eine nähere Bestimmung der europäischen Gefahrenschwelle ergibt sich aus dem Zusammenspiel zweier Leitentscheidungen: der zulässigen Verbote von Refah Partisi (türkische Wohlfahrtspartei) und Batasuna (baskische Unabhängigkeitspartei).⁶⁵

Refah hatte zum Verbotszeitpunkt durch den türkischen Verfassungsgerichtshof 158 von 450 Parlamentsmandate inne (22% der Wählerstimmen) und es bestand nach Wahltrendanalysen die Wahrscheinlichkeit, dass die Partei bei den nächsten Wahlen eine absolute Mehrheit auf sich würde vereinen können. Die Parteiführung plante, auf Grundlage der Sharia eine konventionswidrige Paralleljustiz nach Religionszugehörigkeit zu errichten. Eine zurechenbare Form der Gewaltanwendung durch Parteimitglieder fand indes nicht statt.⁶⁶

In seiner Entscheidung kommt der EGMR zu dem Schluss, dass für ein Verbot zwar keine konkrete Gefahr erforderlich ist, aber die Anforderungen an die Gefahrenschwelle annähernd so hoch sind:

„a state cannot be required to wait, before intervening, until a political party has seized power and begun to take concrete steps to implement a policy incompatible with the standards of the Convention and democracy, even though the danger of that policy is sufficiently

⁵⁷ M. J. Alter (Fn. 8), S. 124 f.

⁵⁸ S. D. Emek (Fn. 7), S. 186; ECHR judgement, United Communist Party of Turkey and others v. Turkey, 30th June 1998, § 46.

⁵⁹ S. D. Emek (Fn. 7), S. 199 ff., 214, 216, 218.

⁶⁰ Der EGMR verweist auf ein gemeinsames europäisches Erbe und die Verantwortung, die europäische Staatsform zu erhalten, ECHR judgement, United Communist Party of Turkey and others v. Turkey, 30th June 1998, § 45; K. Pabel, ZaöRV, 2003, 921 (927 f.); G. Letsas, Oxford Journal of Legal Studies 2006, 705 (710 f., 720 f.). Zur Bedeutung des Konsenses für den Ermessensspielraum, s. auch D. Spielmann, The Cambridge Yearbook of European Legal Studies 2012, 381 (403 f.); Kritisch, einen europäischen Konsens durch die EMRK ablehnend M. Thiel, Comparative Aspects, in: ders. (Hrsg.), The Militant Democracy Principle in Modern Democracies, 2009, S. 379 (384, 398, 401, 403 f.).

⁶¹ F. Arndt/A. Engels, in: U. Karpenstein/F. C. Mayer (Hrsg.), EMRK Kommentar, 2. Aufl. 2015, Art. 11 Rn. 42 m.w.N.; ECHR judgement, Refah Partisi and others v. Turkey, 13th February 2003, §§ 86, 87, 100; United Communist Party of Turkey and others v. Turkey, 30th June 1998, §§ 46, 47; ECHR judgement, Herri Batasuna and Batasuna v. Spain, 30th June 2009, § 77; ECHR judgement, Freedom and Democracy Party (ÖZDEP) v. Turkey, 8th December 1999, § 45; S. D. Emek (Fn. 7), S. 183 ff.; S. Eiffler, KritJ 2003, 218 (221 f.).

⁶² D. Spielmann, The Cambridge Yearbook of European Legal Studies 2012, 381 (409 f.).

⁶³ ECHR judgement, Herri Batasuna and Batasuna v. Spain, 30th June 2009, § 91; D. Spielmann, The Cambridge Yearbook of European Legal Studies 2012, 381 (383).

⁶⁴ G. Letsas, Oxford Journal of Legal Studies 2006, 711 (713 f.).

⁶⁵ ECHR judgement, Refah Partisi and others v. Turkey, 13th February 2003; ECHR judgement, Herri Batasuna and Batasuna v. Spain, 30th June 2009; hinsichtlich der demokratietheoretischen Bedeutung des Refah Urteils, siehe auch: P. Macklem, International Journal of Constitutional Law, 4 (3) 2006, 488 ff.

⁶⁶ ECHR judgement, Refah Partisi and others v. Turkey, 13th February 2003, §§ 12, 107 f., 111, 132.

established and imminent. The court accepts that where the presence of such a danger has been established by the national courts (...) a State may reasonably forestall the execution of such a policy (...) before an attempt is made to implement it through concrete steps (...).⁶⁷

Es ist damit ausreichend, wenn eine Partei mit anti-demokratischen Zielen die Aussicht hat, bei den nächsten Wahlen eine Parlamentsmehrheit zu erreichen. Hinsichtlich des Ermessensspielraums überprüfte das Gericht nur, ob das Element der Gefahr ausreichend berücksichtigt wurde. Der Verbotszeitpunkt hingegen liegt im Ermessen der Konventionsstaaten:

„it is not for the Court to take the place of the national authorities, which are better placed than an international court to decide (...) the appropriate timing for interference (...) the Court cannot criticise the national courts for not acting earlier, at the risk of intervening prematurely and before the danger concerned had taken shape and become real. Nor can it criticise them for not waiting, at the risk of putting the political regime and civil peace in jeopardy (...).“⁶⁸

Der Fall *Batasuna* ist im Vergleich denkbar anders gelagert. Die baskische Partei hatte nie die Möglichkeit, ihre politischen Ziele umzusetzen. Die politische Ausrichtung, die Ziele der Partei und die Frage, ob regionales Autonomiestreben konventionswidrig sei, war für den EGMR gänzlich irrelevant. Der Europäische Gerichtshof sah es als erwiesen an, dass die Partei, hierarchisch eingebunden, Teil der Terrororganisation ETA war und folglich eine Mitverantwortung für deren politische Gewalt trug. Im Fall von politischer Gewalt macht der EGMR eine Ausnahme von der Gesamtschau, die sich aus politischer Zielsetzung und Verhalten der Mitglieder oder Anhänger ergibt. Bei systematischer politischer Gewalt müssen die Konventionsstaaten die extremistische Zielsetzung nicht berücksichtigen.⁶⁹

IV. Gemeinsamkeiten und Unterschiede: Die deutsche und europäische Gefahrenschwelle im Vergleich

Im direkten Vergleich zwischen deutscher und europäischer Rechtsprechung zeigt sich, dass die Gemeinsamkeiten überwiegen. Beide Gerichte teilen sich denselben normativen Ausgangspunkt, indem sie wertneutrale Positionen ablehnen und sich zum Prinzip der streitbaren Demokratie bekennen. Lediglich die Herleitung ist eine andere: Während der EGMR die Wehrhaftigkeit aus dem gemeinsamen Bekenntnis zu Demokratie und Menschenrechten aus der Konvention ableitet⁷⁰, stützt sich das BVerfG auf verfassungsimmanente Prinzipien des Grundgesetzes⁷¹.

Hieraus erwächst ebenfalls der von beiden Gerichten geteilte Präventionscharakter der Wehrhaftigkeit, wonach ein Staat vernünftigerweise in der Lage sein muss, die Verwirklichung verfassungsfeindlicher Ziele abzuwehren. Konsequenterweise muss ein Staat das Entstehen einer konkreten Gefahr für die demokratische Ordnung nicht abwarten.⁷² Allein die Begründung des BVerfG zur Übereinstimmung mit der EGMR-Rechtsprechung scheint nicht konsistent: Dass eine konkrete Gefahr nicht notwendig ist, lässt sich aus der strukturellen (Organisations-)Gefahr von Parteien in Verbindung mit dem Präventionszweck herleiten und nicht allein mit dem Verweis auf die eine Ausnahme begründende politische Gewalt im Fall von *Batasuna*.⁷³ Durch den Wandel von einer gesinnungs- zu einer verhaltensbezogenen Zulässigkeitschwelle von Parteiverboten stimmen nunmehr BVerfG und EGMR in der Ablehnung einer abstrakten Gefahrenschwelle überein: Grundsätzlich reicht eine Anknüpfung an die politische Zielsetzung einer Partei nicht aus, um ein Verbot zu begründen.

Darüber hinaus zeigt sich, dass beide Gerichte die erforderliche Gefahrenschwelle anhand der Dichotomie von anti-demokratischen Zielen und anti-demokratischen Mitteln weiter ausdifferenzieren. Grundsätzlich müssen verfassungsfeindliche Ziele und Handlungen kumulativ vorliegen und eine absehbare Verwirklichungschance begründen. Politische Gewalt in besonderem Ausmaß lässt das Prognoseerfordernis jedoch entfallen. Aber auch unterhalb der strafrecht-

⁶⁷ ECHR judgement, *Refah Partisi and others v. Turkey*, 13th February 2003, § 102; es ist fraglich, ob überhaupt ein Unterschied zur konkreten Gefahr besteht, s. *S. D. Emek* (Fn. 7), S. 318; *M. J. Alter* (Fn. 8), S. 138, 167 m.w.N.

⁶⁸ ECHR judgement, *Refah Partisi and others v. Turkey*, 13th February 2003, §§ 100, 110.

⁶⁹ ECHR judgement, *Herri Batasuna and Batasuna v. Spain*, 30th June 2009, §§ 80 f., 85 f., 89; s. auch *M. J. Alter* (Fn. 8), S. 163; *S. D. Emek* (Fn. 7), S. 191 m.w.N.

⁷⁰ ECHR judgement, *Refah Partisi and others v. Turkey*, 13th February 2003, § 103; ECHR judgement, *Herri Batasuna and Batasuna v. Spain*, 30th June 2009, § 82.

⁷¹ BVerfG, Urteil 17.01.2017 – 2 BvB 1/13, Rn. 515 ff.; *M. Thiel* (Fn. 13), S. 1 (5 f.); zur Herleitung s. auch *H. Dreier*, JZ 1994, 741 (750 f.).

⁷² BVerfG, Urteil vom 17.01.2017 – 2 BvB 1/13, Rn. 619.

⁷³ So aber BVerfG, Urteil vom 17.01.2017 – 2 BvB 1/13, Rn. 620.

lichen Gewaltschwelle ist eine Ausnahme zulässig, wie die vom BVerfG geprüfte „Atmosphäre der Angst“ oder die Mitverantwortlichkeit für Terrorismus durch die Verweigerung der Ablehnung von Gewalt durch Parteiführer im Fall von Batasuna⁷⁴ zeigt.

Das zunächst auffällige Fehlen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung durch das BVerfG, welches bisher als Hauptunterschied ausgemacht wurde,⁷⁵ entpuppt sich durch den Wandel der Rechtsprechung des BVerfG als nunmehr rein dogmatischer Unterschied ohne Relevanz in der Sache. Letztlich ist nicht die Angleichung der Dogmatik, sondern die vom EGMR geforderte Proportionalität des Verbots zur Schwere des Eingriffs im Rahmen einer Abwägung entscheidend.⁷⁶ Ob durch die Nationalstaaten differenzierte Sanktionsmöglichkeiten, bspw. im Rahmen der Parteienfinanzierung, vorgenommen werden oder gänzlich auf ein Verbot verzichtet wird, ist Sache des nationalen Gesetzgebers.⁷⁷

Trotz der neuerdings großen Gemeinsamkeiten sind auch Unterschiede in der Argumentation erkennbar. Im Vergleich zur NPD waren im Fall von Refah und Batasuna die Verwirklichungschance bzw. die Intensität der Gewalt sehr ausgeprägt. Trotz dieses deutlichen Unterschieds gelangt das BVerfG zu dem Schluss: „Eine Grundtendenz der Antragsgegnerin zur Durchsetzung ihrer politischen Absichten mit Gewalt oder durch die Begehung von Straftaten kann den geschilderten Einzelfällen (**noch**) nicht entnommen werden.“⁷⁸ Dies erweckt den Eindruck, die NPD sei nur knapp einem Verbot entkommen, obwohl nach den Maßstäben des EGMR die Partei eigentlich noch weit davon entfernt sein dürfte.⁷⁹ Insofern ist es fraglich, ob zwischen abstrakter und konkreter Gefahr beide Gerichte gleiche Gefahrenschwellen anwenden. Dieser Eindruck erhärtet sich, indem das BVerfG zur Begründung seiner Gefahrenschwelle

darauf verweist, dass der EGMR nationale Besonderheiten mit berücksichtigen muss.⁸⁰ Hierzu zähle auch die nationalsozialistische Gewalt- und Willkürherrschaft. Es ist indes fraglich, ob allein der Verweis auf die Geschichte eine Absenkung der Gefahrenschwelle begründen kann. Dies würde entgegen der Rechtsprechung des EGMR bedeuten, dass die Berücksichtigung nationaler Besonderheiten (Historien) den schon reduzierten Ermessensspielraum stark beeinflusst. Der EGMR versteht unter nationalen Besonderheiten z.B. eine Jahrzehnte andauernde Terrorgefahr in Spanien, eine die Demokratisierung gefährdende politische Instabilität nach dem Fall der Sowjetunion in Russland sowie die Bedeutung des Säkularismus in der Türkei vor dem Hintergrund einer Geschichte der Unterdrückung aus religiösen Gründen (Theokratie) in Verbindung mit der die türkische Gesellschaft prägenden Rolle des Islams.⁸¹ Das Verbot der politischen Betätigung einer marxistischen Partei in Rumänien mit dem Verweis auf die kommunistische Diktatur bis 1989 zu begründen, lässt der EGMR hingegen nicht zu.⁸² Das europäische Gericht fordert immer eine spezifische Bedeutung des politisch-historischen Kontextes für die Proportionalität im Einzelfall. Die Nazi-Diktatur dürfte genau so wenig Einfluss auf die Gefahrenprognose für Rechtsextreme haben, wie der Verweis auf die DDR für Linksextremisten. Eine deutsche nationale Besonderheit könnte bspw. die föderale Staatsstruktur sein, die an sich nicht i.S.d. EMRK zum schützenswerten Verfassungskern zählt⁸³, aber durch deren faktisches Bestehen es extremistischen Parteien möglich ist, bereits auf Länderebene eine Gefahr darzustellen, ohne dass es einer annähernden Mehrheit im Bundestag bedarf.

Ob die nationale Geschichte den Ermessensspielraum der Nationalstaaten derart maßgeblich mitbestimmen kann und inwiefern die bereits ähnlichen Gefahrenschwellen des BVerfG und des EGMR sich gleichen, ist zumindest zweifelhaft. Genaueres wird die weitere Rechtsprechung zeigen müssen.

⁷⁴ ECHR judgement, *Herri Batasuna and Batasuna v. Spain*, 30th June 2009, § 88.

⁷⁵ *F. Shirvani*, JZ 2014, 1074 ff.; *M. Morlok*, JA 2013, 317 (324); *L. Michael* (Fn. 9), S. 383 (401 f.).

⁷⁶ BVerfG, Urteil vom 17.01.2017 – 2 BvB 1/13, Rn. 617.

⁷⁷ Auch die „Guidelines on Prohibition and Dissolution of Political Parties and Analogous Measures“ der Venedig-Kommission des Europarats, 41. Plenarsitzung 10./11. Dezember 1999 CDL-INF (2000) 1., sind nicht geeignet einen Widerspruch zur EMRK zu begründen, s. BVerfG, Urteil vom 17.01.2017 – 2 BvB 1/13, Rn. 626.

⁷⁸ BVerfG, Urteil vom 17.01.2017 – 2 BvB 1/13, Rn. 976 (Hervorhebung durch die Verfasser).

⁷⁹ Die europäische Kontrolldichte ist bei friedlichen Mitteln besonders hoch, dazu *M. J. Alter* (Fn. 8), S. 175. *D. Emek* (Fn. 7), S. 319 f.

⁸⁰ BVerfG, Urteil vom 17.01.2017 – 2 BvB 1/13, Rn. 621.

⁸¹ ECHR judgement, *Herri Batasuna and Batasuna v. Spain*, 30th June 2009, §§ 86, 88 f.; ECHR judgement, *Republican Party of Russia v. Russia*, 12th April 2011, §§ 55, 127; ECHR judgement, *Refah Partisi and others v. Turkey*, 13th February 2003, §§ 124, 125; ECHR judgement, *United Communist Party of Turkey and others v. Turkey*, 30th June 1998, § 59.

⁸² ECHR judgement, *Partidul Comunistilor (Nepeceristi) and Ungureanu v. Romania*, 3rd February 2005, § 58.

⁸³ *S. D. Emek* (Fn. 7), S. 201.

V. Kritische Würdigung und Fazit

Der Einfluss der Rechtsprechung des EGMR auf das NPD-Verbotsurteil ist offenbar. Er scheint auch größer zu sein als es die Entscheidungsbegründung und die Urteilsverkündung, in der der EGMR mit nur einem Satz erwähnt wurde, suggerieren.⁸⁴ So ist z.B. das zweigeteilte „Prüfprogramm“ nach anti-demokratischer Zielsetzung und anti-demokratischen Mitteln eindeutig europäisch angelehnt. Der wesentlichste Kristallisationspunkt des Straßburger Einflusses ist die Implementierung einer Gefahrenschwelle für das Parteiverbot in Form der Potentialität. Sie sollte nicht als „vorausseilender Gehorsam“ des BVerfG gegenüber dem EGMR, sondern als Folge tatsächlicher völkerrechtsfreundlicher Auslegung des Grundgesetzes verstanden werden. Der bloße Verweis auf nationale Spielräume bei der Übertragung der Rechtsprechung des EGMR insbesondere auf Fragen des Verfassungsrechts, kann eine ernsthafte Auseinandersetzung mit ihr nicht ersetzen. Diese zeigt, dass das Vorliegen einer Gefährlichkeit für ein Parteiverbot aus Sicht der EMRK durchaus notwendig ist. Entscheidend ist auch nicht, inwiefern das BVerfG eine Gefahrenschwelle ohnehin kraft eines Verfassungswandels⁸⁵ angenommen hätte, da die einschlägigen Urteile des EGMR im Raume standen und die Rezeption innerhalb des BVerfG bereits zum NPD I-Urteil begonnen hatte.

Das Merkmal als solches fügt sich ein in die Dogmatik zum Parteiverbot und ergänzt die Voraussetzung des „Darauf Ausgehens“ in sinnvoller und notwendiger Weise. Dieser Schritt bei der Interpretation des Art. 21 Abs. 2 GG steht dabei in keinem Konflikt zu den Prinzipien der Methodenlehre, auch nicht in Bezug auf die Besonderheiten der Verfassungsinterpretation.⁸⁶ Es ist jedenfalls nicht ersichtlich wie die Semantik eines „Darauf Ausgehens“ das Hineinlesen einer Gefahrenschwelle ausschliesse, außer man stünde der grammatikalischen Auslegung einen Rang zu, der ihr nicht gebührt.⁸⁷

Die Potentialität bringt die Prinzipien der Parteienfreiheit und des Verfassungsschutzes in Konkordanz, ohne dabei den Blick für politische Realitäten zu

verlieren. So zeigt doch gerade die Vielfältigkeit der Kriterien für ihr Erreichen, dass eine situative Anwendung möglich und ein „zu spät“ des Parteiverbots nicht zu erwarten ist. Die Gradmesser für die Wirkmächtigkeit einer Partei, die das BVerfG im NPD-Urteil aufstellt, berücksichtigen das gesamte Panorama der politischen Tätigkeit, decken gesellschaftliche Entwicklung wie innerparlamentarische Vorgänge ab und ermöglichen so eine differenzierte Feststellung des politischen Potential einer Partei.

Das Leben mit einer verfassungsfeindlichen Partei mag schwierig und schwierig zu vermitteln sein. Es darf aber nicht der Grund für eine Kritik an einer Rechtsprechung sein, die sich an den liberalen Grundprinzipien der Verfassung orientiert und veränderten Umständen im Lichte der Rechtsprechung des EGMR Rechnung trägt.

⁸⁴ Die ausdrückliche Bezugnahme umfasst lediglich 19 der 1010 Randnummern des Urteils.

⁸⁵ Zum Institut des Verfassungswandels *L. Michael*, RW 2014, 427 ff.; *A. Voßkuhle*, Der Staat 2004, 450 ff.

⁸⁶ Grundlegend zur Verfassungsinterpretation *H. Ehmke*, VVD-STRL 20 (1963), S. 53 ff.

⁸⁷ Dazu *M. Morlok*, Die vier Auslegungsmethoden – was sonst?, in: G. Gabriel/R. Gröschner (Hrsg.), Subsumtion, 2012, S. 179 (192 ff.).