



MIP

Zeitschrift
für Parteienwissenschaften

Heft 2 / 2023

Sonderausgabe
"Parlamentsentscheidungen in eigener Sache"

ISSN 2628-376x (Print)
ISSN 2628-3778 (Online)

Herausgegeben vom



in Kooperation mit

Verfassungsblog
ON MATTERS CONSTITUTIONAL



MIP – Zeitschrift für Parteienwissenschaften (Print) ISSN 2628-376X
MIP – Zeitschrift für Parteienwissenschaften (Online) ISSN 2628-3778

Herausgeber

Institut für Deutsches und Internationales Parteienrecht und Parteienforschung (PRUF)

Prof. Dr. Thomas Poguntke
Prof. Dr. Sophie Schönberger

in Kooperation mit

Verfassungsblog und der Stiftung Wissenschaft & Demokratie

Das Institut für Deutsches und Internationales Parteienrecht und Parteienforschung ist eine zentrale interdisziplinäre wissenschaftliche Einrichtung der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf gem. § 29 Abs. 1 S. 2 HG NW.

Titelseite

Bild von Fabian Holtappels auf Pixabay.

Redaktion und Layout

Dr. Alexandra Bäcker

Zitierweise: MIP 2023, S.

Die Zeitschrift für Parteienwissenschaften ist hervorgegangen aus den Mitteilungen des Instituts für Deutsches und Internationales Parteienrecht und Parteienforschung (Jahrgänge 1991-2018) und wird seit dem Jahrgang 2019 unter der Kurzbezeichnung MIP fortgeführt. Open Access, abrufbar unter <https://mip.prof.hhu.de/index>.

MIP 2023 | Heft 2, DOI: <https://doi.org/10.24338/mip-2023213-311>

Sie können das PRUF als Herausgeber der MIP mit einer Spende unterstützen:

Helaba Landesbank Hessen-Thüringen (NL Düsseldorf)
Kontoinhaber/Empfänger: Heinrich-Heine-Universität (HHU)
IBAN: DE 48 3005 0000 0004 0148 17
BIC: WELADED
Verwendungszweck: MIP 500 400 00 00

Postanschrift

Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf
Institut für Deutsches und Internationales Parteienrecht und Parteienforschung (PRUF)
Universitätsstraße 1
Geb. 37.03 Raum 00.22
D – 40225 Düsseldorf
Tel.: 0211/81-15722
E-Mail: pruf@hhu.de, Internet: www.pruf.de

Sonderausgabe „Parlamentsentscheidungen in eigener Sache“

Parlamentarische „Entscheidungen in eigener Sache“	213
<i>Sophie Schönberger</i>	
Entscheidungen in eigener Sache – eine analytische Skizze	215
<i>Martin Morlok</i>	
Die Demokratie kann sich nicht selbst aus dem Weg gehen	221
<i>Jelena von Achenbach</i>	
Mehr Ely im deutschen Verfassungsrecht Entscheidungen in eigener Sache und die Political Process Theory	227
<i>Michaela Hailbronner</i>	
Gemeinwohlsicherung im Recht der Politik Kritische Beobachtungen zu den Entscheidungen des Parlaments „in eigener Sache“	233
<i>Arne Pilniok</i>	
Distanzschutz in der Ersten Gewalt Herleitung, Voraussetzungen, Referenzgebiete und Entgrenzungsgefahren	239
<i>Heinrich Lang</i>	
Die stabilisierende Wirkung politischen Wettbewerbs Warum parlamentarische Mehrheiten Minderheitenrechte kaum fundamental beschneiden und teils sogar ausbauen.....	247
<i>Ulrich Sieberer</i>	
Entscheidungen in der Sache des Bundesverfassungsgerichts Zur jüngeren Entwicklung des Wahlrechts.....	253
<i>Michael Koß</i>	

Odysseus am Mast Möglichkeiten institutioneller Selbstbindung bei Entscheidungen in eigener Sache	259
<i>Daniel Hellmann</i>	
Der demokratische Normalfall Wahlgesetzgebung in eigener Sache	265
<i>Fabian Michl</i>	
Die Finanzierung parteinaher Stiftungen als „Entscheidung in eigener Sache“	270
<i>Antje Neelen</i>	
Passing Electoral Laws	277
<i>Amal Sethi</i>	
Österreich als Insel der Seligen? Entscheidungen des Parlaments in eigener Sache als rechtspolitischer Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers	285
<i>Teresa Radatz</i>	
Wackliges Parteienkartell Entscheidungen in eigener Sache in Österreich	294
<i>Christoph Konrath/Marcelo Jenny</i>	
The Political Process in Search of a Judge: The Case of the Reluctant Italian Constitutional Court	302
<i>Edoardo Caterina</i>	
Parliamentary Decisions on its own Behalf and Spanish Constitutional Law	306
<i>María Salvador Martínez</i>	

Parlamentarische „Entscheidungen in eigener Sache“

Sophie Schönberger¹

Demokratische parlamentarische Entscheidungen beruhen in einer idealtypischen Perspektive darauf, dass das Gemeinwohl durch den deliberativen politischen Prozess herausgearbeitet und verwirklicht wird. Anders als im Bereich der Administrative und Judikative soll die Gemeinwohlorientierung hier also gerade nicht durch eine Entpolitisierung, sondern umgekehrt durch eine umfassende Politisierung erreicht werden. Aufgrund der Pluralität des Gremiums sollen sich dabei die gegenläufigen politischen Interessen ausgleichen und insgesamt zu einem gemeinwohlförderlichen Ergebnis führen.

Dieses Modell der Gemeinwohlfindung im politischen Prozess kommt jedoch an seine Grenzen, wenn nicht über allgemeine gesellschaftliche Fragen, sondern spezifisch über die Bedingungen des politischen Systems selbst verhandelt wird. In der Regel haben hier alle Beteiligten unabhängig von einer individuellen persönlichen Betroffenheit ein strukturell gleichlaufendes Interesse, zugunsten bestimmter Eigeninteressen als politischer Akteure und gegen das Gemeinwohl zu entscheiden. In der wissenschaftlichen Auseinandersetzung werden diese Fallgruppen oft unter dem Stichwort der Entscheidungen des Parlaments in eigener Sache diskutiert.

Dabei können die Interessen der politischen Akteure politisch übergreifend gleichlaufend sein, wie das etwa bei der Frage nach der Verkleinerung des Parlaments oder einer allgemeinen Erhöhung der Parteienfinanzierung, sie können sich gezielt gegen einzelne konkurrierende politische Akteure richten, etwa, indem, wie bei der 5%-Sperrklausel, kleine oder neue Parteien benachteiligt werden oder einzelne Akteure aus der Finanzierung der mit ihnen verbundenen politischen Stiftungen herausgehalten werden. Sie können aber auch möglicherweise politische Konfliktlinien im aktuellen Mehrheitssystem widerspiegeln, wie das in den USA seit Jahrzehnten bei der Gestaltung des Wahlrechts beobachtet wird und vereinzelt auch für die jüngste Reform des Bundeswahlgesetzes und die damit verbundene „Abschaffung“ der Grundmandatsklausel argumentiert wurde.

Wie sind solche Konstellationen der „Entscheidung in eigener Sache“ verfassungsrechtlich und politikwissenschaftlich zu analysieren und zu bewerten? Welche Bedeutung haben sie für die Stabilität und Funktionsfähigkeit der Demokratie? Welche Mechanismen können den Konflikt entschärfen? Können aus der

¹ Prof. Dr. Sophie Schönberger ist Professorin für Öffentliches Recht an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf und Direktoriumsmitglied des Instituts für Deutsches und Internationales Parteienrecht und Parteienforschung (PRUF).

Verfassung bestimmte prozedurale Pflichten oder aber die Notwendigkeit der Einschaltung unabhängiger Akteure abgeleitet werden. Die vorliegenden Beiträge widmen sich diesen Fragen aus rechts- wie politikwissenschaftlicher Sicht und loten dabei sowohl grundsätzlich Probleme als auch aktuelle Beispiele (Parteienfinanzierung, Wahlrecht, Stiftungsfinanzierung) aus.

Entscheidungen in eigener Sache – eine analytische Skizze

Martin Morlok¹

Entscheidungen in eigener Sache sind Akte der Selbstbestimmung. In eigenen Angelegenheiten zu entscheiden, bedeutet Wahrnehmung von Freiheit. Es gilt: Des Menschen Wille ist sein Himmelreich. Für sich genommen stellen solche Entscheidungen kein Problem dar. Es bedarf der Differenzierung und näheren Spezifizierung, um den Gegenstand unseres Nachdenkens zu bestimmen. Zum Problem werden die sogenannten Entscheidungen in eigener Sache erst dann, wenn sie auch andere betreffen, wenn sie zugleich auch Entscheidungen über andere darstellen. Dies ist regelmäßig der Fall bei Entscheidungen der organisierten Staatlichkeit. Diese beanspruchen Verbindlichkeit gegenüber ihren Adressaten, sie stellen einen Gehorsamsanspruch an diese. Solche verbindlichen Entscheidungen begründen ein *Legitimationsproblem*. Unter der Geltung der Selbstbestimmungspostulate individueller wie kollektiver Art müssen verbindliche Entscheidungen über andere gerechtfertigt werden. Der demokratische Rechtfertigungsmechanismus verbindlicher staatlicher Entscheidungen liegt in ihrer Zurückführbarkeit auf das Volk. Legitimationsgrund ist mithin die Volkssouveränität. Das Volk übt seinen Einfluss nicht zuletzt über Wahlen zur Volksvertretung aus, um darüber die Inhalte der Entscheidungen zu beeinflussen und diesen Legitimation zu verleihen. Im Folgenden soll unterstellt werden, dass die politischen Entscheidungen, insbesondere diejenigen des Parlaments, grundsätzlich hinreichend demokratisch legitimiert sind. Das diskutierte Problem der Entscheidungen in eigener Sache ist hier angesiedelt: in der Volksvertretung. Wenn bei der Entscheidungsfindung Eigeninteressen der Entscheider den Inhalt der Entscheidung beeinflussen können, so kann dies den idealen Gang der Entscheidungsfindung verzerren und damit deren Legitimität mindern. In eigenen Angelegenheiten ist man ja gerne etwas großzügiger, Eigeninteressen gewinnen tendenziell eine überproportionale Bedeutung.

Keine Verlagerung auf andere Entscheidungsträger

Die Bezeichnung dieser Art von Entscheidungen als solche „in eigener Sache“ und die damit verbundenen Gefahren für eine „gute“ Entscheidung legen es nahe, anstelle des Parlaments solche Entscheidungen auf andere Instanzen zu verlagern. Entscheidungen über die Parteifinzen sollten demnach einem Sachverständigengremium in die Hand gegeben werden oder Ähnliches mehr.

¹ Prof. Dr. Martin Morlok ist emeritierter Professor für Öffentliches Recht, Rechtstheorie und Rechtssoziologie an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf und ehemaliger Direktor des Instituts für Deutsches und Internationales Parteienrecht (PRUF).

In der Tat: Um die Gefahr für die Qualität und Akzeptabilität der verbindlichen Entscheidungen zu bekämpfen, gilt die alte Regel *nemo iudex in sua causa*. Deswegen gelten für von einer Entscheidung selbst Betroffene Mitwirkungsverbote (siehe etwa § 20 VwVfG, § 22 StPO, § 54 VwGO), selbst der Anschein eines unzulässigen Einflusses durch persönliche Motive der Entscheider soll vermieden werden, weswegen es die Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit gibt (§ 24 StPO, § 54 VwGO, § 21 VwVfG).

Wie ersichtlich gelten die Mitwirkungsverbote und greift die Möglichkeit der Ablehnung wegen Befangenheit nur im Bereich der Exekutive und der Judikative. Hier wird die Fiktion praktiziert, diese Entscheidungen seien programmiert, also weitgehend durch das Recht determiniert. Die verbleibenden Entscheidungsspielräume sollen hier nicht durch Eigeninteressen der entscheidenden Personen verschmutzt werden. Freilich gilt anderes bei den demokratischen Entscheidungen im Parlament. Hier haben wir es nicht mit programmiertem, sondern mit programmierendem Handeln zu tun. Der Spielraum für die Entscheidungen ist sehr viel größer, lediglich durch die Verfassung begrenzt. Hier gilt: *mea res agitur* – es geht um meine Sache. Die Selbstbestimmung durch die Betroffenen ist demokratische Kernidee.

Die programmierende Entscheidungsfindung in der Volksvertretung, die sich innerhalb weiterer Spielräume bewegt, ist deswegen ganz anders strukturiert. Hier sollen nicht Eigeninteressen von Betroffenen abgewehrt, sondern es soll vielmehr die Chance eröffnet werden, dass alle Interessen und Überzeugungen sich auswirken können. Das Volk, das durch das Parlament vertreten wird, ist heterogen. Deswegen ist die Volksvertretung pluralistisch zusammengesetzt. Zur Organisation dieser Pluralität werden politische Parteien und innerhalb des Parlaments Fraktionen organisiert und in ihren Handlungsmöglichkeiten rechtlich gesichert. Alles Wesentliche ist im Parlament zu entscheiden. Das Parlament als demokratisches Zentralorgan soll nicht ersetzt werden durch ein Sachverständigengremium.

Wenn man das Problem der sogenannten Entscheidungen in eigener Sache der Bezeichnung folgend in der Entscheidung durch Betroffene sieht, so verkennt dies genau den Kerngedanken der Demokratie: die Selbstbestimmung.

Entscheidungen mit strukturellem Kontrolldefizit

Die Besonderheit dieser sogenannten Entscheidungen in eigener Sache liegt darin, dass zu den vielfältigen Interessen der Bürger noch spezifische Interessen der Volksvertreter und ihrer Organisationen, also politischer Parteien und Fraktionen, hinzutreten. Im Widerstreit der verschiedenen Interessen, in der Suche nach Kompromissen und auch in der Mehrheitsentscheidung wird aus diesen vielen Interessen eine Entscheidung gefunden, die den Anspruch erhebt, das Gemein-

wohl darzustellen. Bei den hier in Rede stehenden Entscheidungen kommen aber die Eigeninteressen der Entscheidungsträger hinzu, denen als solche keine organisierten Gegeninteressen im Wege stehen, weil diese Interessen sich erst in der Sphäre der Politik selbst bilden. Schlagwortartig mag auf die These von den „Kartellparteien“ hingewiesen werden oder auf das Phänomen der *classe politique*. Das Maßgebliche dieser Entscheidungen liegt also darin, dass diesen Eigeninteressen der Akteure im Zentrum der Politik keine quasi-natürlichen Kräfte und Kontrollen gegenüberstehen. Bei Entscheidungen im Mietrecht rivalisieren Interessen der Vermieter und der Mieter, wenn es um Maßnahmen des Umweltschutzes geht, treten die Interessen der Wirtschaft konträr auf den Plan. Deswegen empfiehlt sich für diese Art von Entscheidungen der Begriff „Entscheidungen mit strukturellem Kontrolldefizit“².

Hinzu tritt: Es sind die Abgeordneten, die unmittelbar die parlamentarischen Entscheidungen treffen, deswegen haben deren persönliche Interessen, etwa an den Diäten, und die Interessen der Parteien und Fraktionen, in denen sie Mitglied sind, eine besondere Realisierungschance.

Entscheidungen in eigener Sache in der Perspektive der Prinzipal/Vertreter-Theorie

In einer repräsentativen Demokratie werden die wesentlichen Entscheidungen durch die Abgeordneten als Vertreter der Bürger im Parlament getroffen. Die Selbstbestimmung des Volkes ist damit mediatisiert durch deren Vertreter. In normativer Perspektive handelt es sich dabei eigentlich um Entscheidungen des Volkes. Aus verschiedenen Gründen kann die direkte Demokratie nur in sehr begrenztem Umfang praktiziert werden. So wegen der notwendigen Spezialisierung und Fachkenntnisse für die Entscheidungen, die einer modernen komplizierten Gesellschaft gerecht werden sollen, so deswegen, weil die Bürger neben der Informationstätigkeit für politische Fragen und neben der Zeit für politische Diskussionen in ihr Zeitbudget auch die Erfordernisse der Familie, des Berufs und der Freizeit einstellen (müssen). Deswegen delegiert das Elektorat die deutliche Mehrzahl der wesentlichen politischen Entscheidungen auf die Abgeordneten. Es bleibt aber dabei, dass diese letztlich im Auftrag der Bürger entscheiden. Das Wort vom „Mandat“ der Abgeordneten macht deutlich, dass es sich um ein Auftragsverhältnis handelt. Das lateinische „mandatare“ liegt dem zu Grunde, es bedeutet „in die Hand legen“, also anvertrauen, beauftragen.

Eine solche Konstellation der *Beauftragung* wird von der *Prinzipal/Vertreter-Theorie* konzeptionell erfasst. Die Bürger sind hiernach die Geschäftsherren („Prinzipale“), die Abgeordneten die Vertreter. Strukturell sind in einem solchen Verhältnis

² Siehe Th. Streit, *Entscheidung in eigener Sache*, 2006.

gewisse Probleme gegeben, welche die zuverlässige Erfüllung der Aufträge durch die Vertreter gefährden. So haben die Prinzipale zwangsläufig nur begrenzte Informationen über die Handlungen und die Handlungsmöglichkeiten ihrer Beauftragten, es sei denn, sie stellten sich immer neben diese, die Vorteile der Beauftragung anderer fielen damit aber weg. Zwischen Prinzipal und Vertreter besteht eine Informationsasymmetrie. Zufolge dieser ist die Kontrolle über die Vertreter auch eingeschränkt. Nicht zufällig ist deswegen das „Vertrauen“ eine entscheidende Größe in der Politik; die Bürger müssen – wie gesagt zwangsläufig – ihren Abgeordneten vertrauen, die Parlamentarier ermächtigen ihrerseits die Regierung, die von ihrem Vertrauen abhängt; ob dieses noch besteht, kann gegebenenfalls mit der Vertrauensfrage geklärt oder durch ein Misstrauensvotum entschieden werden.

Die Vertreter des Volkes verfolgen auch ihre eigenen Interessen, praktizieren ein bestimmtes Maß an Eigennützigkeit. Dies nicht aus moralischer Verderbtheit, sondern auch deswegen, weil der Erfolg in ihrer Rolle bestimmtes Handeln verlangt. So muss ein Abgeordneter sich bemühen um Bekanntheit, um politische Erfolge, um innerparteiliche Reputation, um Wiederwahl; eine politische Partei muss ihre finanzielle Lage stabilisieren, muss ihre Mitglieder pflegen und ihnen gegebenenfalls auch Karrierechancen verschaffen, also Anreize zur Mitgliedschaft und zur Mitarbeit geben. Diese Bestandsinteressen der Organisation sind nicht unmittelbar die Interessen der Bürger.

Damit ist die strukturelle Grundlage des Problems benannt: Die institutionelle Ausdifferenzierung eines politischen Systems schafft Eigeninteressen der Akteure dieses Systems. Zwei Typen solcher Interessen können unterschieden werden: zum einen Interessen der Akteure des politischen Systems insgesamt, etwa an der Parteienfinanzierung; zum anderen Interessen der je aktuellen Mehrheit, welche kraft dieser durchgesetzt werden können. Problematisch ist dies insbesondere bei den Regeln des politischen Wettbewerbs, insbesondere dem Wahlrecht.

Die Figur der „Entscheidungen in eigener Sache“ rückt die Aufmerksamkeit auf die Frage, wie die Durchsetzung dieser Interessen kontrolliert und begrenzt werden kann.

Maßnahmen zur Eindämmung der Eigeninteressen der politischen Akteure

Bei dieser konzeptionellen Fassung des Problems rücken verschiedene Möglichkeiten ins Blickfeld, wie die damit verbundenen Probleme bekämpft werden können.

Entscheidungen im Felde der Eigeninteressen der politischen Akteure könnten erst in der nächsten Legislaturperiode wirksam werden. Es könnte also ein

zeitlicher Puffer eingebaut werden, der die Stärke der Motivation zur Selbstbegünstigung mindert, weil mindestens ungewiss ist, ob die aktuellen Entscheider später davon profitieren können. Insbesondere bei Entscheidungen über die Diäten der Abgeordneten kommt dies in Betracht. Vorbild für eine solche Regelung ist das 27. Amendment der Verfassung der Vereinigten Staaten. Hiernach treten Gesetze über die Entschädigung der Senatoren und Mitglieder des Repräsentantenhauses erst nach einer dazwischenliegenden Wahl in Kraft.

Eine andere Möglichkeit zur Begrenzung der möglichen Selbstbedienung liegt darin, die Erhöhung von Mitteln der Politikfinanzierung nicht frei in die Hand des Parlaments zu geben, sondern solche Entscheidungen zu indexieren, d.h. an die Entwicklung der Preissteigerung zu binden. Eine solche Regelung für die Diäten hat zuerst die Verfassung des Freistaats Thüringen in Art. 54 Abs. 2 eingeführt. Hiernach verändert sich die Entschädigung der Landtagsabgeordneten auf der Grundlage der allgemeinen Einkommen, die Aufwandsentschädigungen orientieren sich an der allgemeinen Preisentwicklung im Freistaat. Nach heftigen Auseinandersetzungen, auch übelsten Anfeindungen der Abgeordneten in der ersten Zeit nach der Wiedervereinigung bei angekündigten Erhöhungen der Diäten, hat diese Regelung beruhigend gewirkt; in der Sache wird wenig dagegen einzuwenden sein. Bei der Parteienfinanzierung sieht § 18 Abs. 1 S. 2-5 PartG eine entsprechende Regelung vor. Eine darüber hinausgehende Erhöhung der absoluten Obergrenze der staatlichen Parteienfinanzierung wurde vor kurzem vom Bundesverfassungsgericht für unzulässig erklärt³ (Urteil vom 24.1.2023).

Weiter können Eigeninteressen der politischen Akteure dadurch diszipliniert werden, dass vor solchen Entscheidungen – wiederum ist in erster Linie an die Politikfinanzierung zu denken – eine Sachverständigenkommission mit der Frage befasst werden muss. Aus den genannten Gründen der demokratischen Legitimation kommt die Entscheidung durch eine solche Kommission nicht in Betracht, aber die obligatorische Befassung vor einer Erhöhung der Leistungen ist möglich und schafft einen zusätzlichen Rechtfertigungsbedarf, falls von den Empfehlungen der Sachverständigenkommission abgewichen werden soll. Ohne eine Pflicht zur Einschaltung einer solchen Kommission sahen frühere Fassungen des Parteiengesetzes die Möglichkeit einer Kommission unabhängiger Sachverständiger zu Fragen der Parteienfinanzierung vor.

Auf Rechtfertigungslasten setzen auch Begründungspflichten für den Gesetzgeber, wenn er bestimmte Entscheidungen treffen will. In Abweichung von der üblichen Maxime, der Gesetzgeber schulde nur das Gesetz, hat das Bundesverfassungsgericht für einige besondere Fälle eine solche Begründungspflicht verlangt. Das genannte Urteil vom Januar 2023 hat für die Abweichung von der Indexie-

³ BVerfG, Urteil vom 24.01.2023 – 2 BvF 2/18, https://www.bverfg.de/e/fs20230124_2bvf000218.html.

rungsregelung bei der Parteienfinanzierung eine solche Begründungspflicht des Gesetzgebers vorgesehen. Mangels seiner hinreichenden Begründung im Gesetzgebungsverfahren wurde die Anhebung der absoluten Obergrenze über die durch die Indexierung gebotenen Steigerung hinaus für verfassungswidrig erklärt.

Eine heilsame Wirkung ist auch von Mindestberatungspflichten für Entscheidungen, die in die hier behandelte Gattung fallen, zu erwarten. Beim sog. Heizungsgesetz ist jedenfalls im Eilverfahren dieser Aspekt zum Tragen gekommen. Es dürfte kein Zufall sein, dass eine Reihe von Entscheidungen zur Erhöhung der Parteienfinanzierung in großer Eile über die Bühne des Bundestages gingen und zusätzlich auch noch zu einer Zeit, in der die allgemeine Aufmerksamkeit für das politische Geschehen reduziert war. So wurden solche Entscheidungen in wenigen Tagen vor Weihnachten getroffen oder während der Fußballweltmeisterschaft. Offensichtlich waren die Initiatoren dieser Entscheidungen bemüht, größere Beachtung in der Öffentlichkeit zu vermeiden.

Eine Mindestberatungszeit im Gesetzgebungsverfahren hat zum einen den Vorteil, dass im Gesetzgebungsverfahren selbst eine gründliche Informationserhebung und -verarbeitung stattfinden kann, auch durch die Durchführung und Auswertung von Sachverständigenanhörungen, zum anderen kann während eines einige Zeit laufenden Gesetzgebungsverfahrens die Öffentlichkeit sich des Themas annehmen, kann weitere Argumente ins Spiel bringen und insbesondere auch gegenläufige Interessen mobilisieren. Das könnte das strukturelle Kontrolldefizit beseitigen. Das Vorgehen bei der Anhebung der absoluten Obergrenze der Parteienfinanzierung gibt ein entsprechendes Beispiel für eine schlechte Praxis.

Schließlich hat die Rechtsprechung der Verfassungsgerichte in Bund und Ländern eine Praxis entwickelt, bei solchen Entscheidungen in eigener Sache – neben Finanzierungsfragen ging es um Wahlrechtsänderungen – die Kontrollintensität zu erhöhen. Das Fehlen hinreichender Kontrollen im Gesetzgebungsverfahren wird insofern kompensiert, dass die Gerichte die nachträgliche Kontrolle anhand verschärfter Maßstäbe durchführen.

Für die Änderung des Wahlrechts ist es vorzugswürdig, solche nur im Konsens mit der Opposition vorzunehmen. Allerdings setzt dies voraus, dass die parteipolitischen Interessen nicht mit letzter Hartnäckigkeit verfolgt werden, um eine Einigung zu ermöglichen. Leider ist dies in der letzten Legislaturperiode nicht gelungen.

Entscheidungen des beschriebenen Typus lassen sich in einem ausdifferenzierten politischen System nicht vermeiden. Die damit verbundenen Gefahren lassen sich aber durch verschiedene Maßnahmen minimieren. Zu diesen zählt nicht zuletzt eine politische Kultur, die auf solche Entscheidungen ein besonders kritisches Auge wirft.

Die Demokratie kann sich nicht selbst aus dem Weg gehen

Jelena von Achenbach¹

Die Demokratie kann sich nicht selbst aus dem Weg gehen: Sie muss sich selbst organisieren. Die Rechte, Institutionen und Verfahren, die demokratische Selbstbestimmung ermöglichen, sind nicht natürlich vorfindbar. Jemand muss sie als freiheitlich-gleichheitsgerechte Rechtsform der kollektiven Willensbildung und des kollektiven Handelns *machen*. Also stellt sich die Frage: wer macht sie?

Unter dem Grundgesetz gilt für die Organisation der demokratischen Willensbildung – für das, was allgemein als Staatsorganisation bezeichnet wird, sich mit anderem Akzent aber als *Recht der Demokratie* verstehen lässt – eine normativ durchaus anspruchsvolle Arbeitsteilung.

Offenheit der Organisationsverfassung und Selbstorganisation der Politik

Die Verfassung, in Akteursperspektive also der Verfassungsgeber, setzt Grundstrukturen und Grundregeln für den politischen Prozess. Das bringt auch das Bundesverfassungsgericht ins Spiel. Die Verfassung erhebt aber keinen totalen Regelungsanspruch, soll die politische Willensbildung nicht in allen Aspekten selbst formalisieren und organisieren. Vielmehr überlässt sie viele Aspekte davon dem Gesetzgeber, dem Geschäftsordnungsrecht der Verfassungsorgane oder einfach der Parlaments- und Staatspraxis – mit anderen Worten, letztlich einer eigenen Organisationsleistung der Politik. Das gilt etwa für den konkreten Ablauf des Gesetzgebungsverfahrens und die innere Arbeit von Parlament und Regierung in Ausschüssen und Fraktionen bzw. Kabinett. Es betrifft aber nicht zuletzt auch das Wahlrecht und damit eine entscheidende rechtliche Grundlage der repräsentativen Demokratie. Ohne *Wahlgesetz* keine demokratische Wahl: Die Wahlgrundsätze des Art. 38 Abs. 1 GG allein ermöglichen kein demokratisches Wählen der Bürgerinnen und Bürger. Das Wahlrecht zu gestalten, ist nach dem Grundgesetz ausdrücklich eine Aufgabe des gewählten Gesetzgebers (Art. 38 Abs. 3 GG).

Mit der Arbeitsteilung zwischen Verfassung und Politik, die in vielen Aspekten der Staatsorganisation besteht, ist die Frage verbunden, inwieweit und mit welchen Schranken die Selbstorganisation des politischen Prozesses legitim ist. Die verfassungsrechtliche Dogmatik hierzu ist durchaus komplex und differenziert. Wichtige Aspekte dessen hat die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Parlamentsrecht entwickelt, insbesondere anhand der Rechte von fraktions-

¹ Prof. Dr. Jelena von Achenbach, LL.M. (NYU) ist Juniorprofessorin für Öffentliches Recht an der Universität Gießen.

losen Abgeordneten², anhand der Besetzung von parlamentarischen Ausschüssen sowie von Arbeitsgruppen im Vermittlungsverfahren³ und anhand der Delegation parlamentarischer Entscheidungen⁴. Die verfassungsrechtliche Prägung des Wahlrechts hat das Gericht demgegenüber in einer eigenständigen Rechtsprechungslinie entwickelt.

Die Organisationsverfassung als Rahmen?

Trotz vieler Differenzierungen lässt die Rechtsprechung aber durchaus so etwas wie eine allgemeine Idee des Verhältnisses von Verfassung und Selbstorganisation des politischen Prozesses erkennen. Diese Idee tritt verdichtet und exemplarisch etwa in einem Diktum des Bundesverfassungsgerichts zutage, das konkret die eher obskure Frage betrifft, ob die finanzverfassungsrechtlichen Regeln der steuerlichen Ertragshoheit für außerordentliche staatliche Einnahmen gelten⁵. Das Gericht formuliert hier, wie es sich die Arbeitsteilung zwischen Verfassung und Politik grundsätzlich vorstellt:

„Die Finanzverfassung des Grundgesetzes bildet eine in sich geschlossene Rahmen- und Verfahrensordnung. Sie ist auf Formenklarheit und auf Formenbindung angelegt. Diese Prinzipien erschöpfen sich nicht in einer lediglich formalen Bedeutung. Sie sind selbst Teil der funktionsgerechten Ordnung eines politisch sensiblen Sachbereichs und verwirklichen damit ein Stück Gemeinwohlgerechtigkeit. Zugleich fördern und entlasten sie den politischen Prozess, indem sie ihm einen festen Rahmen vorgeben. Innerhalb dieses verfassungsrechtlichen Rahmens ist der politische Prozess frei und vermag sich nach seinen eigenen Regeln und Bedingungen zu entfalten. Der Rahmen selbst indes stellt eine Grenze dar, die der einfache Gesetzgeber nicht überschreiten darf.“⁶

Dass die Verfassung in diesem Sinne als „Rahmen“ des Politischen diene, ist mit der binären Unterscheidung eines Innerhalb und eines Außerhalb der Verfassung, die Bindung und Freiheit, Legalität (Verfassungsmäßigkeit) und Illegalität (Verfassungswidrigkeit) strikt und eindeutig abgrenzen soll, als Bild stark. Um zu verstehen, welche Bedeutung(en) die Selbstorganisation der Akteure des politischen Prozesses für die Verfassung entfalten kann, ist es aber (wie ich anderswo darlege⁷) nicht sehr hilfreich. Auch für konkrete Streitfälle lässt sich daraus kaum etwas gewinnen: Ist nun die Wahlrechtsreform, etwa im Aspekt des neuen Grundsatzes der Zweitstimmendeckung oder der Abschaffung der Grundmandatsklausel,

² BVerfGE 80, 188, *Wüppesahl*, 1989

³ Schlagwort: *Spiegelbildlichkeitsgrundsatz* und seine Grenzen, etwa BVerfGE 131, 230, *Richterwahlausschuss*, 2012; 140, 115, *Arbeitsgruppen im Vermittlungsverfahren*, 2015.

⁴ BVerfGE 130, 318, *Neunergremium*, 2012.

⁵ BVerfGE 105, 185, *UMTS-Erlöse*, 2002.

⁶ BVerfGE 105, 185 (193 f., Rn. 42).

⁷ J. von Achenbach, Verfassungswandel durch Selbstorganisation: Trilogie im Europäischen Gesetzgebungsverfahren, *Der Staat* 2016, 1-39, <http://www.jstor.org/stable/45106249>.

verfassungskonform als Ausdruck der demokratischen Selbstorganisation und legitimen Entfaltung des politischen Prozesses? Oder überschreitet der Wahlrechtsgesetzgeber hier „den Rahmen“ der Wahlrechtsgrundsätze „als Grenze“?

Grundsatzkritik: Entscheidung des Parlaments in eigener Sache

Kann an dieser Stelle die Formel von der „Entscheidung des Parlaments in eigener Sache“⁸ irgendwie weiterhelfen? Mit ihr wird der Selbstgestaltung der Demokratie im Aspekt des Wahlrechts (und in weiteren Aspekten) ein grundsätzliches Misstrauen entgegengebracht. Das richtet sich wesentlich gegen die Parteien. Dieses Misstrauen knüpft daran an, dass die Parteien im Wahlrecht, sowie ähnlich gelagert etwa im Bereich der Parteienfinanzierung, nach ihrem Eigeninteresse im politischen Wettbewerb agieren können. Dem wird als Ideal ein „unbeeinflusstes, gerechtes, unbefangenes“ Entscheiden nach einer „von keinen eigenen Interessen getrübbten Objektivität“ gegenübergestellt⁹.

Das erscheint indes nicht nur merkwürdig unpolitisch und a-demokratisch, sondern auch unpraktikabel: Es ist allenfalls im Sinne eines rekonstruktiven Gedankenexperiments zu einer gegebenen Verfassung nach Rawls denkbar („*veil of ignorance*“). Es verfehlt aber klar und weit das Faktum, dass auch die demokratische Staatsorganisation von der Offenheit der Verfassung und *legitimerweise* von Parteilichkeit und Uneinigkeit über die gute und richtige Organisation des Demokratischen geprägt ist.

Sowieso aber fehlt der Formel von der „Entscheidung des Parlaments in eigener Sache“ für das Wahlrecht – und auch darüber hinaus – ein normativer Eigenwert, auch wenn das Bundesverfassungsgericht sie aufgegriffen hat¹⁰. Die Formel hat insbesondere gegenüber den Wahlrechtsgrundsätzen und den Rechten der Parteien keine rechtliche Eigenbedeutung. So übt das Bundesverfassungsgericht eine strikte Kontrolle des Gesetzgebers im Wahlrecht unabhängig von der „Eigeninteresse“-Perspektive aus, nämlich am Maßstab der „strengen und formalen“ Wahlgleichheit¹¹. Freilich ist diese strikte Kontrolle integriert in das vom Gericht anerkannte Gestaltungsvorrecht des Gesetzgebers im Wahlrecht.

⁸ H. H. von Arnim, Wahlgesetze: Entscheidungen des Parlaments in eigener Sache, *JuristenZeitung*, 2009, 813-820, <http://www.jstor.org/stable/20829772>.

⁹ H. H. von Arnim, Wahlgesetze: Entscheidungen des Parlaments in eigener Sache, *Juristenzeitung* 2009, 813 (813).

¹⁰ BVerfGE 120, 82, *Fünf-Prozent-Sperrklausel Schleswig-Holstein*, 2008.

¹¹ S. etwa BVerfGE 95, 335, *Überhangmandate II*, 1997.

Legitimer Konflikt über die demokratischen Grundstrukturen

Dass die Demokratie sich nicht selbst vermeiden kann, schließt ein, dass die Entwicklung ihrer rechtlichen Grundstrukturen politisch konflikthaft ist. Die Parteien haben legitimerweise unterschiedliche Vorstellungen auch von einem guten und richtigen Wahlrecht. Dass sie daneben auch um wettbewerbliche Vor- und Nachteile ringen, ist kein Grund dafür, die gesetzliche Ausgestaltung des Wahlrechts grundsätzlich zu diskreditieren und auf eine möglichst engmaschige Anleitung durch das Bundesverfassungsgericht zu hoffen – oder gleich darauf, das Wahlsystem im Grundgesetz selbst konkret auszugestalten.

Das Bundesverfassungsgericht selbst urteilt in ständiger Rechtsprechung, dass die Aufgabe des Gesetzgebers, das Wahlrecht zu regeln und auszugestalten, sich nicht in der Regelung technischer Einzelheiten erschöpft. Diese Aufgabe erfordere schon im Hinblick auf die Auswahl des Wahlsystems und dessen Durchführung im Einzelnen vielfältige Entscheidungen *von großer Tragweite*. Mit der Anerkennung von Gestaltungsentscheidungen wie derjenigen für oder gegen eine Sperrklausel sowie deren Höhe und ggfs. ihre Durchbrechung, für die Verhältniswahl mit starren oder offenen Listen, für die Zahl der Direktwahlkreise und deren Zuschnitt usw. erkennt das Gericht zugleich an, dass dies legitimerweise politische Fragen sind.

Änderungsoffenheit des Wahlrechts: Kein politischer Besitzstandsschutz

Dem steht nicht entgegen, dass Abänderungen geltender wahlrechtlicher Regelungen für die gewählten Abgeordneten und die Parteien die Wettbewerbschancen erheblich verändern können. Es gibt keinen Schutz eines politischen „Besitzstands“ im Wahlrecht: Der Gesetzgeber darf mit Wahlrechtsreformen auch angestammte Wettbewerbspositionen von Abgeordneten und Parteien verkürzen. Die Gleichheit der Wahl und die Chancengleichheit der Parteien müssen allein innerhalb des festgelegten Wahlsystems gewährleistet sein. Deswegen kann auch der Vergleich zur vorherigen Rechtslage nicht der Maßstab der Gleichheit sein, an dem der Gesetzgeber zu messen ist. Das ist schlicht und einfach Teil und Ausdruck der Änderbarkeit demokratischen Rechts.

Für eine in diesem Sinne nicht zu knapp zu bemessende Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers im Wahlrecht gibt es gute Gründe. Demokratische Selbstbestimmung, auch über die Regeln der demokratischen Willensbildung selbst, kann nicht statisch sein. Das gilt auch für das Wahlrecht als Kernaspekt hiervon: Es auf irgendeinem historischen Stand einzufrieren, es verfassungsrechtlich festzustellen, ist nicht die demokratischere Lösung. Zu abhängig ist ein funktionstüchtiges Wahlrecht von kontingenten und veränderlichen Grundlagen jenseits von Verfassung und Recht: vom Selbstverständnis der Gesellschaft, für die das Wahlrecht

als demokratisches Wahlrecht annehmbar sein muss, und von der Parteienlandschaft und vom Wahlverhalten: So hat erst das Schrumpfen der „Volksparteien“ durch die Zunahme der grundsätzlich ausgleichspflichtigen Überhangmandate dazu geführt, dass die Zahl der Abgeordneten im Bundestag weit über die gesetzliche Regelgröße hinausgewachsen ist. Auf diese praxisgenerierte Dysfunktionalität des gesetzlichen Wahlrechts hat die Reform der Ampel-Koalition dieses Jahr dann mit der Abschaffung der Überhangmandate reagiert.

Hingegen würde eine weit ausgreifende Konstitutionalisierung, die zukünftig ein „Entscheiden des Parlaments in eigener Sache“ bei der Ausgestaltung des Wahlrechts ausschließen und damit die Anwendung des demokratischen Prozesses auf sich selbst beschneiden sollte, schon als Idee eine Vielzahl Probleme aufwerfen: Wie weit, wie konkret wäre das Wahlrecht in der Verfassung auszugestalten, und in welcher Form? Was wäre hier das Gute und Richtige? Vor allem aber: Wie ginge man bei einem konstitutionell konkret determinierten Wahlsystem mit nicht auszuschließenden, aber auch nicht absehbaren zukünftigen demokratischen Dysfunktionalitäten um?

Verfassungsrechtliche Bindungen und Grenzen der Selbstorganisation der Politik

Mir scheint unter dem Grundgesetz die politische Ausgestaltung des Wahlrechts einstweilen nicht wirklich ein drängendes demokratisches Problem zu sein. Dies nicht zuletzt aus dem Grund, dass sie, vom Bundesverfassungsgericht grundsätzlich plausibel operationalisiert, recht effektiv an die Gleichheit und Allgemeinheit der Wahl gebunden ist. Bei einem derart eingehetzten Gesetzgeber des Wahlrechts sehe ich nicht, dass die Darstellung der Gestaltungsaufgabe des Wahlgesetzgebers als „Entscheidung des Parlaments in eigener Sache“ einen verschärften verfassungsrechtlichen/-gerichtlichen Zugriff rechtfertigt.

Insgesamt lässt sich vor diesem Hintergrund auch allgemeiner ein Grundsatz dazu formulieren, mit und in welchen Schranken die Selbstorganisation des politischen Prozesses legitim ist. Dass die Verfassung nicht abschließend bestimmt, wie die demokratische Willensbildung funktioniert, heißt nicht, dass sie gar keinen Geltungsanspruch für die Selbstorganisation des politischen Prozesses erhebt. Nur ist das Ziel dabei aus demokratischer Sicht gewiss nicht ein „unbeeinflusstes, gerechtes, unbefangenes“ Entscheiden nach einer „von keinen eigenen Interessen getrübbten Objektivität“. Das ist aus demokratischer Sicht kein Ideal.

Die demokratische Bedeutung einer dynamischen Selbstorganisation des politischen Prozesses kommt in der Geschäftsordnungsautonomie der Verfassungsorgane und nicht zuletzt eben in der Gestaltungsaufgabe des Wahlrechtsgesetzgebers zum Ausdruck. Das steht aber nicht in einem prinzipiellen Konflikt dazu,

dass für die Selbstorganisation verfassungsrechtliche Grundsätze der demokratischen Legitimation gelten und als Maßstab in Anschlag gebracht werden.

Den Kern dessen bildet unter dem Grundgesetz die wesentlich auf proportionaler Repräsentativität beruhende freiheitliche und gleichheitsbezogene Offenheit und pluralistische Kapazität des politischen Prozesses, der nicht durch seine organisatorische Verfasstheit und seine strukturelle Prägung von vornherein inhaltlich verengt und vorgeprägt werden darf. Die Geltung und Durchsetzung solcher Grundsätze ist erforderlich – scheint mir aber grundsätzlich auch hinreichend, um robust sichern zu können, dass der politische Prozess sich selbst demokratisch organisiert.

Mehr Ely im deutschen Verfassungsrecht

Entscheidungen in eigener Sache und die Political Process Theory

Michaela Hailbronner¹

Parlamente entscheiden ständig in eigener Sache. Bei Themen wie dem Wahlrecht oder Abgeordnetendiäten ist dies auch kaum anders denkbar. Wer soll auch sonst entscheiden? Angesichts dessen kann der Begriff der „Entscheidungen in eigener Sache“, den das Bundesverfassungsgericht als Argument für eine verschärfte gerichtliche Kontrolle einsetzt, in der Tat populistisch erscheinen: als Ausdruck des Misstrauens gegenüber denen „da oben“ oder eben „in Berlin“. Gerichtlicher Populismus – Gerichte nehmen für sich eine Rolle als Wächter der wahren Interessen des Volkes gegenüber den korrupten Eliten in Anspruch – ist keine Seltenheit, wie der Rechtsvergleich etwa mit Indien² oder Brasilien³ zeigt, und keine wünschenswerte Perspektive für Deutschland. Die Kritik am Begriff der „Entscheidungen in eigener Sache“ auf dem Verfassungsblog und anderswo in der Literatur ist auch deshalb in vielerlei Hinsicht berechtigt.

Dennoch gilt: Der Begriff der Entscheidungen in eigener Sache hat einen richtigen Kern. Denn es geht ja nicht wirklich dabei um eine Verlagerung von Entscheidungen weg von Parlamenten, sondern vielmehr um genauere richterliche Kontrolle, um ein näheres Hinsehen, wenn Parlamentarier:innen im eigenen Interesse Gesetze verabschieden. Dennoch ist das Konzept problematisch⁴. Vor allem ist es zu vage – denn entscheidet nicht auch die Abgeordnete, die über die Steuergesetzgebung abstimmt, in eigener Sache? Zwar ist allen klar, dass das Argument so weit nicht reicht, aber wie weit genau es reichen soll, bleibt letztlich offen.

Diese Unbestimmtheit zieht sich auch durch die rechtswissenschaftliche Literatur, in der die Entscheidung in eigener Sache in unterschiedlicher Weise näher

¹ Prof. Dr. Michaela Hailbronner, LL.M. (Yale), ist Professorin für deutsches und internationales öffentliches Recht und Rechtsvergleichung an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster. Der Beitrag stützt sich in wesentlichen Teilen auf einen längeren Aufsatz, der 2021 im *International Journal of Constitutional Law* veröffentlicht wurde unter dem Titel „Combating malfunction or optimizing democracy? Lessons from Germany for a comparative political process theory“, <https://academic.oup.com/icon/article/19/2/495/6295762>.

² Anuj Bhwania, *Courting the People: Public Interest Litigation in Post-Emergency India*, Cambridge University Press 2016, <https://doi.org/10.1017/9781316551745>.

³ Diego Werneck Arguelhes, *Judges Speaking for the People: Judicial Populism beyond Judicial Decisions*, Verfassungsblog, 2017, <https://doi.org/10.17176/20170504-091531>.

⁴ Wie Thilo Streit es bereits in seiner Dissertation herausarbeitete: Thilo Streit, *Entscheidung in eigener Sache*, 2016.

bestimmt und konzeptualisiert wird: als Erscheinungsform von Befangenheit, analog zu dem (im Zivilrecht verbotenen) Insichgeschäft oder als Interessenskollision, verwandt mit und verwurzelt (irgendwie) im Rechtsstaatsprinzip⁵. Auf den politischen Betrieb passt das alles nicht so richtig – und deshalb muss man sich auch über Kritik nicht wundern.

Trotz alledem ist das Konzept aus den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts vor allem zum Wahlrecht nicht hinwegzudenken. Das ist auch gut so.

Ely und sein Revival in der Verfassungsvergleichung

Denn hinter dem Begriff der Entscheidung in eigener Sache stehen letztlich institutionelle Erwägungen, wie sie auch in der amerikanischen Verfassungstheorie unter dem Dach der sog. *Political Process School* vorgetragen werden. Vor allem John Hart Elys Verfassungstheorie, veröffentlicht in seinem Buch *Democracy and Distrust*⁶ von 1980, steht für diesen Ansatz. Ely ging es freilich damals primär darum, die Entscheidungen des (damals noch progressiven) Supreme Court unter seinem Chief Justice Earl Warren zu rechtfertigen und zugleich dem Gericht Grenzen zu setzen. Unter Rückgriff auf eine Fussnote einer früheren Entscheidung des Supreme Court, die sog. Footnote 4 im Fall *Carolene Products*⁷ (die in den USA oft als die berühmteste Fussnote aller Zeiten bezeichnet wird), argumentierte Ely, das Gericht solle – natürlich – den Text der Verfassung auslegen, aber wenn dieser Text für die Entscheidung konkreter Fälle wenig hergebe, dann solle das Gericht grundsätzlich dem Gesetzgeber die Entscheidung überlassen – mit zwei wesentlichen Ausnahmen:

1. wenn Insider den demokratischen Prozess blockierten, um Outsider nicht hineinzulassen,
2. zum Schutz von Minderheiten, die aufgrund bestimmter Eigenschaften im demokratischen Prozess keine realen Chancen hätten, diesen Prozess durch Koalitionsbildung etc. zu beeinflussen.

Elys Theorie beeinflusste die amerikanische und manche anderen ausländischen Diskussionen nachhaltig⁸; in Deutschland blieb ihre Bekanntheit und ihr Einfluss

⁵ Thilo Streit, Entscheidung in eigener Sache, 2016, S. 22-27.

⁶ John Hart Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, 1981.

⁷ UNITED STATES v. CAROLENE PRODUCTS CO., No. 640, Argued April 6, 1938, Decided April 25, 1938, <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/304/144>.

⁸ Rosalind Dixon/Michaela Hailbronner, Ely in the world: The global legacy of Democracy and Distrust forty years on, *International Journal of Constitutional Law*, Volume 19, Issue 2, April 2021, Pages 427-438, <https://doi.org/10.1093/icon/moab041>.

jedoch beschränkt⁹. In den vergangenen fünf Jahren ist in der internationalen Diskussion in der Verfassungsvergleichung eine Art Ely-Revival zu beobachten, an dem auch die Autorin dieses Beitrags beteiligt ist. Dahinter steht das Bemühen, die Institution der Verfassungsgerichtsbarkeit für die Bekämpfung von autoritären oder semi-autoritären Rechtsänderungen einzusetzen und dadurch die Erosion von Demokratie und Rechtsstaatlichkeit soweit möglich aufzuhalten. So werben etwa David Landau und Manuel Cepeda¹⁰ und Stephen Gardbaum¹¹ für eine neue *Comparative Political Process Theory*, und die australische Rechtswissenschaftlerin Rosalind Dixon betont in ihrer neu erschienenen Monographie zu *Responsive Judicial Review*¹², aufbauend auf Ely, die Rolle der Verfassungsgerichtsbarkeit gerade auch in der Kompensation für demokratische Defizite. All dies wird in Deutschland kaum rezipiert, wäre aber gerade für das Nachdenken über die Rolle des Gerichts nicht nur, aber auch mit Blick auf das Erstarken rechtspopulistischer Kräfte in Deutschland relevant. Wer Thüringen 2024 diskutiert, sollte dabei auch über den nationalen Tellerrand blicken.

Was kann man aus alledem für den Umgang des Bundesverfassungsgerichts mit „Entscheidungen in eigener Sache“ lernen?

Machterhalt durch Insider statt Entscheidung in eigener Sache

Die amerikanische Diskussion macht deutlich, dass es grundsätzlich richtig und wichtig ist, dass Verfassungsgerichte institutionelle Erwägungen anstellen. Darüber nachzudenken, bei welchen Entscheidungen ein Gericht dem demokratischen Gesetzgeber weitgehend „vertrauen“ kann und wann dies nicht gilt, sollte für die verfassungsgerichtliche Kontrolle eine wesentliche Rolle spielen. Dieser Gedanke ist auch in Deutschland unter dem Label der funktionell-rechtlichen Betrachtungsweise anzutreffen, die sich aber in Deutschland nie in gleichem Maße durchsetzen konnte wie in den USA.

Von diesem Ausgangspunkt aus wird dann auch schnell deutlich, dass eine stärkere verfassungsgerichtliche Kontrolle bei bestimmten Entscheidungen, die den politischen Prozess betreffen, sinnvoll sein kann. Elys Verweis auf Insider-

⁹ Michaela Hailbronner, *Combating malfunction or optimizing democracy? Lessons from Germany for a comparative political process theory*, *International Journal of Constitutional Law*, Volume 19, Issue 2, April 2021, Pages 495-514, <https://doi.org/10.1093/icon/moab043>.

¹⁰ Manuel José Cepeda Espinosa/David Landau, *A broad read of Ely: Political process theory for fragile democracies*, *International Journal of Constitutional Law*, Volume 19, Issue 2, April 2021, Pages 548-568, <https://doi.org/10.1093/icon/moab039>.

¹¹ Stephen Gardbaum, *Comparative political process theory*, *International Journal of Constitutional Law*, Volume 18, Issue 4, December 2020, Pages 1429-1457, <https://doi.org/10.1093/icon/moaa084>.

¹² Rosalind Dixon, *Responsive Judicial Review: Democracy and Dysfunction in the Modern Age*, 2023.

Outsider-Szenarien als besonders kontrollbedürftige Fälle ist dabei hilfreich und geeigneter als der Topos der „Entscheidungen in eigener Sache“¹³. Denn im Kern geht es darum, Situationen herauszufiltern, bei denen das Bundesverfassungsgericht gesetzgeberische Entscheidungen besonders genau überprüfen soll, weil die verabschiedeten Regelungen die Chancen einer Machterhaltung der gegenwärtigen Mehrheiten gegenüber Outsidern erhöhen. Andere gesetzgeberische Entscheidungen hingegen, die in Deutschland ebenfalls gerne unter den Begriff der Entscheidungen in eigener Sache gefasst werden, lösen nicht zwingend in gleichem Maße erhöhten Kontrollbedarf aus – etwa solche über Abgeordnetendiäten. Zwar mag sich hier das Problem einer „Selbstbedienung“ ergeben, aber es spricht wenig dafür, dass in einer öffentlichen Diskussion entsprechende Verhaltensmuster nicht kritisiert und von den Wählern entsprechend abgestraft werden können. Der politische Prozess bedarf insoweit nicht zwingend einer Korrektur von außen.

Anderes kann, aber muss nicht für Änderungen im Wahlrecht gelten. Kommen geplante Änderungen eindeutig den Parteien zugute, die sie betreiben, dann besteht Grund für eine vertiefte gerichtliche Kontrolle im Sinne Elys. Diese mag freilich immer noch ergeben, dass die vorgenommenen Änderungen letztlich verfassungsrechtlich zu rechtfertigen sind, aber die angelegten Kontrollmaßstäbe des Gerichts sollten dann eng ausfallen. Umgekehrt ist aber auch denkbar, dass Änderungen des Wahlrechts kaum Einfluss auf den Machterhalt haben. Das gilt etwa für die Einführung bzw. Beibehaltung der Sperrklausel, deren Verfassungswidrigkeit das Bundesverfassungsgericht zuletzt bei den Europawahlen u.a. unter Heranziehung des Begriffs der Entscheidung in eigener Sache feststellte¹⁴. Eine genauere Fokussierung auf die Frage der Machterhaltung würde hier Zweifel aufwerfen, ob für Misstrauen und eine erhöhte verfassungsgerichtliche Kontrolldichte wirklich Bedarf bestehen. Denn eine mögliche Zersplitterung des Parlaments mag zwar die Regierungsfähigkeit gefährden, allerdings stellt sich dabei die Frage, ob solche nur sehr mittelbaren und potentiellen politischen Vorteile tatsächlich für eine erhöhte richterliche Kontrolle Anlass geben sollten¹⁵. Ähnliche Überlegungen dürften etwa gelten, sollte der Bundestag jemals eine Frauenquote für Listenvorschläge einführen. Hier würde es sich zwar um eine „Entscheidung in eigener Sache“ handeln, aber nicht um eine Regelung, die mit dem Ziel des Machterhalts eingeführt wird. Denn konservative Parteien mögen zwar eine solche Frauenquote ablehnen, bisherige Erfahrungen aus dem Ausland (wie etwa

¹³ Siehe bereits Michaela Hailbronner, *Combating malfunction or optimizing democracy? Lessons from Germany for a comparative political process theory*, *International Journal of Constitutional Law*, Volume 19, Issue 2, April 2021, Pages 495–514, <https://doi.org/10.1093/icon/moab043>.

¹⁴ BVerfG, Urteil vom 26.02.2014 – 2 BvE 2/13, https://www.bverfg.de/e/es20140226_2bve000213.html.

¹⁵ in diesem Sinne auch das Sondervotum von Müller, Rn. 7 ff., BVerfG, Urteil vom 26.02.2014 – 2 BvE 2/13, https://www.bverfg.de/e/es20140226_2bve000213.html.

Spanien) legen aber nicht nahe, dass sie aus deren Einführung Nachteile mit Blick auf den Stimmengewinn zu erwarten haben. Mit Ely spräche hier deshalb wenig für einen engeren gerichtlichen Kontrollmaßstab.

Eine solche enge Auslegung von Entscheidungen in eigener Sache ist auch deshalb geboten, weil die Frage, was Demokratie bedeutet, diesseits gewisser Grenzen auch selbst Gegenstand demokratischer Diskussionen ist und sein sollte, wie Christoph Möllers¹⁶ und andere immer wieder zu Recht betonen. Es mag zwar bestimmte demokratische Wesensgehalte der Demokratie geben, die David Landau und Rosalind Dixon in der internationalen Diskussion als „democratic minimum core“¹⁷ beschreiben und zu deren Aufrechterhaltung Verfassungsgerichte deshalb besonders berufen sind. Aber selbst diese Kerngehalte dürften nicht einfach zu fassen sein: regelmäßige freie, allgemeine, gleiche und geheime Wahlen für eine gesetzgeberische Körperschaft, Presse- und Meinungsfreiheit und manches andere gehören sicherlich dazu, aber nicht alle Aspekte dieser werden zugleich auch als Teil eines demokratischen Wesensgehalts zu begreifen sein.

Die Diskussionen um Parteienverbote, Sperrklauseln, Hate Speech oder eben auch die Frauenquote zeigen dies. Obwohl es um demokratische Kernanliegen gilt, dürfte ein demokratischer Wesensgehalt hier kaum betroffen sein. Vielmehr lässt sich mit guten Argumenten darüber streiten, was für unsere Demokratie in Deutschland jeweils der beste Ansatz ist – was genau noch als Meinungsfreiheit geschützt ist oder auch ob im Wahlrecht Frauenquoten verfassungsrechtlich zulässig sind. Der Text des Grundgesetzes selbst gibt hier vielfach keine wirklichen Antworten, diese müssen vielmehr primär im demokratischen Prozess gefunden werden. Das Bundesverfassungsgericht ist dabei natürlich zur Kontrolle der getroffenen Entscheidungen berufen. Welche Spielräume es dabei aber dem Gesetzgeber lässt, sollte vom Fall und institutionellen Kontext abhängen. Geht es um Entscheidungen, die die Wahrscheinlichkeit eines Machterhalts ganz konkret erhöhen, so sollten diese eng ausfallen. Geht es um sonstige Regelungen, mögen sie weiter zu ziehen sein. Darin liegt dann auch keine „Gesinnungsstrafe“, sondern es spiegelt sich hierin lediglich ein differenzierter, institutionell orientierter Blick auf die Verfassungsgerichtsbarkeit wider.

Neben dem Fokus auf Insider-Machterhaltung können auch andere Argumente relevant werden. In der neueren rechtsvergleichenden Literatur oder auch beim

¹⁶ Christoph Möllers, Legalität, Legitimität und Legitimation des Bundesverfassungsgerichts, in: Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius/Christoph Möllers/Christoph Schönberger, Das entgrenzte Gericht – Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht, 2019, S. 281 ff.

¹⁷ Rosalind Dixon/David Landau, Competitive democracy and the constitutional minimum core, in: Tom Ginsburg/Aziz Huq (Eds.), *Assessing Constitutional Performance*, 2016, pp. 268-292, <https://doi.org/10.1017/CBO9781316651018.010>.

Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte spielen oft prozedurale Erwägungen eine wichtige Rolle.

Wenn etwa grundsätzlich machterhaltungsrelevante Wahlrechtsänderungen mit breiten, koalitionsübergreifenden Mehrheiten verabschiedet werden, sollte dies als Argument für weitere Ermessensspielräume gelten. Wo dies umgekehrt nicht der Fall ist, sollte das Gericht die Begründung des Gesetzgebers für die entsprechenden Reformen sehr genau lesen und prüfen und im Zweifel eingreifen.

Fazit

Wie genau eine deutsche *Political Process Theory* auszusehen hätte, lässt sich in Kürze nicht beantworten. Die verfassungsvergleichende Literatur macht jedenfalls deutlich, dass die Grenzen zwischen Demokratie-Optimierung und dem Aufhalten des Abgleitens in semi-autoritäre Strukturen nicht immer einfach zu bestimmen sind. Gerichtliche Interventionen im Dienst der Demokratie können zweifelhaft¹⁸ sein und leider auch missbräuchlich und antidemokratisch¹⁹. Trotzdem spielen Verfassungsgerichte und auch das deutsche Bundesverfassungsgericht für den Schutz der rechtlichen Grundlagen der Demokratie eine wesentliche Rolle. Der Begriff der „Entscheidungen in eigener Sache“ nimmt dies auf, sollte aber konkretisiert bzw. ersetzt werden durch eine explizite institutionelle Perspektive, die u.a. die Konsequenzen der jeweiligen Regelungen für den Machterhalt der an ihr beteiligten Parteien bei der verfassungsgerichtlichen Kontrolle berücksichtigt.

¹⁸ BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 05.05.2020 – 2 BvR 859/15, https://www.bverfg.de/e/rs20200505_2bvr085915.html.

¹⁹ Michaela Hailbronner, Political process review: Beyond distrust, *International Journal of Constitutional Law*, Volume 18, Issue 4, December 2020, Pages 1458-1465, <https://doi.org/10.1093/icon/moaa097>.

Gemeinwohlsicherung im Recht der Politik

Kritische Beobachtungen zu den Entscheidungen des Parlaments „in eigener Sache“

Arne Pilniok¹

Mit dem jüngsten Stakkato von verfassungsgerichtlichen Urteilen zur Politikfinanzierung und den Diskussionen um die Wahlrechtsreform ist der Topos der „Entscheidungen in eigener Sache“ wieder in den Fokus gerückt. Als juristische Kategorie sind sie durchaus ambivalent: Gesetze werden auch im Recht der Politik im üblichen Verfahren verabschiedet. Der Bezug auf die „eigene Sache“, die Befangenheitsregeln in der Verwaltung und den Gerichten anklingen lassen, suggeriert aber ein möglicherweise unmoralisches Handeln. Wer in eigener Sache handelt, steht leicht unter Verdacht. Insoweit ist die Charakterisierung als „juristische[r] und politische[r] Kampfbegriff“² zutreffend, der ein strukturelles Misstrauen gegen demokratische Entscheidungsverfahren ausdrückt. Zugleich verweist die Formulierung von den „Entscheidungen in eigener Sache“ auf eines der zentralen Probleme im Recht der Politik: Wo strukturelle Kontrolldefizite entstehen können, sind rechtliche und institutionelle Mechanismen zur Sicherung des Gemeinwohls notwendig.

Aus der Sicht des Bundesverfassungsgerichts bestehen solche Defizite in dem Sachbereich, „in dem es an dem regelmäßig korrigierenden Element gegenläufiger politischer Interessen fehlt“³. Nur wo genau dies der Fall ist, bleibt auch nach längerer wissenschaftlicher Diskussion unklar und die Konturen der „Entscheidungen in eigener Sache“ unscharf. Im Kern geht es bei der Präzisierung darum, wie weit man in der parteiengepägten Demokratie des Grundgesetzes den Kreis der potenziell kritisch zu beurteilenden Materien zieht. Ist etwa die national festgelegte Sperrklausel im Europawahlrecht eine solche Angelegenheit, obwohl die Mandatsträger im Bundestag davon nicht unmittelbar betroffen sind? Oder bestehen hier ebenenübergreifende Parteiinteressen, die es kleineren Wettbewerbern erschweren, Zugang zu erhalten?⁴ Insoweit wäre ein Ansatz zur Schärfung, stärker danach zu differenzieren, inwieweit es um die Sicherung des politischen

¹ Prof. Dr. Arne Pilniok ist Professor für Deutsches und Europäisches Öffentliches Recht und Verwaltungswissenschaften an der Universität Bielefeld.

² Vgl. den Klappentext von Streit, *Entscheidung in eigener Sache*, 2006.

³ BVerfG, Urteil vom 24.01.2023 – 2 BvF 2/18, Rn. 127, https://www.bverfg.de/e/fs20230124_2_bvf000218.html.

⁴ Vgl. BVerfGE 135, 259 mit dem Sondervotum Müller.

Wettbewerbs im Parteien-, Parlaments- und Wahlrecht geht oder „nur“ um andere Belange wie die Ressourcenausstattung – auch wenn Überschneidungen insoweit natürlich bestehen, wie das Beispiel der Finanzierung der parteinahen Stiftungen zeigt.

Eine schlichte Annahme, dass die Fraktionen im Parlament gleichsam naturgemäß kollusiv zusammen- und gegen das Gemeinwohl arbeiten, ist theoretisch wie praktisch problematisch – schon, weil das Gemeinwohl bekanntlich erst im Prozess konkretisiert und hergestellt wird. Das Verfassungsrecht muss realistisch bezüglich Kontrolldefiziten sein, sollte aber auch nicht einen Generalverdacht des Missbrauchs propagieren⁵. So belegt die jüngste Entscheidung zur Parteienfinanzierung wie jetzt auch die Wahlrechtsreform, dass es Konfliktlinien entlang der Dichotomie von Regierungs- und Oppositionsfraktionen gibt und es gerade keine Zusammenarbeit „in eigener Sache“ gibt. Insoweit ist es jedenfalls erstaunlich, dass das Bundesverfassungsgericht hart an der Grenze zum Klischee formuliert: „Gewönne der Bürger den Eindruck, die Parteien ‚bedienen‘ sich aus der Staatskasse, so führte dies zu einer Verminderung ihres Ansehens und würde letztlich ihre Fähigkeit beeinträchtigen, die ihnen von der Verfassung zugewiesenen Aufgaben zu erfüllen“⁶. Dass es sich um eine parlamentarische Mehrheitsentscheidung handelte, die von den Oppositionsfraktionen mit einer abstrakten Normenkontrolle angegriffen wird, erscheint dabei eher gleichgültig. Ob eine solche Politisierung im Recht der Politik eintritt, ist freilich schwer vorhersehbar. Mit einer stärkeren Fragmentierung des Parteiensystems und damit auch des Bundestags steigt die Wahrscheinlichkeit jedenfalls. Darauf müssen die Bestimmung von Einschätzungsprärogative und Kontrollrechte eingestellt werden – Differenzierung ist also notwendig.

Der wichtigste Mechanismus, um auf strukturelle Kontrolldefizite im Recht der Politik zu reagieren, ist das Verfassungsgericht. Die Möglichkeiten des Zugangs zum Recht sind dafür ebenso relevant wie die Fassung der rechtlichen Maßstäbe, etwa der Chancengleichheit der Parteien⁷. An letzterem kann man auch erkennen, dass verfassungsgerichtliche Kontrolle nur partiell der richtige Begriff ist. Eine weite, kreativ-aktivistische Interpretation des Grundgesetzes lässt sich auch als Reaktion auf die strukturellen Kontrolldefizite lesen. Die „Erfindung“ der Obergrenzen in der Rechtsprechung zur Parteienfinanzierung ist dafür ein Beispiel. In der jüngsten Entscheidung dazu spielen auf der Grundlage dieser Dogmatik die Begründungspflichten eine ausschlaggebende Rolle. Hier geben andere, teils auch verfassungsrechtlich bzw. verfassungsgerichtlich vorgeformte, Mechanismen der Prozeduralisierung zur Gemeinwohlsicherung Anlass zu einigen kritischen Beobachtungen:

⁵ S. auch BVerfGE 140, 1 (30).

⁶ BVerfG, Urteil vom 24.01.2023 – 2 BvF 2/18, Rn. 112, https://www.bverfg.de/e/fs20230124_2_bvf000218.html.

⁷ Vgl. S. Schönberger, in: Krüper (Hrsg.), FS Morlok, 2019, S. 191 ff.

Zeit als Gemeinwohlsicherung

In der Entscheidung zur Parteienfinanzierung wird vom Bundesverfassungsgericht die Dauer des Gesetzgebungsverfahrens als ein wichtiger Faktor der Gemeinwohlsicherung betont. Ausgangspunkt dafür ist die Kontrolle des Parlaments durch die Bürger, die durch Art. 42 GG vermittelt wird: Einer Entscheidung von erheblicher Tragweite „muss deshalb ein Verfahren vorausgehen, dass der Öffentlichkeit Gelegenheit bietet, ihre Auffassungen auszubilden und zu vertreten und das die Volksvertretung dazu anhält, Notwendigkeit und Umfang der zu beschließenden Maßnahmen in öffentlicher Verhandlung zu klären“⁸. Diese Funktion kann allerdings aus der Perspektive des Gerichts nur eine ausreichende Dauer des Gesetzgebungsverfahrens erfüllen. Eine zu starke Beschleunigung der Gesetzgebung kann entsprechend zur formellen Verfassungswidrigkeit führen. Mit dieser Formulierung des Maßstabs knüpft die Entscheidung an die Tatsache an, dass die Änderung des Parteiengesetzes zur Erhöhung der absoluten Obergrenze von der Einbringung bis zur dritten Lesung nur zehn Tage dauerte und überdies die mediale Aufmerksamkeit stark von der damaligen Fußball-WM in Russland überschattet wurde. Damit nimmt das Gericht an eine längere Diskussionslinie auf, in der etwa „Liegefristen“ für Gesetzentwürfe innerhalb des Parlaments gefordert worden sind⁹. Auch wenn eine Konkretisierung dieses allgemeinen Maßstabs in der Entscheidung zur Parteienfinanzierung fehlt und auch eine Anwendung auf den konkreten Fall offenbleibt, ist dies schon ein deutlicher Wink mit dem Zaunpfahl. Er ist im Bundestag auch gesehen worden, wie Äußerungen der Bundestagspräsidentin *Bärbel Bas* belegen.

So plausibel dieser abstrakte Maßstab auch sein mag, wirft er sowohl hinsichtlich seiner Prämissen wie auch seiner konkreten Folgen eine Reihe von Fragen auf, die hier nur angedeutet werden können: Das dahinterstehende Bild einer Meinungsbildung in der Öffentlichkeit erscheint deutlich idealisiert und kaum auf die Medienrealität bezogen. Medienberichterstattung ist immer noch weitgehend Voraussetzung und Gradmesser der gesellschaftlichen Meinungsbildung. Sie findet nahezu ausschließlich ereignisbezogen statt, indem sie an die parlamentarischen Lesungen und die Sachverständigenanhörungen anknüpft. Ob daran eine intensivere gesellschaftliche Diskussion anschließt, wenn die Zeitabstände zwischen den Ereignissen größer sind, scheint eine offene Frage zu sein. Zudem dürfte es auch hier nur begrenzt einen rationalen Diskurs, sondern eher eine von Vorurteilen gegenüber dem politischen System geprägte Grundhaltung geben. Letztlich bleibt in der Rechtsprechung jenseits durchaus berechtigter Kritik offen, was insoweit positiv für den Bundestag verfassungsrechtlich geboten war.

⁸ BVerfG, Urteil vom 24.01.2023 – 2 BvF 2/18, Rn. 94, https://www.bverfg.de/e/fs20230124_2_bvf000218.html.

⁹ Streit, Entscheidung in eigener Sache, 2006, S. 202 f.

Nicht im Blick des Verfassungsgerichts und weitgehend auch der rechtspolitischen Diskussion ist bisher demgegenüber das Aufschieben des Inkrafttretens von „Entscheidungen in eigener Sache“. Damit sollen die Anreize reduziert werden, Regelungen mit dem Blick auf den eigenen Vorteil oder den der eigenen Partei zu gestalten. Vorbild dafür ist das US-amerikanische Verfassungsrecht, das schon seit langem eine solche Regelung für die Abgeordnetenentschädigungen kennt¹⁰. Eine entsprechende Anwendung wäre auch für die Politikfinanzierung insgesamt denkbar. In Deutschland spielen solche Vorgaben bisher keine Rolle. So können die Regelungen der Venedig-Kommission des Europarats, dass ein Jahr vor Wahlen keine Wahlrechtsänderungen mehr vorgenommen werden dürfen, diesen Effekt gerade nicht erzielen, sondern dienen nur der strategischen Antizipation der teilnehmenden Parteien. Abgesehen von den demokratietheoretischen Problemen, die nachfolgenden Abgeordneten zu binden, erscheint dieser Mechanismus angesichts der teilweise seit langem überfälligen Reformen wie der Stiftungsfinanzierung eher kontraproduktiv.

Unabhängige Gremien als Gemeinwohlsicherung

Zu den klassischen Mechanismen der Ablösung möglicher Eigeninteressen von den Entscheidungsträgern zählt darüber hinaus die Einsetzung unabhängiger Kommissionen. Zu Recht stellt das Bundesverfassungsgericht fest, dass es freilich keine verfassungsrechtliche Pflicht gibt – eine gewisse Sympathie dafür erkennt man allerdings¹¹. Institutionell zählt zu den Herausforderungen für das Parlament, dass im Recht der Politik der ständigen Übung folgend die Gesetzesinitiativen aus der Mitte des Bundestags kommen müssen. Auch wenn Formulierungshilfen aus den Ministerien in Anspruch genommen werden können, bedarf es daher einer ressourcenintensiven Arbeit des Parlaments selbst. Damit besteht ein erheblicher Anreiz dafür, diesen Herausforderungen auch mit externem Sachverstand zu begegnen. Soweit sich das Parlament dafür entscheidet, stellen sich insbesondere Fragen der Legitimation und der Expertise: Mit der Einsetzung unabhängiger Expertengremien zur Vorbereitung entsprechender Entscheidungen gerät das Parlament in den faktischen Zwang zur Übernahme der Entscheidungen. In der Diskussion um Expertengremien in anderen Sachbereichen wird in dieser Logik ein zentrales Problem für die repräsentative Demokratie gesehen. Auch in der jüngsten Debatte um die Einführung von Bürgerräten wird entsprechend argumentiert. Dass gerade im Recht der Politik dies ohne Weiteres akzeptiert wird, erstaunt zumindest. Dazu kommt noch ein weiterer Punkt: Spätestens seit den Debatten in der Covid-19-Pandemie hat sich gezeigt, dass das Vertrauen in

¹⁰ S. auch Streit, Entscheidung in eigener Sache, 2016, S. 186 ff.

¹¹ BVerfG, Urteil vom 24.01.2023 – 2 BvF 2/18, Rn. 127, https://www.bverfg.de/e/fs20230124_2_bvf000218.html.

wissenschaftsgeprägte Expertise nicht selbstverständlich vorausgesetzt werden kann. Was insoweit für die Naturwissenschaften gilt, müsste noch in größerem Maße für Sachverständige in Fragen gelten, die vielfach von Vorverständnissen und Wertungen abhängig sind. Insoweit ist es äußerst zweifelhaft, ob man in dieser Hinsicht von einer Einschaltung „objektiven Sachverständs“¹² sprechen kann. Im Gegenteil ist gerade aufgrund der Vielfalt der möglichen Kriterien und Perspektiven eine Anforderung an solche Gremien eine hinreichende Pluralisierung der Mitglieder, etwa durch deren Benennung nach dem Fraktionsproporz. Zugleich tritt dabei ein Widerspruch zu anderen Mechanismen in der Sicherung des Gemeinwohls zutage: Wenn die Öffentlichkeit der parlamentarischen Verhandlungen sowie die ausreichende Zeit zur öffentlichen Meinungsbildung zentral sind, passen typischerweise nicht-öffentlich tagende Expertengremien dazu nur begrenzt; die anschließende parlamentarische Debatte wird bestenfalls vorhersehbar. Ein solches „Outsourcing“ von (Vor-)Entscheidungen im Recht der Politik ist insofern nicht ohne Probleme.

Ein interessantes institutionelles Modell ist jetzt mit der Wahlrechtskommission entstanden: Eine parlamentarische Kommission, die jeweils zur Hälfte mit Abgeordneten und externen Mitgliedern besetzt ist und damit dem bewährten Modell der parlamentarischen „Enquete-Kommissionen“ folgt. Die Zusammensetzung konfrontiert die politische Perspektive mit der Pluralität der politikexternen Perspektive. Zentral ist dabei der Prozess einer gemeinsamen Auseinandersetzung. Den Abgeordneten werden also gerade nicht nur mit einem fertigen Ergebnis einer sachverständigen Beratung konfrontiert, sondern die öffentliche Auseinandersetzung im Verfahren steht im Mittelpunkt. Damit sind auch schon vor dem eigentlichen Gesetzgebungsverfahren eine eingehende mediale Berichterstattung sowie gesellschaftliche Diskussionen wahrscheinlich. Das schließt – wie das Beispiel der Wahlrechtsreform deutlich zeigt – nicht aus, dass Mehrheitsentscheidungen mit der damit einhergehenden Politisierung getroffen werden. Gleichwohl müsste der Modus der Erarbeitung auch Konsequenzen für den verfassungsrechtlichen Prüfungsmaßstab haben. Das prozedurale Bemühen, Handlungsoptionen öffentlich und unter Einbeziehung der Sachverständigen zu reflektieren und damit zu rationalisieren, stärkt die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers. Es sollte insoweit der parlamentarischen Entscheidung überlassen bleiben, ob die prozedurale Rationalisierung im Gesetzgebungsverfahren selbst stattfindet oder diesem weitgehend vorgeschaltet ist. In diesem Sinne lässt sich die Formulierung des Bundesverfassungsgerichts lesen, Entscheidungen von erheblicher Tragweite „muss deshalb ein Verfahren vorausgehen, dass der Öffentlichkeit Gelegenheit bietet ihre Auffassungen auszubilden und zu vertreten und das die Volksvertre-

¹² So BVerfG, Urteil vom 24.01.2023 – 2 BvF 2/18, Rn. 127, https://www.bverfg.de/e/fs20230124_2bvf000218.html.

tion dazu anhält, Notwendigkeit und Umfang der zu beschließenden Maßnahmen in öffentlicher Verhandlung zu klären“¹³.

Bisher sind solche Kommissionen immer nur punktuell mit einem bestimmten Auftrag eingerichtet worden, neben der Wahlrechtskommission etwa im Bereich der Parteienfinanzierung. Eine dauerhafte Institutionalisierung wäre allerdings durchaus bedenkenswert. Eine regelhaft eingesetzte „Enquete-Kommission“ zum Recht der Politik könnte – ähnlich dem Geschäftsordnungsausschuss – dafür zuständig sein, alle entsprechenden Initiativen während einer Wahlperiode einem strukturierten und öffentlichen Diskurs zuzuführen. Solche Institutionen entwickeln, wie wir aus der Institutionenforschung wissen, immer auch ein Eigenleben. In diesem Sinne würde ein zusätzlicher Akteur geschaffen, der eine eigenständige Rolle und ein Selbstverständnis der Gemeinwohlsicherung ausbilden könnte.

Ähnliches gilt für die Einrichtung unabhängiger Behörden, über die die deutsche Diskussion im Recht der Politik bisher wenig diskutiert. Vorbilder dafür finden sich in anderen Rechtsordnungen durchaus: In den USA ist die „Federal Election Commission“ das paradigmatische Beispiel, die die Regeln der Wahlkampffinanzierung überwachen soll. Sie ist allerdings in ihrer Funktionsfähigkeit von den Strukturproblemen der gegenwärtigen amerikanischen Politik nicht losgelöst. In der Europäischen Union ist eine Behörde für die Finanzierung der europäischen Parteien und parteinahen Stiftungen eingerichtet worden. Die Venedig-Kommission des Europarats hat – bisher erfolglos – entsprechende Vorschläge auch für die administrative Struktur der Parteienfinanzierung in Deutschland gemacht. Solche unabhängigen Institutionen sollen in erster Linie dafür sorgen, dass kein Einfluss auf die politisch heiklen Verwaltungsfragen genommen werden kann, etwa bei Rückforderungen im Rahmen der Parteienfinanzierung. Auch wenn solchen unabhängigen Behörden keine formale Rolle in den Rechtsetzungsverfahren im Recht der Politik zukommt, sind damit doch institutionelle Widerlager installiert, deren Berichte und Einschätzungen auch im politischen Prozess eine Rolle spielen.

Perspektiven

Entscheidungen des Parlaments „in eigener Sache“ und ihre rechtliche Einhegung sind eine ewige Frage im Recht des politischen Prozesses. Auch wenn die grundlegenden institutionellen Mechanismen dafür bekannt sind, bedürfen sie der fortwährenden Diskussion und der Schärfung an den Anwendungsfällen. Die nächsten Gelegenheiten dazu dürften nicht lange auf sich warten lassen: Das Gesetzgebungsverfahren zur Finanzierung der parteinahen Stiftungen wie auch die verfassungsgerichtliche Erörterung der Wahlrechtsreform können diesen Problemen nicht ausweichen.

¹³ BVerfG, Urteil vom 24.01.2023 – 2 BvF 2/18, Rn. 94, https://www.bverfg.de/e/fs20230124_2_bvf000218.html.

Distanzschutz in der Ersten Gewalt

Herleitung, Voraussetzungen, Referenzgebiete und Entgrenzungsgefahren

Heinrich Lang¹

Selbstbegünstigung als Herausforderung des Verfassungsstaats

Es ist ein auf den ersten Blick eigenartiger Befund. Während im Bereich der Exekutive und Judikative Entscheidungen in eigener Sache Gegenstand von Ausschließungs- und Befangenheitsregelungen sind und damit als Problem normativ umfassen und im Grundsatz auch problemadäquat gelöst werden, scheinen vergleichbare Normen für die erste Gewalt zu fehlen. Schon früh hatte Dieter Grimm² deshalb im Hinblick auf das Phänomen eigeninteressierter Gesetzgebung von einer grundsätzlichen Schwäche der Verfassung gesprochen. Da insoweit (korrigierende) verfassungsrechtliche Regelungen fehlten, die klassischen Befangenheitsregelungen als untauglich ausschieden, weil andernfalls ein nicht hinnehmbares Kompetenzloch entstünde, und auch das Bundesverfassungsgericht als Kontrollinstanz in diesem Bereich nur begrenzte Wirksamkeit entfalten könne, müssten mit der eigeninteressierten Gesetzgebung verbundene Verwerfungen als ausweglos hingenommen werden. Demgegenüber bestritt etwa Martin Kriele³ schon die Existenz des Problems mit der Überlegung, im politischen Prozess existierten nur „nautische Positionen“, eine neutrale Instanz sei deshalb unmöglich. Auf dieser Linie nimmt die herrschende Meinung – für die ich, weil die Diskussion auch auf das Wahlrecht bezogen wird, Martin Morlok⁴ als einen ausgewiesenen Kenner des Wahlrechts nennen möchte – den Standpunkt ein, im Bereich der Demokratie könne es keinen Distanzschutz geben. Kerngedanke der Demokratie sei Selbstbestimmung. Das Volk – und dann eben auch die Volksvertreter – entschieden aber gleichsam immer in eigener Sache. Ausschließungs- oder Befangenheitsvorbehalte könne es hier nicht geben.

Seit langem gibt es indes eine Diskussion darüber, ob und wie die Befugnisse eines demokratisch gewählten Gesetzgebers in „prekären“ Entscheidungssituationen jenseits der explizit formulierten verfassungsrechtlichen Bindungen begrenzt werden sollten bzw. könnten. Die damit zusammenhängenden Probleme werden plastisch dem Fragenkreis der Entscheidung in eigener Sache zugeordnet. Aller-

¹ Prof. Dr. jur. Heinrich Lang, Dipl. Sozialpäd., ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Sozial- und Gesundheitsrecht an der Universität Greifswald.

² Schneider/Zeh/Grimm, Parlamentsrecht und Parlamentspraxis, 1989, § 6 Rn. 41.

³ Kriele, Einführung in die Staatslehre, 1994, S. 237.

⁴ Wieland/Morlok, Entscheidungen in eigener Sache, 2011, S. 29.

dings ist dieser namentlich von Hans Herbert von Arnim⁵ mitgeprägte Begriff missverständnisträchtig, gefahrgeneigt und umstritten. Weder besteht Einigkeit, dass die Figur der Entscheidung in eigener Sache im Geltungsbereich des Demokratieprinzips überhaupt Bedeutung erlangen kann, noch ist klar, unter welchen Voraussetzungen eine inkriminierte Entscheidung in eigener Sache vorliegt und wie den mit einer Entgrenzung des Topos verbundenen Gefahren begegnet werden kann. Zu diesem Dreiklang soll ein kurzer Diskussionsbeitrag geleistet werden.

Entscheidung in eigener Sache und Demokratieprinzip

Dass es im Bereich des demokratischen Prinzips keine Verbote des Entscheidens in eigener Sache gebe und geben könne, trifft allerdings nicht zu. Das zeigen namentlich schon die in allen Landesverfassungen bestehenden sog. Finanzvorbehalte, die auf Bundesebene nur deshalb nicht existieren, weil das Grundgesetz eben gar keine substantiellen direktdemokratischen Elemente enthält. Die Finanzvorbehalte stellen im Bereich direktdemokratischer Selbstbestimmungsvariationen (Volksbefragung, Volksentscheid, Volksgesetzgebung) Ausschlussklauseln dar. Bei finanzwirksamen Maßnahmen halten die Landesverfassungen Regelungen bereit, nach denen ausdrücklich Volksinitiative oder Volksbegehren, teilweise auch lediglich den Volksentscheid im Bereich finanzwirksamer Gesetze unzulässig sind. Begründet wird dies mit einer bei finanzwirksamen Maßnahmen besonders bestehenden Gefahr der Selbstbegünstigung; es wird befürchtet, das Volk könne bei einer „Entscheidung in eigener Sache“ geneigt sein, seine Lasten (wie Steuern oder Abgaben) zu senken und seine Vorteile (z.B. staatliche Geldleistungen oder Dienstbezüge) zu erhöhen.⁶ Manche haben sogar gemeint, Grund der Finanzvorbehalte sei die Besorgnis, dass die Abstimmenden das „notwendige Minimum staatsbürgerlicher Gemeinwohlorientierung“ nicht aufbringen würden und sich „ganz nach ihrer Eigensucht“ richteten.⁷

Auch wenn namentlich der pejorative Zungenschlag stört und man sich bei unbefangener Betrachtung fragen mag, warum all diese Gefahren bei parlamentarischen Entscheidungen nicht bestehen sollten, lassen sich die Finanzvorbehalte als Verkörperung eines Grundgedankens demokratischen Distanzschutzes verstehen und belegen, nämlich dass der Grundsatz des *nemo iudex in causa sua* dem

⁵ Schneider/Zeh/v. Arnim, Parlamentsrecht und Parlamentspraxis, 1989, § 16 Rn. 28; ders., Der Staat als Beute. Wie Politiker in eigener Sache Gesetze machen, 1993.

⁶ Aus der landesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung etwa BayVerfGH, BeckRS 1976, 1474, Rn. 108: „...Gefahr, dass Interessengruppen den von ihnen vertretenen Bürgern Sondervorteile durch Volksbegehren verschaffen wollen.“; vgl. auch Hartmann/Mann/Mehde/Mann, Landesrecht Niedersachsen, 4. Aufl. 2023, § 1 Rn. 61: „...wird befürchtet, die Entscheidung der Stimmbürger über finanzwirksame Gesetze werde eher unsachlich nach persönlichen Vorteilerwägungen, nicht aber im objektiven Interesse des Gemeinwohls getroffen.“.

⁷ Schneider, Gesetzgebung, 1991, Rn. 178.

demokratischen Prinzip weder fremd noch grundsätzlich damit inkompatibel ist. Doch wie der Durchsetzung von Partikularinteressen der Abgeordneten begegnen, wenn insoweit ein explizit normativ verankertes Entscheidungsverbot fehlt?

Entscheidung in eigener Sache und verfassungsstaatlicher Distanzschutz

Neben den Finanzvorbehalten der Landesverfassungen kennt aber auch das Bundes(verfassungs)recht einen im Bereich der ersten Gewalt angesiedelten Distanzschutz (etwa, dass Änderungen der laufenden Legislaturperiode als unzulässig angesehen werden, dass die parlamentarische Wahlprüfung verfassungsrechtlich nur „gehalten“ wird, weil es eine nachfolgende verfassungsgerichtliche Rechtskontrolle gibt, dass Abgeordnete, deren Mandat bestritten wird, im parlamentarischen Wahlprüfungsverfahren nicht entscheidungsbefugt sind u.a. mehr).

Man hat versucht, aus diesen und anderen Regelungskomplexen und unter Berufung auf *John Rawls'* kontraktualistischer Fairnesskonstruktion ein „allgemeines“ verfassungsstaatliches Distanzgebot zu begründen, das (bestimmte) parlamentarische Entscheidungen in eigener Sache ausschließen kann.⁸ Dieser Ansatz kann hier nicht nachgezeichnet werden. *Rawls'* berühmte Schleierkonstruktion hat aber Eingang in die rechtswissenschaftliche Diskussion und auch die Rechtsprechung des BVerfG gefunden. Hinter dem Bild vom „Schleier des Nichtwissens“ steht die „einfache und einsichtige Überlegung“ (Wolfgang Kersting⁹), dass jemand, der Verfassungsprinzipien auszuwählen hat, dabei aber die eigene Interessenlage nicht kennt und damit auch nicht weiß, wie sich die verschiedenen Entscheidungsalternativen auf seine spezifische Situation auswirken, notgedrungen eine Wahl unter allgemeinen Gesichtspunkten vornehmen muss. Vereinfacht liegt der Schleierkonstruktion die Vorstellung einer modellierten Entscheidungssituation zugrunde. Da in ihr die Entscheidenden nicht wüssten, mit welchen Auswirkungen in Bezug auf den Entscheidungsgegenstand auf ihre Lebensumstände, ihren Status, ihre Gesundheit, ihr Fortkommen etc. jeweils zu rechnen sei – sie also als Bettler oder König betroffen sein könnten – sei anzunehmen, dass von mehreren Entscheidungsvarianten diejenige gewählt würde, die auch den Interessen des vulnerabelsten Mitglieds Rechnung trage. Die Schleierkonstruktion greift mithin das Spannungsverhältnis von Eigeninteresse und Gemeinwohlbildung auf und will es dialektisch auflösen.

Sie lässt sich vor diesem Hintergrund als eine bildhafte Umschreibung des Distanzgebots begreifen. Demnach stellt auch der demokratische Verfassungsstaat einen Distanzschutzstaat dar, der legitimatorisch vom Abstand zwischen Interesse und staatlicher Entscheidung lebt. Dieser Distanzschutzgedanke weist eine

⁸ Lang, Gesetzgebung in eigener Sache, 2007.

⁹ Kersting, Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags, 1994, S. 269.

verfahrensmäßige und eine inhaltliche Komponente auf. Dem verfahrensmäßigen Distanzansatz liegt die Überlegung zugrunde, dass ein bestimmtes Verfahren – etwa der Prozess der parlamentarischen Auseinandersetzung im Verlaufe eines Gesetzgebungsverfahrens – im Grundsatz hinreichende Distanz zwischen den Interessen der Handelnden und der Entscheidung sicherstellen kann. Inhaltlicher Distanzschutz setzt an der Überlegung an, dass bei bestimmten Entscheidungskonstellationen die Wahrung des legitimatorischen Abstandes bei den Entscheidenden bei einer Beteiligung am Entscheidungsverfahren nicht erreicht werden kann, so dass auf Entscheidungsverbote zurückgegriffen werden muss. In der Konsequenz verliert staatliches Handeln, das durch Distanzverlust gekennzeichnet ist, seine Legitimität.

Auch wenn man diesen Gedanken eines aus dem Modell eines Vertragsschlusses im Urzustand entwickelten verfassungsstaatlichen Distanzgebots akzeptiert und ihn auch auf die Gesetzgebung überträgt, bleiben allerdings sowohl die Voraussetzungen einer inkriminierten Entscheidung in eigener Sache unklar als auch Entgrenzungsgefahren bestehen. Denn wie kann, wenn Parlamentarier praktisch immer mehr oder minder in eigener Sache entscheiden, eine inkriminierte Entscheidung in eigener Sache überhaupt detektiert und in ihrem Anwendungsbereich begrenzt werden?

In der Tat sind Abgeordnete als Amtsträger der Fremdnützigkeit bei ihrer Aufgabenwahrnehmung verpflichtet. Zugleich sollen und dürfen sie aber auch eigene Sonderinteressen in den parlamentarischen Repräsentationsprozess einbringen. Ihre subjektiven Interessen, Neigungen, Wertungen, Erwartungen und Wünsche sind involviert und sollen auch gar nicht unberücksichtigt bleiben. Dabei wird im Regelfall davon ausgegangen, dass die Durchsetzung „störender“ Sonderinteressen durch das An- und Abgleichen der divergenten Interessen im Verlaufe der repräsentativen Entscheidungsfindung verhindert wird. Das Gelingen dieses Prozesses ist von bestimmten Funktionsvoraussetzungen abhängig. Der kompetitive Ausgleichsgedanke wird namentlich dann unterminiert, wenn die Entscheidungsträger eine (strukturell) gleiche Interessenlage aufweisen und von der Entscheidung nicht nur indirekt, sondern direkt betroffen sind.

Referenzgebiete

Als Paradebeispiel einer solchen inkriminierten Entscheidung in eigener Sache lässt sich die Abgeordnetenfinanzierung anführen. Hier besteht mit Blick auf die oben beschriebenen Funktionsvoraussetzungen das strukturelle Defizit darin, dass alle Abgeordneten das gleiche Interesse haben und dass alle von der Entscheidung in gleicher Weise unmittelbar betroffen sind. Die Ausfilterung störender Sonderinteressen ist gleichsam lahmgelegt. Und trotz etlicher Reformen der letzten Jahre zeigt sich hier die strukturelle Dysfunktionalität einer Entscheidung

in eigener Sache, namentlich bei der Gewährung einer Altersentschädigung, die nicht – wie das BVerfG gefordert hatte – lediglich begrenzt gewährt wird und darum unangemessen privilegierend wirkt.

Überhaupt scheint in den letzten Jahren die Sensibilität gegenüber parlamentarischen Entscheidungen, die eine hinreichende Distanz zum Gegenstand oder den Folgen der Entscheidung vermissen lassen, zuzunehmen. Auch andere, der Nachhaltigkeit besonders verpflichtete Referenzgebiete ließen sich dem Themenkreis zuordnen, beispielsweise die Staatsverschuldung oder der Klimaschutz. Hier sind die Auswirkungen freilich indirekter, liegen etwa im Bereich des Klimaschutzes oder der Staatsverschuldung weniger in unmittelbar statusrelevanten Gewinnen als vielmehr in der Externalisierung von Kosten.

Der vom BVerfG¹⁰ unter ausdrücklicher Bezugnahme auf *Rawls'* „Theorie der Gerechtigkeit als Fairness“ als Distanzgebot ins Zentrum gerückte Gedanke ist aber vergleichbar. Weil die gesetzliche Konstruktion die Durchsetzung störender Eigeninteressen des Gesetzgebers (!) nicht verhindern konnte, verlangte das Gericht beim Erlass des Finanzausgleichgesetzes die „Abschirmung“ störender „aktuelle(r) Finanzierungsinteressen, Besitzstände und Privilegien“. Obschon damit kein „Schleier des Nichtwissens“ über die Gesetzgebung des Finanzausgleiches gelegt werden könne, sei eine zeitliche Abschichtung als Distanzschutz notwendig.

Auch die dem Klimabeschluss zugrunde liegende Konstruktion einer intertemporalen Freiheitssicherung, die künftige und höhere Freiheitsbelastungen schon in die gegenwärtige Verhältnismäßigkeitsprüfung einstellt, passt ebenfalls gut zur Schleierkonstruktion und der Überlegung, ob eine Klimaschutzregelung auch dann konsensfähig wäre, wenn unter dem Schleier verborgen wäre, ob der Zustimmung auf einer künftig überfluteten Insel, einem vollständig ausgetrockneten Landstrich oder einer vom Klimawandel (zumindest noch) weitgehend verschont gebliebenen Gegend lebte.

Entgrenzungsfragen

Die Figur der Entscheidung in eigener Sache bedarf aber nicht nur der Bestimmung ihrer Anwendungsvoraussetzungen. Sie fordert auch – und zwar gerade im Interesse einer ihr wie auch immer zugebilligten Steuerungswirkung – dass Entgrenzungstendenzen entgegengetreten wird. Denn der Vorwurf, es liege eine inkriminierte parlamentarische Entscheidung in eigener Sache vor, weist eine Schwäche auf. Er ist tendenziell uferlos und geeignet, gegenüber jeder missliebigen Entscheidung in Ansatz gebracht zu werden. Es drohen – namentlich bei Verzicht auf das Eingrenzungsmerkmal der Unmittelbarkeit – die Grenzen der Anwendung eines „Distanzschutzes“ zu verwischen, so dass das „Verbot des

¹⁰ BVerfGE 101, 158 (218).

Entscheidens in eigener Sache“ jede Operationalität verliert bzw. gleichsam umgekehrt, gegenüber jeder missliebigen Entscheidung in Ansatz gebracht werden kann.

Das zeigt sich etwa dann, wenn – wie das kürzlich Sophie Schönberger¹¹ getan hat – die Wahlgesetzgebung als das „Paradebeispiel des Dilemmas der ‚Entscheidung des Parlaments in eigener Sache‘“ bezeichnet wird. Zur Begründung führte sie aus, „mit den gesetzlichen Bestimmungen über das Wahlrecht entscheiden die Abgeordneten selbst darüber, nach welchen Regeln sie ihre Mandate erwerben und wie die Stimmen der Wählerinnen und Wähler in politische Macht umgesetzt werden“. Damit realisiert sich indes die mit dem Topos der „Entscheidung in eigener Sache“ im Bereich des Demokratieprinzips verbundene Entgrenzungsgefahr vollständig. Es ist dann einfach jede Mehrheitsentscheidung eine Entscheidung in eigener Sache. Für die Figur der Entscheidung in eigener Sache bleibt freilich kein eigenständiger Anwendungsbereich, auch Rechtsfolgen werden nicht thematisiert.

Es droht – was sicher nicht intendiert ist – allein ein mit der Entscheidung in eigener Sache häufig verbundener antiparlamentarischer Reflex übrig zu bleiben. Auch deshalb muss betont werden: Es geht nicht um eine Geißelung einer Selbstbedienungsmentalität, sondern um die Vermeidung einer dysfunktionalen Selbstbedienungskonstellation. Sie ist im Wahlrecht gerade nicht gegeben. Denn im Wahlrecht entscheidet eine parlamentarische Mehrheit, bisweilen (gleichsam, wenn es schlecht läuft) auch gegen die Opposition, von einer strukturell bedingten Interessengleichheit kann aber schon bei Koalitionen kaum die Rede sein. Auch ist das Wahlrecht bis in die jüngste Vergangenheit nicht von einem strukturellen Mangel gekennzeichnet. Seit dem Bestehen der Bundesrepublik gab es innerhalb von zwanzig Legislaturperioden bereits 25 Änderungen des Bundeswahlgesetzes. Unter seiner Geltung hat es in der Bundesrepublik sechs Machtwechsel gegeben, unter dem von den Parlamenten geschaffenen wahlrechtlichen Machterwerbsregelungen haben es auf Bundes- und Landesebene neue Parteien in die Parlamente geschafft, mit den Parteien „Bündnis 90/Die Grünen“, „Die Linke“ oder etwa den „Freien Wählern in Bayern haben Newcomer auf Bundes- oder Landesebene auch politische Verantwortung übernehmen können. Würde man es in einer parlamentarischen Demokratie für die Annahme einer Entscheidung in eigener Sache demgegenüber schon ausreichen lassen, dass die Mehrheit entschieden hat, gäbe es nun wirklich nur noch Entscheidungen in eigener Sache. Es verwundert daher auch nicht, dass das BVerfG nur (noch) davon spricht, es handele sich bei der Wahlgesetzgebung „gewissermaßen“ um eine Entscheidung in eigener Sache. Diesen Unterschied zu betonen ist wichtig, weil einer inkriminierten Entscheidung in eigener Sache an sich ein Entscheidungsverbot korres-

¹¹ S. Schönberger, NVwZ 2023, 785.

pondiert, das aber im Wahlrecht nicht Platz greifen kann; hier muss das Parlament entscheiden. Dem kann – nebenbei bemerkt – für die Abgeordnetenfinanzierung auch deshalb nicht das Wort geredet werden, weil das Abgeordnetenfinanzierungsrecht von einem zusätzlichen Defizit gekennzeichnet ist. Es gilt eine – wie ich im Anschluss an *Joseph Hellers* berühmten Antikriegsroman formulieren möchte – Catch 22-Regel. In der Abgeordnetenfinanzierung gilt, dass wer beschwert ist, nicht klagebefugt und wer klagebefugt, nicht beschwert ist.

Spielregeln, Schiedsrichter und Fouls

Das ist im Wahlrecht nicht der Fall, und Uwe Volkmann¹² hat zu Recht auf die Schiedsrichterrolle des BVerfG in diesem Bereich hingewiesen. Doch gibt die Rolle als Schiedsrichter nur die Befugnis zu pfeifen, klärt aber nicht, wann gepfiffen werden soll. Es bleibt die Frage, wann ein Wahlrecht so gestaltet ist, dass einzuschreiten ist und nach welchen Maßstäben sich das richtet.

In seiner bisherigen Rechtsprechung hat das BVerfG eine angereicherte Prüfungsdichte in die Prüfung der Einhaltung der Wahlrechtsgrundsätze, namentlich der Wahlgleichheit eingehängt, die nach allgemeiner Meinung und namentlich der Rechtsprechung freilich systemgebunden zu interpretieren ist. Die dadurch aufgeworfenen Fragen lassen sich an der aktuellen Reform des Wahlrechts aufzeigen.

Mit ihr wird nach der explizit geäußerten Annahme des Gesetzgebers¹³ ein Systemwechsel hin zu einem „reinen“ Verhältniswahlssystem bewirkt. Gibt es bei einer fundamentalen Änderung der Spielregeln Bindungen, denen der Gesetzgeber unterliegt? Aus der Schleierkonstruktion könnten sich zwei Aspekte fruchtbar machen lassen. Unterstellt, die aktuelle Reform bewirke – was nicht unumstritten ist – einen Systemwechsel, darf damit keine einseitige Benachteiligung der Opposition, also der gegnerischen Mannschaft bewirkt werden. Für diejenigen, die die Entscheidung über das Wahlrecht als Entscheidung in eigener Sache qualifizieren, dürfte das an sich naheliegend sein, jedenfalls wenn aus Formel Entscheidung in eigener Sache überhaupt irgendeine Konsequenz gezogen werden sollte und sie nicht lediglich lautmalerisch verwendet wird. Ein Systemwechsel, mit dem eine eklatante Benachteiligung der Oppositionsparteien einhergeht, konfliktiert mit dem skizzierten Fairnessgedanken. Ob das durchgreifende verfassungsrechtliche Bedenken auslöst, wird letztlich das BVerfG klären.

¹² Volkmann, Kein schöner Zug, Verfassungsblog vom 15.3.2023, <https://verfassungsblog.de/keinschoner-zug/>, DOI: 10.17176/20230315-185222-0.

¹³ BT-Drs. 20/5370, S. 12 „Mit der Entscheidung für ein reines Verhältniswahlssystem...“; vgl. auch BT-Drs. 20/6015, S. 14, wo die Auffassung der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen referierend mitgeteilt wird, „Durch diese Reform zum Verhältniswahlrecht...“.

Wenn die Entscheidung für ein (neues) Wahlsystem ein Stück materiellen Verfassungsrechts darstellt, was das BVerfG für die Wahlsystementscheidung immer wieder herausgestellt hat, dann bietet es sich an, einem Systemwechsel unter Distanzschutzgesichtspunkten besondere Beachtung zu schenken. Diskutabel wäre ein zeitlicher Distanzschutz, etwa ein Wirksamwerden erst zur übernächsten Wahlperiode. Denkbar wäre auch, für Systemwechsel qualifizierte Mehrheiten zu fordern. Immerhin war es jahrzehntelang Konsens, schon bloße Systemmodifikationen des Wahlrechts möglichst im Konsens zu finden.

Und noch ein letzter Gedanke: Ein Systemwechsel, der mit strukturellen Benachteiligungen einhergeht, sollte jedenfalls nicht in Betracht gezogen werden, wenn den Anlass des gesetzgeberischen Handelns nur ad nauseam vorgebrachte Gefahren bilden.

Die stabilisierende Wirkung politischen Wettbewerbs

Warum parlamentarische Mehrheiten Minderheitenrechte kaum fundamental beschneiden und teils sogar ausbauen

Ulrich Sieberer¹

Entscheidungen von politischen Akteuren „in eigener Sache“ werden in Öffentlichkeit und Wissenschaft zu Recht kritisch betrachtet. Führen diese nicht zwangsläufig dazu, dass politische Parteien eigene Interessen verfolgen und damit Gemeinwohlüberlegungen auf der Strecke bleiben? Diese Frage stellt sich besonders bei Themen wie der Parteienfinanzierung, in denen Parteien gemeinsame Interessen haben und diese im Sinne einer Kartelllogik auf Kosten der Gesamtgesellschaft durchsetzen können. Ohne die Relevanz dieser Problematik abzustreiten, argumentiert dieser Beitrag, dass Entscheidungen in eigener Sache weniger problematisch sein können, wenn sie dem politischen Wettbewerb unterworfen sind. Das ist regelmäßig der Fall bei Entscheidungen, die manchen Parteien nutzen, anderen hingegen schaden. Unter diesen Umständen kann der politische Wettbewerb zwischen eigeninteressierten Akteuren zu einem dynamischen Gleichgewicht führen, in dem eine normativ wünschenswerte Beschränkung der aktuellen Mehrheit erhalten bleibt, selbst wenn die Mehrheit theoretisch in der Lage wäre, Grundzüge des politischen Systems eigenmächtig zu verändern.

Der Beitrag illustriert diese Logik am Fall parlamentarischer Geschäftsordnungsreformen, die Minderheitenrechte im Parlament verändern. In wenigen Bereichen treffen Parlamentarier so direkt „Entscheidungen in eigener Sache“. Auch wenn Leitlinien parlamentarischer Regeln häufig verfassungsrechtlich geregelt und damit dem Zugriff einer einfachen Mehrheit entzogen sind, konkretisieren und gestalten Geschäftsordnungen wichtige Details innerparlamentarischer Prozeduren. Meist kann eine einfache parlamentarische Mehrheit diese Geschäftsordnungen verändern – in westeuropäischen Parlamenten kennt nur der Österreichische Nationalrat ein Zweidrittelerfordernis zur Änderung der Geschäftsordnung. Eine einfache Mehrheit kann etwa die Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages (GOBT) ändern – und tut dies regelmäßig. Seit Inkrafttreten der ersten dauerhaften Geschäftsordnung des Bundestages am 1. Januar 1952 verzeichnet das Datenhandbuch zur Geschichte des Deutschen Bundestages² zu 65 Zeitpunkten

¹ Prof. Dr. Ulrich Sieberer ist Professor für Empirische Politikwissenschaft an der Otto-Friedrich-Universität Bamberg und Direktor der Bamberg Graduate School of Social Sciences (BAGSS).

² Deutscher Bundestag – Onlineausgabe des Datenhandbuchs zur Geschichte des Bundestages, <https://www.bundestag.de/datenhandbuch>.

Geschäftsordnungsänderungen. Viele dieser Reformen betreffen zentrale Aspekte der Machtverteilung zwischen Mehrheit und Minderheit wie die Redeordnung (Änderungen 1969, 1978, 1980), die Aktuelle Stunde (1965, 1980, 1990), die Fragestunde (z.B. 1960, 1969, 1980, 1995, 2019), die Mindestgröße von Fraktionen (1969), die Öffentlichkeit von Ausschusssitzungen (1969, 1995) oder die Rechte des Bundestages im Kontext EU (1995, 2008, 2010).

Parlamentarische Geschäftsordnungsregeln wie die genannten haben wichtige Auswirkungen auf den politischen Wettbewerb im Parlament und speziell die Fähigkeiten von Minderheiten, den parlamentarischen Prozess zu beeinflussen und ihren Anliegen Gehör zu verschaffen. Geschäftsordnungsfragen sind deshalb immer auch Machtfragen. Entsprechend haben parlamentarische Akteure starke Anreize, Geschäftsordnungen so zu gestalten und ggf. zu verändern, dass sie ihnen beim Verfolgen ihrer politischen Ziele nutzen.

Gleichzeitig muss gerade die Mehrheit darauf achten, den Bogen nicht zu überspannen: Parlamentarische Minderheitenrechte gelten aus guten Gründen als zentraler Bestandteil eines demokratischen Parlamentarismus, da sie verschiedenen politischen Positionen eine öffentliche Bühne bieten und so einen fairen politischen Wettbewerb zwischen Wahlen erst ermöglichen. Nur durch die garantierte Mitwirkung der Opposition kann ein Parlament zum einer politischen Arena der Nation, also einem zentralen Ort der politischen Auseinandersetzung und Debatte werden. Versuche, die Mitwirkungsrechte der Opposition im Parlament zu beschneiden, werden daher öffentlich oft scharf kritisiert und können zu negativen Reaktionen in der Wählerschaft führen.

Wie lassen sich Geschäftsordnungsreformen theoretisch erklären?

Politikwissenschaftliche Forschung hat sich in den letzten Jahren vermehrt mit diesem Spannungsverhältnis beschäftigt. Der Fokus dieses Beitrags liegt auf der Frage, in welchem Ausmaß und unter welchen Bedingungen parlamentarische Mehrheiten die Rechte der Minderheit mittels Geschäftsordnungsänderungen beschneiden, inwieweit also diese „Entscheidungen in eigener Sache“ die Machtverhältnisse zwischen Regierungsmehrheit und Opposition verschieben. Das Ziel der Untersuchung ist zunächst ein empirisches – es geht darum, das Ausmaß und die Ursachen derartiger Verschiebungen zu erfassen. Auf dieser Basis wird anschließend die normative Frage diskutiert, inwieweit daraus ein Problem für den demokratischen Parlamentarismus erwächst.

Der Großteil der politikwissenschaftlichen Forschung geht davon aus, dass parlamentarische Akteure mit solchen institutionellen Veränderungen grundsätzlich versuchen, ihre Eigeninteressen durchzusetzen, dabei aber von Reformkosten sowie höherrangigen rechtlichen Regelungen wie beispielsweise Verfassungsvor-

gaben (sogenannten Institutionen zweiter Ordnung) beschränkt werden. Bei Reformen kann grundsätzlich unterschieden werden zwischen Änderungen, die im Interesse aller mitentscheidenden Akteure sind (ein klassisches Beispiel wäre eine Erhöhung der Parteienfinanzierung für alle im Parlament vertretenen Parteien), und distributiven Änderungen, die einzelne Akteure auf Kosten anderer besserstellen (klassisch z.B. die Beschränkung von Minderheitenrechten zugunsten der Mehrheit). Die Debatte um Entscheidungen in eigener Sache behandelt meist den ersten Typus. Der Fokus dieses Beitrags liegt hingegen auf dem zweiten, es geht also um Reformen, in denen parlamentarische Akteure *unterschiedliche* Ziele verfolgen.

Ein Erklärungsmodell für solche distributiven Reformen von Minderheitenrechten konzipiert die aktuelle parlamentarische Mehrheit (also i.d.R. die die Regierung tragenden Fraktionen) als Initiator von Reformen³. Diese Mehrheit hat Anreize, Minderheitenrechte zu schwächen, wenn diese sie bei der Umsetzung ihrer inhaltlichen Ziele behindern (z.B. durch Obstruktionsmöglichkeiten und lange Verfahren). Gleichzeitig sind solche Reformen mit Kosten verbunden, vor allem wenn die institutionellen Befugnisse der parlamentarischen Minderheit bereits relativ schwach sind und die Minderheit Reformversuche als Anschlag auf grundlegende demokratische Prinzipien brandmarken kann. Unter diesen Umständen sollte die Mehrheit aus Furcht vor negativen öffentlichen (und letztlich elektoralen) Reaktionen auf eine weitergehende Beschränkung von Minderheitenrechten eher verzichten. Ebenso sollten derartige Reformen unwahrscheinlicher werden, wenn für eine Geschäftsordnungsänderung die Zustimmung von Oppositionsfraktionen erforderlich ist, entweder aufgrund von qualifizierten Mehrheitserfordernissen oder von Minderheitsregierungen. Oppositionsparteien haben in der Regel wenig Anreize, ihre eigenen Befugnisse zu beschränken, es sei denn, sie gehen davon aus, in naher Zukunft selbst auf die Regierungsbank zu wechseln.

Die letztgenannten Aspekte bieten auch eine Erklärung, warum die parlamentarische Mehrheit Minderheitenrechte gelegentlich ausbaut, sich also kurzfristig selbst schadet. Theoretisch sollte dies unter zwei Bedingungen erfolgen: Entweder fürchtet die aktuelle Mehrheit einen Machtverlust und versucht, ihre Position als künftige Oppositionspartei zu stärken. Oder sie sieht sich mit starken öffentlichen Forderungen nach einem Ausbau von Minderheitenrechten konfrontiert und fürchtet Wahlverluste, wenn sie diesen Forderungen nicht nachkommt.

³ Details des Modells werden beschrieben in Ulrich Sieberer/Wolfgang C. Müller, Explaining Reforms of Parliamentary Minority Rights: A Theoretical Framework with Case Study Application, *West European Politics*, 38:5 (2015), pp. 997-1019, <https://doi.org/10.1080/01402382.2015.1045321>, sowie in Ulrich Sieberer et al., „Going Institutional“ to Overcome Obstruction: Explaining the Suppression of Minority Rights in Western European Parliaments, 1945–2010, *European Journal of Political Research* 59:4 (2020), pp. 886-909, <https://doi.org/10.1111/1475-6765.12376>.

Empirisch bewährt sich dieses Erklärungsmodell gut. Die aktuell umfassendste empirische Studie zum Thema untersucht alle Geschäftsordnungsänderungen in dreizehn westeuropäischen Demokratien im Zeitraum 1945 bis 2010 und analysiert, unter welchen Bedingungen Minderheitenrechte beschränkt werden⁴. Statistische Analysen zeigen, dass Beschränkungen eher erfolgen, wenn der inhaltliche Konflikt zwischen Regierung und Opposition wächst und wenn die Regierung weiterreichende sachpolitische Änderungen verfolgt – beides Bedingungen, unter denen starke Minderheitenrechte die Umsetzung von Regierungszielen erschweren oder gar verhindern könnten. Je stärker Minderheitenrechte ausgeprägt sind, desto stärker sind diese Effekte – Regierungen beschneiden die Minderheit also nur, wenn dies aus ihrer Sicht notwendig ist. Zudem werden Minderheitenrechte eher von Regierungen eingeschränkt, die alleine die für Geschäftsordnungsreformen erforderliche Mehrheit im Parlament kontrollieren. Auch qualitative Evidenz aus Fallstudien zu Geschäftsordnungsreformen in Österreich und den USA zeigen, dass einzelne Minderheitenrechte gezielt als Reaktion auf oppositionelle Obstruktion eingeschränkt wurden⁵.

Zum Ausbau von Minderheitenrechten gibt es aktuell keine vergleichbare quantitative Studie. Gleichwohl deuten qualitative Beispiele darauf hin, dass Akteurserwartungen bezüglich künftiger Regierungsbeteiligung sowie die öffentliche Meinung relevante Erklärungsfaktoren sind. Im deutschen Bundestag und im österreichischen Nationalrat wurden 1969 bzw. 1975 die Rechte parlamentarischer Minderheiten signifikant ausgebaut⁶. Beide Reformen fanden statt in Zeiten, in denen künftige Regierungskonstellationen schwer vorhersehbar waren. Der Gang in die Opposition erschien aktuellen Regierungsparteien als ein realistisches Szenario, für das mit einer Stärkung von Oppositionsrechten vorgebaut wurde. Auch für die Bedeutung der öffentlichen Meinung gibt es Beispiele. Ein Grund für den Ausbau von Minderheitenrechten in Österreich 1975 war die Sorge der allein regierenden SPÖ, in der Öffentlichkeit als allzu machtgiertig zu erscheinen, da sie neben der Regierung auch noch den Staatspräsidenten und den

⁴ Ulrich Sieberer et al., „Going Institutional” to Overcome Obstruction: Explaining the Suppression of Minority Rights in Western European Parliaments, 1945–2010, *European Journal of Political Research* 59:4 (2020), pp. 886-909, <https://doi.org/10.1111/1475-6765.12376>.

⁵ Ulrich Sieberer/Wolfgang C. Müller, Explaining Reforms of Parliamentary Minority Rights: A Theoretical Framework with Case Study Application, *West European Politics*, 38:5 (2015), pp. 997-1019, <https://doi.org/10.1080/01402382.2015.1045321>; Sarah A. Binder, *Minority Rights, Majority Rule: Partisanship and the Development of Congress*, Cambridge University Press, 1997, <https://doi.org/10.1017/CBO9780511625541>; Gregory Wawro/Eric Schickler, *Filibuster: Obstruction and Lawmaking in the U.S. Senate*, Princeton University Press, 2006.

⁶ Uwe Thaysen, *Parlamentsreform in Theorie und Praxis – Zur institutionellen Lernfähigkeit des parlamentarischen Regierungssystems. Eine empirische Analyse der Parlamentsreform im 5. Deutschen Bundestag*, 1972; Heinz Fischer, *Die Reform der Geschäftsordnung des österreichischen Nationalrates nach dem Ende der großen Koalition*. *Zeitschrift für Parlamentsfragen* 1975, 6 (3), S. 297-309.

Präsidenten des Nationalrats stellte⁷. Ein jüngeres Beispiel kommt aus dem Deutschen Bundestag: In der 18. Wahlperiode (2013-2017) wurden verschiedene Zugangshürden zu Minderheitenrechten in der GOBT abgesenkt, da selbst alle Oppositionsparteien gemeinsam das bisherige Quorum von 25 Prozent der Mitglieder des Bundestages nicht erreichen konnten. Durch die temporäre Reduzierung auf 120 Mitglieder behielt die Opposition (wenn sie in der Lage war, koordiniert zu handeln) u.a. die Möglichkeit, Untersuchungsausschüsse und Enquete-Kommissionen einzurichten, öffentliche Ausschussanhörungen herbeizuführen, den Bundestag einberufen zu lassen oder eine Subsidiaritätsklage vor dem Europäischen Gerichtshof anzustrengen (§126a GOBT idF vom 23.04.2023⁸). Auch hier wollte eine offensichtlich dominante Große Koalition den Eindruck vermeiden, zentrale demokratische Prinzipien zu unterlaufen.

Wettbewerb gibt Anlass zur Gelassenheit

Das theoretische Argument und die angeführte empirische Evidenz deuten also darauf hin, dass sich die Reform von parlamentarischen Minderheitenrechten gut mit einem wettbewerbsorientierten Modell erklären lassen. Diese Erklärung mag auf manche Leserinnen und Leser irritierend, wenn nicht gar verstörend wirken. Sie wird nicht von hehren Idealen eines angemessenen Minderheitenschutzes in der Demokratie oder der Verwirklichung allgemeiner Verfassungsprinzipien getrieben, sondern schlicht vom Eigeninteresse der aktuellen Mehrheit. Dennoch führt dieses Eigeninteresse nicht etwa zu einer fortwährenden Aushöhlung von Minderheitenrechten, sondern zu einem sich selbst stabilisierenden, wenn auch flexiblen Gleichgewicht zwischen parlamentarischer Mehrheit und Minderheit. Der Grund dafür liegt in der Erwartung von Regierungswechseln und der Wahl als demokratischem Sanktionsmechanismus. Der aktuellen Regierungsmehrheit ist bewusst, dass sie sich mit einer massiven Einschränkung von Minderheitenrechten langfristig selbst schadet, weil die Wählerschaft eine handlungsfähige parlamentarische Opposition als demokratischen Wert an sich betrachtet und eine übergriffige Mehrheit elektoral abstrafte. Dieser Effekt ist umso stärker, je schwächer die bestehenden Minderheitenrechte sind, während Forderungen nach einer Stärkung der Mehrheit eher öffentliche Akzeptanz finden, wenn starke Minderheitenrechte tatsächlich demokratisch fragwürdige Obstruktion ermöglichen.

Insofern führt der demokratische Wettbewerb zwischen eigeninteressierten Parteien zu einem dynamischen Gleichgewicht zwischen Mehrheit und Minderheit. Grundbedingung für dieses Gleichgewicht ist allerdings, dass der überwiegende

⁷ Ulrich Sieberer/Wolfgang C. Müller, Explaining Reforms of Parliamentary Minority Rights: A Theoretical Framework with Case Study Application, *West European Politics*, 38:5 (2015), pp. 997-1019, <https://doi.org/10.1080/01402382.2015.1045321>.

⁸ BGBl I S. 534.

Teil der Wählerschaft demokratische Grundprinzipien wie den Minderheitenschutz durch ihr Wahlverhalten aktiv gegen mögliche Übergriffe von Seiten der Regierungsmehrheit verteidigt. Angesichts steigender Polarisierung und einer größeren Verbreitung antidemokratischer Einstellungen erscheint dies in einigen etablierten Demokratien heute nicht mehr so selbstverständlich wie noch vor zwanzig Jahren. Selbst in EU-Staaten – allen voran Ungarn – ist eine höchst bedenkliche Aushöhlung demokratischer Grundnormen im Parlament und im politischen System generell zu beobachten, ohne dass die Regierung ernsthafte elektorale Sanktionen fürchten müsste. Gleichzeitig mag es positiv stimmen, dass in den USA das sehr starke (und aus demokratischen Gesichtspunkten nicht unproblematische) Minderheitenrecht des Filibusters im Senat trotz historisch hoher Polarisierungswerte in seinem Kern bis heute Bestand hat und zu einer deutlichen Beschränkung der Regierung führt.

Zumindest bei distributiven Reformen in eigener Sache ist also eine gewisse Gelassenheit angesagt: Ja, parlamentarische Akteure entscheiden selbst über Regeln, denen sie künftig unterworfen sind, und können diese zu ihren Gunsten verändern. Solange diese Akteure aber miteinander im Wettbewerb stehen und unterschiedliche Ziele verfolgen, haben sie ein starkes Interesse, einander zu kontrollieren und institutionelle Reformen im Konfliktfall zu einem Wahlkampfthema zu machen. Damit liegt der Ball am Ende doch wieder im Feld der Wählerinnen und Wähler und damit letztlich beim demokratisch legitimierten Souverän. Im Wissen darum finden sich zumindest in stabilen Demokratien kaum parlamentarische Geschäftsordnungsänderungen, die zu einer ernsthaften Gefahr demokratischer Prozesse werden.

Entscheidungen in der Sache des Bundesverfassungsgerichts

Zur jüngeren Entwicklung des Wahlrechts

Michael Koß¹

Entscheidungen des Parlaments in eigener Sache – gibt es das im politischen System der Bundesrepublik? Vordergründig betrachtet mit Sicherheit, denn natürlich existieren Materien, die vor allem die im Parlament vertretenen Parteien angehen und gleichzeitig von diesen entschieden werden. Faktisch aber werden diese Materien in Deutschland aber – nach dem besten Wissen dieses Verfassers ausnahmslos – vom Bundesverfassungsgericht (mit-)entschieden. Rechte der Abgeordneten und Fraktionen, Finanzierung der Parteien und der ihnen nahestehenden Stiftungen sowie schließlich das Wahlrecht: In all diesen Fragen ging dauerhaft geltenden Entscheidungen ein Urteil aus Karlsruhe voran, meist sogar ein prozedurales Pingpong zwischen Bundestag und BVerfG. In vielen Bereichen übte das BVerfG dabei erkennbar Selbstzurückhaltung. Exemplarisch dafür stehen Fragen der Finanzierung des politischen Wettbewerbs², in denen das BVerfG erkennbar darauf bedacht war, entweder nur die Verteilungsmechanismen oder nur die Höhe der Zuwendungen an Parteien bzw. ihnen nahestehende Stiftungen anzutasten, aber niemals beides.

In jüngster Zeit stellt sich insbesondere im Bereich des Wahlrechts aber immer mehr die Frage, wer hier eigentlich Entscheidungen in eigener Sache trifft. In diesem Beitrag möchte ich sowohl beleuchten, was dafürspricht, dass es das BVerfG ist, das in Fragen des Wahlrechts eine „eigene Sache“ vertritt, als auch Ursachen für diese Entwicklung benennen. Vor allem das letztgenannte Ziel dieses Beitrags lässt sich schwerlich ohne Florian Meinels fulminanten Aufsatz über die vom BVerfG betriebene „Neutralisierung der parlamentarischen Mehrheits-herrschaft“³ erreichen. Meinel führt die jüngere Rechtsprechung des BVerfG auf

¹ Prof. Dr. Michael Koß ist Professor für Politisches System der Bundesrepublik Deutschland und der EU an der Leuphana Universität Lüneburg.

² Michael Koß/Jakob Schwörer, Unfall in Zeitlupe: Warum das BVerfG die etablierten Parteien zum Jagen tragen muss, Verfassungsblog vom 23.02.2023, <https://doi.org/10.17176/20230223-185128-0>.

³ Florian Meinel, Das Bundesverfassungsgericht in der Ära der Großen Koalition. Zur Rechtsprechung seit dem Lissabon-Urteil, in: *Der Staat* 60/1 (2021), S. 43–98 (Zitat S. 43). Zu Meinels Kritik an den Großen Koalitionen unter Angela Merkel und deren technokratischem Regierungsstil vgl. ders., Vertrauensfrage. Zur Krise des heutigen Parlamentarismus, 2019, S. 30-38.

einen – sozialwissenschaftlich gesprochen – institutionellen Isomorphismus⁴ zwischen übergroßen parlamentarischen Mehrheiten in Zeiten Großer Koalitionen nebst technokratischem Regierungsstil der Bundeskanzlerin auf der einen Seite und einem Tenor der Urteile des BVerfG auf der anderen Seite zurück, der mit der Grundannahme des Gewaltenschränkung bricht, die dem Parlamentarismus eigen ist. Stattdessen sei das BVerfG auf dem Weg in die (vordemokratische) Vergangenheit und propagiere ein Ideal der Gewaltenteilung und des Dualismus von Politik und (zusehends expansiver) Verwaltung. Duktus der Verfassungsrechtsprechung und Regierungsstil stünden dabei in einem Korrespondenzverhältnis, eben einem institutionellen Isomorphismus.

Eine einfachere Erklärung für den Hang des BVerfG, dem Gesetzgeber „Entscheidungen in Sachen des Bundesverfassungsgerichts“ aufzugeben, geben die jüngeren Reformen des Wahlrechts sowohl zum Europäischen Parlament als auch zum Bundestag: Das BVerfG handelt aus institutionellem Eigeninteresse am Machterhalt, einerseits gegenüber dem EuGH und andererseits gegenüber den im Bundestag vertretenen Parteien. Nicht ohne Grund sieht auch Meinel den Ausgangspunkt seiner Diagnose im Lissabon-Urteil vom 30. Juni 2009⁵. Hier hörte das BVerfG auf, sich als die europäische Integration begleitende Instanz zu verstehen und stilisierte sich stattdessen zum „Akteur in einem offenen Verfassungskonflikt um das politische Erbe des Post-Nizza-Prozesses“⁶. Aber warum? Braucht es zur Begründung dieser Form der Selbstermächtigung wirklich komplexe verfassungsrechtliche Argumente, die dann vom BVerfG bemüht werden, um die parlamentarischen Mehrheitsverhältnisse zu spiegeln?

Hatte das BVerfG möglicherweise schlicht das Schicksal der Bundesbank vor Augen, deren Niedergang zugunsten der Europäischen Zentralbank es lange aus der *row zero* der deutschen Politik begleitet hatte, so etwa in den Beschlüssen zur Einführung des Euro⁷, zum Stabilitätsmechanismusgesetz⁸, zum Fiskalpakt⁹ und zur Europäischen Bankenunion¹⁰? Seit dem Maastrichter Vertrag hatte die Bundesbank ein beispielloses Downgrade zur besseren Provinzsparkasse erfahren

⁴ Paul J. DiMaggio/Walter W. Powell, The Iron Cage Revisited: Institutional Isomorphism and Collective Rationality in Organizational Fields, in: American Sociological Review 1983, 48(2), S. 147-160, <https://doi.org/10.2307/2095101>.

⁵ BVerfG, Urteil vom 30.06.2009 – 2 BvE 2/08, https://www.bverfg.de/e/es20090630_2bve000208.html.

⁶ Meinel, Der Staat 2021 (Fn. 3.), S. 53.

⁷ BVerfG, Beschluss vom 31.03.1998 – 2 BvR 1877/97, https://www.bverfg.de/e/rs19980331_2bvr187797.html.

⁸ BVerfG, Urteil vom 12.09.2012 – 2 BvR 1390/12, https://www.bverfg.de/e/rs20120912_2bvr139012.html.

⁹ BVerfG, Urteil vom 18.03.2014 – 2 BvR 1390/12, https://www.bverfg.de/e/rs20140318_2bvr139012.html.

¹⁰ BVerfG, Urteil vom 30.07.2019 – 2 BvR 1685/14, https://www.bverfg.de/e/rs20190730_2bvr168514.html.

und die Rolle als nahezu allmächtiger Hüter der Währung der EZB überlassen müssen. Dass der Hüter der Verfassung einen ähnlichen Abstieg zugunsten des EuGH für sich vermeiden will, stellt zumindest aus politikwissenschaftlicher Perspektive keine Überraschung dar.

Good cop BVerfG, bad cop Bundestag

Vor diesem Hintergrund erscheint es plausibler und einfacher (im Sinne des englischen *parsimonious*), dass das Bundesverfassungsgericht seine Macht gegenüber dem EuGH und den deutschen Parteien erhalten will, indem es eine Doppelstrategie verfolgt. In dieser Doppelstrategie geht es einerseits darum, den Prozess der europäischen Integration, sagen wir, sehr kritisch zu begleiten, um so eventuelle Kompetenzgewinne des EuGH präemptiv auszuschließen und andererseits Sorge dafür zu tragen, bei Entscheidungen des Bundestags in eigener Sache – namentlich zu Fragen des nationalen Wahlrechts – stets das bessere Image zu haben und so seinen Legitimitätsvorsprung im traditionell vermeintlich „neutrale“ Instanzen anheimelnden Deutschland zu erhalten.

Beide Ziele des Bundesverfassungsgerichts lassen sich in den nach 2008 gefällten Urteilen zu Fragen des Wahlrechts erkennen, in deren Folge der Bundestag hier eben keine „Entscheidungen in eigener Sache“ mehr fällen konnte.¹¹ Der im Lisbon-Urteil postulierten „unübertragbaren und integrationsfesten Identität der [deutschen, MK] Verfassung“¹² sicherte das Bundesverfassungsgericht in seinen beiden Urteilen zur Sperrklausel beim Wahlrecht zum Europaparlament ab. Indem es weder für eine Fünf-¹³ noch für eine Dreiprozenthürde¹⁴ verfassungsrechtliche Gründe finden konnte, münzte das Gericht den Befund einer stockenden europäischen Integration in eine selbsterfüllende Prophezeiung um. Dass sich die „Verhältnisse wesentlich ändern“¹⁵ würden, wurde durch diese vom Gericht aktiv betriebene Zersplitterung der Parteienlandschaft im Europäischen Parlament jedenfalls nicht wahrscheinlicher. Was kann dem uralten – und nicht zufällig in Deutschland am pointiertesten vorgebrachten – Vorwurf der „Quasselbude“ mehr Vorschub leisten als eine Zersplitterung von Parlamenten?

¹¹ Dem Wegfall der Grundmandatsklausel im jüngsten Wahlrechtsbeschluss des Bundestages haftet zugegebenermaßen zumindest der Ruch einer solchen Entscheidung in eigener Sache an. Klar ist aber seit den von CSU und Linkspartei angekündigten Klagen, dass auch in dieser Frage die Entscheidung vom Bundesverfassungsgericht getroffen werden wird.

¹² BVerfG, Urteil vom 30.06.2009 – 2 BvE 2/08, Rn. 235, https://www.bverfg.de/e/es20090630_2bve000208.html.

¹³ BVerfG, Urteil vom 09.11.2011 – 2 BvC 4/10, https://www.bverfg.de/e/cs20111109_2bvc000410.html.

¹⁴ BVerfG, Urteil vom 26.02.2014 – 2 BvE 2/13, https://www.bverfg.de/e/es20140226_2bve000213.html.

¹⁵ So die im zweiten Leitsatz des Urteils zur Dreiprozenthürde (Fn. 14) festgehaltene Bedingung für eine Revision dieser Rechtsprechung.

Beim Wahlrecht zum Bundestag war es die Formel der „Erfolgswertgleichheit“ aller Wahlstimmen¹⁶, mit der das BVerfG die Parteien an den Haken nahm. „Erfolgswertgleichheit“, dieser Begriff lässt sich nicht einmal ins Österreichische übersetzen, geschweige denn in irgendeine andere Sprache.¹⁷ Es handelt sich dabei um einen sehr deutschen, genauer: sehr bundesverfassungsgerichtlichen Türöffner für ein maximales Gebot der Proportionalität, das den Gesetzgeber unter der Bedingung der allseits als Erfolgsmodell gepriesenen personalisierten Verhältniswahl in ein echtes Dilemma stürzte. Einerseits ließ sich die Erfolgswertgleichheit durch Verrechnung (fast) aller Überhangmandate gewährleisten. Sie öffnete damit populistischen Verdikten gegen den „aufgeblähten“ Bundestag Tür und Tor – vollkommen unabhängig übrigens davon, dass die Arbeit dort ohnehin vornehmlich in den aktuell 30 Ausschüssen und nicht im Plenum verrichtet wird. Gedränge im Plenarsaal gehört aus guten Gründen nicht zu den Kernproblemen des Bundestages.¹⁸ Andererseits hatte der Gesetzgeber die Möglichkeit, der vollständigen Verrechnung von Überhangmandaten dadurch Einhalt zu gebieten, dass relative Mehrheiten nicht mehr in jedem Fall ausreichten, um einen Wahlkreis zu gewinnen. Dies sieht die unlängst vom Bundestag verabschiedete Novelle des Wahlrechts vor – und ist nun Ziel der populistischen Kritik, dass „Gewinner“ von Wahlkreisen nicht in den Bundestag einziehen könnten. Auch hier interessieren sich gerade diejenigen, die diese Kritik äußern, nicht dafür, dass die Mehrheiten derjenigen Wahlkreisgewinner, die potenziell nicht in den Bundestag einziehen würden, wirklich *sehr* relativ sind und dass grundsätzlich ja alle Wahlkreis-kandidaten über die Parteilisten abgesichert werden können.

Tertium non datur, zumindest nicht unter der Bedingung einer personalisierten Verhältniswahl. Der Gesetzgeber sitzt damit in der Frage des Bundestagswahlrechts in einer vom BVerfG errichteten Zwickmühle. Und diese Zwickmühle trägt dazu bei, dass die im Bundestag vertretenen Parteien in der Wahlrechtreform die Rolle des *bad cop* einnehmen, während das BVerfG als über dem erfolgswertgleichheitsinduzierten „Parteiengezänk“ stehender *good cop* agiert. Dass genau diese Rollenverteilung erstens auch in anderen Politikfeldern anzutreffen ist und zweitens gut in der Bevölkerung ankommt, legen die Umfragewerte zum Ansehen der höchsten Verfassungsinstitutionen in Deutschland nahe: Ausweislich einer 2022 durchgeführten Umfrage¹⁹ ist das BVerfG die einzige Institution, der eine

¹⁶ S. etwa BVerfG, Urteil vom 03.07.2008 – 2 BvC 1/07, https://www.bverfg.de/e/cs20080703_2bvc000107.html; BVerfG, Urteil vom 25.07.2012 – 2 BvF 3/11, https://www.bverfg.de/e/fs20120725_2bvff000311.html.

¹⁷ Für dieses Aperçu und vieles andere danke ich Robert Vehrkamp.

¹⁸ Zum Arbeitsalltag des Bundestages vgl. Michael Koß, Demokratie ohne Mehrheit? Die Volksparteien von gestern und der Parlamentarismus von morgen, 2021, S. 216 f.

¹⁹ Volker Best/Frank Decker/Sandra Fischer/Anne Küppers, Demokratievertrauen in Krisenzeiten – Wie blicken die Menschen in Deutschland auf Politik, Institutionen und Gesellschaft?, 2023, <https://library.fes.de/pdf-files/pbud/20287-20230505.pdf>.

Mehrheit der Befragten Vertrauen entgegenbrachte, genauer: 70,9 Prozent. Weit abgeschlagen folgen die Bundesregierung (42,4 Prozent), der Bundestag (42,3 Prozent) und die Europäische Kommission (31,5 Prozent). Einzig dem BVerfG vertraut sogar eine Mehrheit der Demokratieunzufriedenen (52,6 Prozent).

Die Probe aufs Exempel der hier vertretenen These zur Motivation des BVerfG dürfte schon in der Entscheidung über das im Juni 2023 verabschiedete Wahlrecht zum Bundestag erfolgen. Aus einer genuin verfassungsrechtlichen Perspektive ist eher eine Diskontinuität zur früheren Rechtsprechung zu erwarten, denn der technokratische Regierungsstil scheint mit den Großen Koalitionen und Angela Merkel von der Bühne der Bundespolitik verschwunden zu sein: Unabhängig davon, wie man Olaf Scholz' erstes Kabinett normativ beurteilt – dass es unter seiner Kanzlerschaft technokratisch zugeht, wird niemand behaupten. Selbst wenn auch der vormalig als „Scholzomat“ geschmähte Kanzler eine Präferenz fürs Merkeln haben sollte, seine in herzlicher Feindschaft verbundenen Koalitionspartner lassen technokratische Visionen durch ihre politische Dauerfehde zuverlässig verblassen. Aus der hier vertretenen politikwissenschaftlichen Perspektive liegt ungeachtet der seit dem letzten Regierungswechsel veränderten Kontextbedingungen eine unveränderte Präferenz des BVerfG zur Aufrechterhaltung der nach 2008 errichteten Zwickmühlenkonstellation nahe. *On verra.*

Wider der „Tyrannei der Minderheit“

Abschließend sei erwähnt, dass man in Deutschland nicht zu Unrecht einiges auf sein so machtvolles wie politisch unabhängiges Verfassungsgericht hält. Die Kehrseite von Macht und politischer Unabhängigkeit sind aber die institutionellen Eigeninteressen, die insbesondere dann die ohnehin fragile Legitimität genuin politischer Akteure wie der Parteien und des Parlaments schmälern können, wenn diesem vom Verfassungsgericht unlösbare Aufgaben aufgebürdet werden. Ein (Europäisches) Parlament machtlos nennen, seinem Wahlrecht mit dieser Begründung jedwede Sperrklausel vorenthalten und dann dessen spärlichen Machtzuwachs beklagen, das trägt durchaus Züge einer selbsterfüllenden Prophezeiung. Der verfassungsgerichtliche Furor um die Erfolgswertgleichheit versetzt den Gesetzgeber in eine Zwickmühle, die die ohnehin im Vergleich zum BVerfG fragile Legitimität der parlamentarischen Akteure zementiert und dem Gericht die schöne und legitimitätsstiftende Rolle des ehrlichen Maklers – in Deutschland beliebt seit 1878²⁰ – zuweist.

Die USA haben es im Bereich des Wahlrechts auch nicht besser. Es ist nicht von der Hand zu weisen, dass auch der Supreme Court das Wahlrecht einseitig auslegt,

²⁰ Die Rede vom „ehrliehen Makler“ geht auf Otto von Bismarcks Selbstbeschreibung beim Berliner Kongress zurück, auf dem 1878 koloniale Streitigkeiten gelöst werden sollten.

allerdings tut er dies anders als das BVerfG in parteipolitischer Weise. Beispielsweise hat der Supreme Court 2013 die Bundesaufsicht über die Wahlen in den Südstaaten aufgeboben²¹, obwohl die republikanisch dominierten Bundesstaaten mittlerweile als „Laboratorien gegen die Demokratie“ gelten müssen. Dennoch bleibt dabei immerhin der Spielraum des Parlaments in den USA richterlich unangetastet, während das BVerfG institutionelle Eigeninteressen auf Kosten der gewählten politischen Akteure zu verfolgen scheint. Zum Kardinalproblem der US-Demokratie wird die Rechtsprechung des Supreme Court, weil in den USA die parlamentarischen Kräfteverhältnisse – ebenso wie die am Supreme Court – nicht mehr die gesellschaftlichen Mehrheiten widerspiegeln: Ländliche (und damit republikanische) Wahlkreise sind seit Jahrzehnten massiv überrepräsentiert, und dieser Sachverhalt verzerrt alle Entscheidungen in eigener Sache in den USA im Vorhinein. Die Losung kann deshalb nur lauten: Wider der „Tyrannei der Minderheit“ – egal ob auf den Richterbänken oder in den Parlamenten.

²¹ Am 25.06.2013 urteilte der Supreme Court im Fall *Shelby County v. Holder* mit knapper Mehrheit von fünf gegen vier Stimmen, dass im „Lichte gegenwärtiger Bedingungen“, insbesondere angesichts einer verbesserten politischen Beteiligung von Minderheiten, eine elementare Bestimmung (Sektion 4) des Voting Rights Act überholt und damit verfassungswidrig sei, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/570/529/>.

Odysseus am Mast

Möglichkeiten institutioneller Selbstbindung bei Entscheidungen in eigener Sache

Daniel Hellmann¹

Als Odysseus auf seiner langen Heimfahrt an der Insel der Sirenen vorbeikam, mussten er und seine Männer Mittel und Wege finden, dem verzaubernden Gesang der Sirenen zu entgehen. Odysseus ließ sich fest an den Mast seines Schiffes binden, und seine Männer stopften sich Wachs in die Ohren. Vor einem ähnlichen Problem stehen Parteien und Politiker, wenn sie Entscheidungen in eigener Sache treffen, also Entscheidungen, in denen sie selbst die Regeln des politischen Wettbewerbs und damit ihres Machterwerbs bestimmen können. Es besteht der durchaus verlockende Anreiz, diese Macht zu persönlichen Gunsten auszunutzen. Wie kann verhindert werden, dass Machtmissbrauch in solchen Konstellationen stattfindet?

Am besten wäre, Politiker und Parteien kämen gar nicht erst in derartige Versuchungen. Allerdings zeichnet sich das Wesen der Politik dadurch aus, dass Entscheidungen getroffen werden müssen. Abgeordnete sind dafür gewählt, also demokratisch beauftragt und legitimiert, wichtige gemeinverbindliche Beschlüsse zu fassen. Als wichtigstes Verbindungsstück zwischen Staat und Gesellschaft sind Parteien dabei nahezu zwangsläufig beteiligt, sei es durch Abgeordnete im Parlament oder Parteivertreter in anderen Gremien. Wie für Odysseus und seine Männer führt mitunter kein Weg an der Versuchung vorbei, sondern nur mitten hindurch.

Dem kann zumindest teilweise entgegenwirken, dass ein Entscheidungsgremium plural besetzt ist und Parteiinteressen sich gegenseitig neutralisieren. Wird eine Entscheidung weitgehend konsensual gefällt, ist es unwahrscheinlicher, dass sie Interessen beteiligter Akteure ignoriert. Wird nicht im Konsens entschieden, können politische Kräfte, die nicht einverstanden sind, das aus ihrer Sicht fehlerhafte Verhalten ihrer Konkurrenten öffentlich kritisieren oder gar skandalisieren. Parteien, die nicht in Entscheidungen miteinbezogen sind, etwa Klein- und Kleinstparteien, bleiben allerdings außen vor. Die Gruppe der Bundestagsparteien kann sich – aus guten Gründen – untereinander einig sein, aber dennoch die Interessen kleinerer Parteien ausblenden, wie etwa bei der Fünfprozenthürde.

¹ Daniel Hellmann, M.A., ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Parlamentarismusforschung (IParl) in Berlin.

Um zu verstehen, wie Manipulation und Machtmissbrauch vorgebeugt werden kann, lohnt ein Blick auf bereits bestehende institutionelle Designs, in denen Abgeordnete oder Parteivertreter theoretisch die Möglichkeit hätten, sich selbst Vorteile zu verschaffen. Im Rahmen der Wahlorganisation treffen wir auf solche Konstellationen an mindestens drei Stellen: bei der Wahlkreiseinteilung, der Parteien- und Kandidatenzulassung sowie der Wahlprüfung. Können die Regeln, die dort gefunden wurden, Blaupause für den generellen Umgang mit derartigen Problemen sein?

Gefahr des Gerrymanderings

Vor jeder Wahl werden die Bundestagswahlkreise überprüft und meist aufgrund von Bevölkerungsentwicklungen neu. Dies geschieht durch eine Gesetzesänderung, die die Anlage 2 des Bundeswahlgesetzes (BWahlG) anpasst. Es entscheiden also gewählte Abgeordnete darüber, wie ihre eigenen Wahlkreise zugeschnitten sind. So drängt sich der Verdacht auf, dass ähnlich wie in den USA sogenanntes Gerrymandering² – also die politisch motivierte Veränderung von Wahlkreisgrenzen zum eigenen Vorteil – betrieben werden könnte. Die Regierungsmehrheit könnte Wahlkreiszuschnitte beschließen, die es ihren Wahlkreiskandidaten ermöglichte, deutlich häufiger Mandate direkt zu gewinnen.

Die personalisierte Verhältniswahl bietet allerdings aus der Perspektive der Parteien keine Anreize zu derartigen Manipulationen, da für die Mandatsverteilung nur der Zweitstimmenanteil und nicht etwa die Zahl der gewonnenen Wahlkreise relevant ist. Somit könnten allenfalls einzelne Abgeordnete ein Interesse an spezifischen Wahlkreiszuschnitten haben, um die eigene Wiederwahl abzusichern. Hinzu kommt die Eingrenzung des Entscheidungsspielraums durch die Vorgaben des Bundeswahlgesetzes. Wahlkreise müssen aus einem zusammenhängenden Gebiet bestehen, dürfen nicht mehr als +/- 25 Prozentpunkte vom Bevölkerungsschnitt abweichen und sollten sich an bestehenden administrativen Grenzen orientieren. Diese Festlegungen schränken den Gestaltungsspielraum zusätzlich ein.

1956 wurde die Wahlkreiskommission als unabhängiges Expertengremium eingerichtet. Sie soll zeigen, wo Wahlkreise aufgrund von Bevölkerungsentwicklungen neu zugeschnitten werden müssen und dazu Vorschläge unterbreiten. Dabei bezieht sie unter anderem auch Stellungnahmen der jeweiligen Landesregierungen und der Landesverbände der Bundestagsparteien mit ein. Trotz dieser umfangreichen Vorbereitungen übernimmt der Gesetzgeber nur einen Bruchteil der unterbreiteten Änderungsvorschläge. Für die Bundestagswahl 2021 beispielsweise legte

² Siehe zum Begriff und zur Bedeutung in der US-amerikanischen Geschichte Erik Engstrom, *Partisan Gerrymandering and the Construction of American Democracy*, Michigan 2013.

die Wahlkreiskommission insgesamt 22 Änderungsvorschläge³ vor, von denen nur zwei übernommen wurden. Vier wurden anderweitig gelöst⁴ und der Rest unverändert belassen. Für andere Wahlperioden ergibt sich ein ähnliches Bild. Die Arbeit der Wahlkreiskommission ist, auch wenn ihre Vorschläge selten umgesetzt werden, nicht vergebens. Seit ihrer Einsetzung ermahnt ihr Bericht die Abgeordneten dazu, regelmäßig eine Neuabgrenzung der Wahlkreise vorzunehmen.⁵

So wie die Wahlkreiseinteilung bislang strukturiert ist, ist das Modell einer vorgeschalteten Expertenkommission allerdings nur bedingt geeignet, Machtmissbrauch zu verhindern. Deutlich stärker wirken der fehlende strategische Anreiz, die Wahlkreiseinteilung zu manipulieren, sowie die rechtlichen Vorgaben, die den Gesetzgeber einschränken.

Unliebsame Mitbewerber ausschließen

Einem anderen institutionellen Design folgt die Parteien- und Kandidatenzulassung, die die jeweiligen Wahlausschüsse auf Wahlkreis-, Landes- und Bundesebene vollziehen. Sie bestehen aus dem Wahlleiter, von den Parteien vorgeschlagenen Beisitzern (acht auf Bundesebene und sechs auf Landes- und Wahlkreisebene) und je zwei Richtern des Oberverwaltungsgerichts beziehungsweise der Landesverwaltungsgerichte (auf Landes- und Bundesebene). Insbesondere letztere wurden 2012 mit dem „Gesetz zur Verbesserung des Rechtsschutzes in Wahlsachen“ zur Ergänzung der Wahlausschüsse mit der Hoffnung eingeführt, mehr juristischen Sachverstand in die Entscheidungen einfließen zu lassen.⁶ Bei der Zuteilung der Beisitzer sind die Parteien entsprechend des Wahlergebnisses der letzten Bundestagswahl im jeweiligen Wahlgebiet zu berücksichtigen. Die von den Parteien benannten Beisitzer stellen in den Wahlausschüssen somit die Mehrheit der Mitglieder. Hinzu kommt, dass die Bundesinnenminister bzw. Landesregierungen die Wahlleiter ernennen. Das ist nicht unproblematisch, da eine der Hauptaufgaben der Wahlausschüsse ist, zu entscheiden, welche Parteien und Kandidaten an der Wahl teilnehmen dürfen. So entscheiden hier ebenfalls Parteivertreter darüber, gegen wen ihre Parteien bei der Wahl antreten.

³ Bericht der Wahlkreiskommission für die 19. Wahlperiode des Deutschen Bundestages gemäß § 3 des Bundeswahlgesetzes, BT-Drs. 19/7500, 31.01.2019, <https://dserver.bundestag.de/btd/19/075/1907500.pdf>.

⁴ S. Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Inneres und Heimat (4. Ausschuss), BT-Drs. 19/19597, 27.05.2020, <https://dserver.bundestag.de/btd/19/195/1919597.pdf>.

⁵ Dies zeigte sich besonders in den ersten Wahlperioden, siehe Wiegand Ridder, Die Einteilung der Parlamentswahlkreise, Göttingen 1976.

⁶ Siehe bspw. Stephan Danzer, Zur Einführung des Rechtsschutzes vor der Wahl, in: KommP Wahlen 2012, S. 66-67.

Wer schon einmal einer Wahlausschusssitzung beigewohnt hat, wird allerdings bemerkt haben, dass Parteipolitik dort kaum stattfindet.⁷ Zum einen sind die Mitglieder zwar von ihren Parteien benannt, stehen diesen gegenüber aber in aller Regel nicht in einem finanziellen oder politischen Abhängigkeitsverhältnis. Auch das Amt des Wahlleiters wird als unabhängiges Ehrenamt ausgeübt. Zum anderen ist der Entscheidungsspielraum, ob ein Wahlvorschlag zuzulassen oder abzulehnen ist, sehr eng. Oft besteht nur in speziellen Konstellationen überhaupt eine Abwägungsentscheidung. Ein prominentes Beispiel aus der jüngeren Zeit ist die Entscheidung des Landeswahlausschusses Bremen, die Landesliste der AfD nicht zur Wahl zuzulassen, da die Unterschrift einer Vertrauensperson fehlte. Er musste in diesem Fall abwägen, ob die Verweigerung der Unterschrift schwerwiegend genug war, um den Ausschluss der Landesliste zu rechtfertigen. Der Landeswahlausschuss wies die Liste zurück, wogegen die AfD Bremen Beschwerde beim Bundeswahlausschuss einlegte. Dieser gab ihr recht und ließ die Liste zu.⁸ Auch diese durchaus strittige Entscheidung erging fast einstimmig bei nur einer Enthaltung und einer Nein-Stimme im Bundeswahlausschuss.

In den Wahlausschüssen beschränkt Machtmissbrauch, dass ihre Mitglieder, die zwar überwiegend Parteimitglieder sind, sich selbst nicht als Agenten ihrer Parteien verstehen.⁹ Zum anderen ist der Entscheidungsspielraum, den das Bundeswahlgesetz den Ausschüssen einräumt, gering. Hinzu kommt die Möglichkeit, gegen Entscheidungen der Wahlausschüsse Beschwerde beim nächsthöheren Ausschuss einzulegen. Ob die Einbeziehung richterlicher Mitglieder die Arbeitsweise der Ausschüsse verrechtlicht hat, ist fraglich, da die meisten Mitglieder, zumindest des Bundeswahlausschusses, ohnehin eine juristische Ausbildung vorzuweisen haben.¹⁰ An der mehrheitlich konsensualen Entscheidungsfindung änderten sie jedenfalls nichts.

Den eigenen Betrug vertuschen

Nach Bundestagswahlen (und Wahlen zum Europäischen Parlament) können Wahlberechtigte und Wahlorgane Wahlbeschwerden beim Wahlprüfungsausschuss des Deutschen Bundestags einreichen. Dieser besteht aus neun Abgeordneten und hat die Aufgabe, eine Beschlussempfehlung zu erarbeiten, wie mit den Wahleinsprüchen zu verfahren ist. Auch hier liegt potenziell eine problematische Konstellation vor, wenn Abgeordnete über die Gültigkeit ihrer eigenen Wahl

⁷ Berichte zu den Wahlausschusssitzungen veröffentlicht regelmäßig Johannes Risse, siehe zuletzt ders., Der Bundeswahlausschuss und die Bundestagswahl 2021, in: MIP 2022, S. 1-19.

⁸ Online-Dienste des Deutschen Bundestages, Bundeswahlausschuss gibt drei Beschwerden statt – Saar-Grüne nicht dabei, <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2021/kw31-bundeswahlausschuss-853170>.

⁹ Eigene Befragung und Experteninterviews.

¹⁰ Martin Jäger, Die Zulassung von Parteien zur Bundestagswahl, 2021, Berlin, S. 209-213.

entscheiden. Sie könnten beispielsweise dabei vorgefallene Unregelmäßigkeiten verdecken und so durch Wahlbetrug ihre eigene Wahl absichern – eine Praxis die im 19. Jahrhundert nicht ungewöhnlich war.¹¹ Weist der Bundestag einen Wahleinspruch zurück, besteht die Möglichkeit, beim Bundesverfassungsgericht Beschwerde dagegen einzulegen.

Diese institutionelle Hürde schränkt solche Manipulationsversuche bereits maßgeblich ein. Bei ihren Entscheidungen müssen die Abgeordneten stets bedenken, dass mit dem BVerfG ein weiteres Gremium diese revidieren kann. Während der Deutsche Bundestag bislang fast alle Wahleinsprüche zurückwies, hat das Bundesverfassungsgericht immer wieder einzelne Wahleinsprüche zum Anlass genommen, um den Gesetzgeber zu Nachbesserungen am Wahlrecht aufzufordern und damit dem Begehren der jeweiligen Einspruchsführer entsprochen. So geht beispielsweise die folgenschwere Entscheidung des BVerfG zum negativen Stimmgewicht¹² auf einen Wahleinspruch zurück. Dass das Gericht hier und in anderen Fällen zu anderen Ergebnissen als der Wahlprüfungsausschuss des Bundestags kam, ist allerdings kein Indiz für Manipulation seitens des Ausschusses, sondern liegt darin begründet, dass der Ausschuss weitreichendere Entscheidungen zur Gültigkeit von Rechtsnormen explizit dem BVerfG überlässt.

Für die Arbeit im Wahlprüfungsausschuss gilt, dass die meisten Beschlüsse unstrittig sind, da entweder die Zulässigkeit nicht gegeben ist oder, wenn es sich um einen Wahlfehler handelt, die Mandatsrelevanz fehlt. Lediglich in Einzelfällen, etwa bezüglich der kürzlich zu entscheidenden Frage, wie umfangreich die Wahlwiederholungen in Berlin sein sollen, war politischer Streit zu vernehmen. Während die Abgeordneten der Regierungsmehrheit sich für eine möglichst minimalinvasive Wiederholung einsetzten, plädierte insbesondere die Unionsfraktion für deutlich umfangreichere Wiederholungswahlen. Hier spielten neben den rechtlichen Gesichtspunkten sicherlich auch politische Motive eine Rolle. Die Union konnte sich vor dem Hintergrund guter Umfragewerte von einer möglichst umfangreichen Wahlwiederholung mehr Mandate erhoffen, während den Regierungsfractionen daran gelegen gewesen sein dürfte, dies zu verhindern. Letztlich wird das BVerfG entscheiden, ob die minimalinvasive Lösung der Ampelkoalition rechtens war, was wiederum zeigt, wie wirkmächtig der mehrstufige Prozess der Wahlprüfung ist.

Eigennützige Entscheidungen verhindern

Im Rahmen der Wahlorganisation treffen wir an mehreren Stellen Konstellationen an, in denen Parteivertreter Entscheidungen treffen könnten, die ihren Parteien

¹¹ Siehe hierzu Robert Arsenschek, *Der Kampf um die Wahlfreiheit im Kaiserreich*, Düsseldorf 2003; Margaret Anderson, *Practicing Democracy. Elections and political culture in imperial Germany*, 2000 Princeton, New Jersey.

¹² BVerfGE 121, 266 ff., https://www.bverfg.de/e/cs20080703_2bvc000107.html.

(oder sich selbst) einen Vorteil verschaffen würden. Man kann, etwa bei den Wahlausschüssen, infrage stellen, ob sie wirklich aus von den Parteien vorgeschlagenen Vertretern besetzt sein müssen. Unabhängig von der Bewertung dieser Frage lassen sich allerdings keine Anzeichen für einen systematischen Machtmissbrauch durch diese Gremien finden. Um zu verstehen warum, hilft der Blick auf die institutionellen Designs.

In allen drei Fällen existieren neben dem Gremium, in dem Parteivertreter sitzen, noch weitere vor- bzw. nachgelagerte Gremien. Insbesondere die nachgelagerte Überprüfungsmöglichkeit reduziert Anreize zum Machtmissbrauch, da sie objektiv falsche Entscheidungen revidieren kann. Die der Wahlkreiseinteilung vorgelagerte Wahlkreiskommission hingegen kann auf die endgültige Einteilung der Wahlkreise kaum einwirken.

Bei allen drei Fallbeispielen zeigt sich, dass viele Varianten des Machtmissbrauchs schon im Vorwege verhindert werden, indem Regeln den Entscheidungsspielraum einengen. Im Rahmen der Wahlkreiseinteilung etwa sind die in § 3 Bundeswahlgesetz festgelegten Regeln einzuhalten, was einer disproportionalen Wahlkreiseinteilung bereits einen Riegel vorschiebt. Hinzu kommt, dass Machtmissbrauch nur dann eine individuell sinnvolle Strategie ist, wenn der Nutzen die Kosten übersteigt.

Die Wahlausschüsse präsentieren zudem das Modell der gemischten Gremien. Dort sitzen neben den Parteivertretern auch der Wahlleiter bzw. die Wahlleiterin und auf Landes- und Bundesebene richterliche Mitglieder. Während es keine Indizien dafür gibt, dass sich letztere in den Ausschüssen anders verhalten als ihre nicht-richterlichen Kollegen, ist insbesondere die Rolle des zumindest formal nicht von einer Partei entsandten Wahlleiters hervorzuheben. Dessen Sitzungsleitung schränkt die ggf. drohende Dominanz der Parteivertreter zusätzlich ein.

Die vorangegangenen Überlegungen zeigen: Wenn Parteivertreter in eigener Sache entscheiden, bedeutet dies nicht zwangsläufig, dass sie diese Macht zu ihren Gunsten ausnutzen. Die Gefahr existiert, kann allerdings begrenzt werden. Je nachdem, um welchen Sachverhalt und welche Gremien es sich handelt, können verschiedene institutionelle Designs gewählt werden. Im Rahmen der Organisation von Bundestagswahlen treffen wir vorbereitende Expertengremien, nachgelagerte externe Überprüfung, Mischgremien und vor allem klare Regeln, die den Handlungsspielraum von vornherein einengen, an. Dies sind Vorkehrungen dafür, wie die Parteien sich – im Bild der Odyssee gesprochen – selbst an den Mast binden bzw. die Ohren mit Wachs verschließen, um nicht der Versuchung des Sireningesangs zu erliegen.

Der demokratische Normalfall

Wahlgesetzgebung in eigener Sache

Fabian Michl¹

Wenn Wahlgesetzgebung kritisiert wird, ist der Hinweis auf die „Entscheidung in eigener Sache“ rasch zur Hand. Wer will schon bestreiten, dass die Abgeordneten bei Wahlrechtsänderungen *auch* an ihre eigenen Wiederwahlchancen denken? Dass sie diese Chancen bei jeder Entscheidung im Blick haben sollten, um ihrer Verantwortung gegenüber den Wähler:innen gerecht zu werden, erscheint unerheblich: Denn beim Wahlrecht geht es nicht um irgendeine Sachfrage, sondern um die Regeln des demokratischen Prozesses, die – auch das kann niemand bestreiten – vor Manipulationen geschützt werden müssen.

I. Populistische Versuchung

Bei der Rede von der „Entscheidung in eigener Sache“ geht es aber nicht nur um diesen Gemeinplatz. Die Floskel suggeriert Befangenheit, Missbrauch und Willkür. Sie ist Ausdruck eines grundlegenden Unbehagens gegenüber der Entscheidungskompetenz des Parlaments im Recht der Politik. Zumindest ist ihre Verwendung geeignet, dieses Unbehagen zu schüren, wie beispielhaft der folgende Satz aus einem Leserbrief zeigt: „Das Wahlrecht ist ein Recht des Volks, nicht ein Recht der Gewählten in eigener Sache“². Der populistische Anklang ist unüberhörbar: Nicht die Abgeordneten, sondern „das Volk“ soll über das Wahlrecht entscheiden. Freilich kann das Volk unter dem Grundgesetz Entscheidungen zu Wahlrechtsfragen nur mittelbar treffen, nämlich „durch die besonderen Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung“ (Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG). Von diesen Organen kommen wiederum in erster Linie die Organe der Gesetzgebung in Betracht, von denen immerhin eines – der Bundestag – unmittelbar demokratisch durch das Volk legitimiert ist. Aus der Perspektive des Demokratieprinzips des Grundgesetzes ist die Entscheidung über das Wahlrecht an keiner Stelle besser aufgehoben als beim Parlament.

¹ Jun.-Prof. Dr. Fabian Michl ist Juniorprofessor für Öffentliches Recht und das Recht der Politik an der Universität Leipzig.

² FAZ v. 19. Mai 2023, S. 7.

II. Errungenschaft der Demokratie

Dass die Entscheidungskompetenz des Parlaments in Wahlrechtsfragen kein Übelstand, sondern eine historische Errungenschaft der Demokratie ist, zeigt ein kursorischer Blick auf die deutsche Verfassungsgeschichte. Im Konstitutionalismus des 19. Jahrhunderts waren es zunächst die Monarchen, die über das Wahlrecht aus eigener Machtvollkommenheit entschieden. Immerhin führte die übliche verfassungsrechtliche Verankerung des Wahlrechts dazu, dass es nicht ohne Mitwirkung der Repräsentationskörperschaften geändert werden konnte. Im doppelten Sinne revolutionär war vor diesem Hintergrund das Reichswahlgesetz, das die Frankfurter Nationalversammlung 1849 ohne Beteiligung der deutschen Monarchen verabschiedete. Infolge der Niederschlagung der Revolution kam es nie zur Anwendung, bildete aber die Grundlage für das Wahlgesetz des Norddeutschen Bundes von 1869, das ins Kaiserreich übernommen wurde und bis 1918 in Geltung blieb. Bei der Beratung im Norddeutschen Reichstag stand eine Frage im Vordergrund: Ob die Wahlkreise durch Verordnung oder durch Gesetz eingeteilt werden sollten, ob also die monarchische Exekutive allein oder nur zusammen mit dem gewählten Parlament die – im Mehrheitswahlsystem zentrale – Frage des Wahlrechts entscheiden sollte. Der Reichstag setzte die Wahlkreiseinteilung durch Gesetz durch und verteidigte so seine Mitentscheidungsbefugnis „in eigener Sache“ – dass er davon keinen Gebrauch machte, ist eine andere Geschichte³.

III. Parteienskepsis und Kontrollintensität

Schon im Konstitutionalismus wurde die Beteiligung des Parlaments an der Wahlgesetzgebung nicht nur begrüßt. Die Befürchtung war groß, dass über das Parlament die politischen Parteien auf das Wahlrecht Einfluss nehmen könnten, die in der politischen Kultur in Deutschland seit jeher einen schweren Stand hatten. Manch einer sah das Wahlgesetz bei den – überparteilichen und angeblich unparteiischen – Monarchen in besseren Händen. Der Gedanke einer über den Parteien stehenden Instanz, die über die politischen Spielregeln entscheidet, ist der geistesgeschichtliche Ursprung der Kritik an der Wahlrechtsentscheidung in eigener Sache. Die dahinterstehende Parteienskepsis ist nach wie vor wirkmächtig. Nur sehnen sich die heutigen Parteienskeptiker:innen nicht mehr nach Monarchen, sondern nach Gerichten, denen sie das Wahlrecht anvertrauen wollen. An die Stelle des Königs tritt der Verfassungsrichter, der dem Treiben der Parteien Einhalt gebieten soll. Die Verfassungsgerichte werden dazu aufgerufen, Wahlrechtsänderungen als „Entscheidungen in eigener Sache“ besonders streng zu

³ Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, Sachstand: Wahlen im Kaiserreich 1871-1918, WD 1 – 3000 – 002/21 (aktualisierte Fassung, 1. März 2021), https://www.bundestag.de/resource/blob/190454/a8cdcc157110effc8472dc8f1ac9742a/wahlen_kaiserreich-data.pdf.

überprüfen. Dass sie diese Anregung nur allzu bereitwillig aufnehmen⁴, kann nicht überraschen. Da hilft es auch nicht, dass weite Teile der rechtswissenschaftlichen Literatur und einzelne Verfassungsrichter die „Tauglichkeit des Begriffs ‚Entscheidung in eigener Sache‘ als Rechtskategorie“ bezweifeln⁵. Der Topos erscheint intuitiv so plausibel, dass man glaubt, auf eine verfassungsrechtliche Herleitung verzichten zu können.

IV. Verfassungsrechtliche Maßstäbe

Will man der „Entscheidung in eigener Sache“ über diese intuitive Plausibilität hinaus Substanz abgewinnen, muss man sie in Beziehung zu den Legitimitätsbedingungen des demokratischen Prozesses setzen. Die Wendung beschreibt dann eine Situation, in der ein erhöhtes Risiko besteht, dass eine Mehrheitsentscheidung für die Minderheit inakzeptabel wird. Akzeptabel sind Mehrheitsentscheidungen in repräsentativen Demokratien nämlich nur, solange sie der Minderheit die Chance belassen, bei den nächsten Wahlen selbst zur Mehrheit zu werden⁶. Beeinträchtigt eine Mehrheitsentscheidung diese Chance, ist sie Ergebnis eines Versagens des demokratischen Prozesses, das dem Verfassungsgericht als gegenmajoritäre Institution Anlass und Berechtigung zur Intervention gibt. In den Situationen, die gemeinhin als „Entscheidungen in eigener Sache“ umschrieben werden, ist das Risiko eines solchen demokratischen Prozessversagens erhöht, weil die Mehrheit mit ihrer Entscheidung ihre eigenen Wiederwahlchancen beeinflusst. Das Risiko realisiert sich allerdings nur, wenn dadurch wirklich die Chancen der Minderheit beeinträchtigt werden, zur Mehrheit zu werden, wenn sich die aktuelle Mehrheit gegenüber der aktuellen Minderheit also einen Vorteil verschafft. Um diese Fälle juristisch in den Griff zu bekommen, bedarf es jedoch nicht des Rückgriffs auf den Topos „Entscheidung in eigener Sache“. Vielmehr stehen mit der Gleichheit der Wahl und der Chancengleichheit der Parteien Verfassungsgebote zur Verfügung, anhand derer die Verfassungsgerichte Wahlrechtsänderungen überprüfen können.

Dem verfassungsrechtlichen Diskurs über das Wahlrecht steht es gut an, diese aus der Verfassung ableitbaren Maßstäbe heranzuziehen, und auf die Rede von der „Entscheidung in eigener Sache“ zu verzichten. Denn die demokratische Er rungenschaft der parlamentarischen Wahlgesetzgebung in Zweifel zu ziehen und

⁴ Vgl. nur BVerfG, Urteil vom 13.02.2008 – 2 BvK 1/07, Rn. 103 (BVerfGE 120, 82 [105]), https://www.bverfg.de/e/ks20080213_2bvk000107.html.

⁵ So das lesenswerte Sondervotum Müller, BVerfG, Urteil vom 26.02.2014 – 2 BvE 2/13, Rn. 10 (BVerfGE 135, 259 [303]), https://www.bverfg.de/e/es20140226_2bve000213.html; zum Stand der Diskussion vgl. die dortigen Nachweise sowie Jan-Marcel Drossel, Wahlssystem und Wahlgleichheit, Tübingen 2021, S. 134 ff.

⁶ Dazu insb. Christoph Gusy, Das Mehrheitsprinzip im demokratischen Staat, in: Archiv des Öffentlichen Rechts 1981, S. 329 ff., <http://www.jstor.org/stable/44306078>.

die vordemokratische Parteienskepsis zu schüren, gehört gewiss nicht zu den Aufgaben der Rechtswissenschaft in der Demokratie⁷. Vielmehr gilt es zu betonen, dass die Wahlrechtsentscheidung der Parlamentsmehrheit in eigener Sache der demokratische Normalfall ist, in den gegenmajoritäre Institutionen nur ausnahmsweise eingreifen sollten, nämlich dann, wenn eine Wahlrechtsänderung die Chancen der Minderheit beeinträchtigt, bei der nächsten Wahl selbst zur Mehrheit zu werden. Wer dagegen ein weitergehendes Eingreifen der Verfassungsgerichte fordert, nur weil ein Wahlgesetz von der Parlamentsmehrheit „in eigener Sache“ erlassen wurde, verwechselt die Verfassungskontrolle mit einer „Gesinnungsprüfung der Wahlrechtsgesetzgebung“⁸, zu der die Verfassungsgerichte weder berufen noch in der Lage sind: Nicht auf die Motive des Entscheiders kommt es an, sondern auf die Wirkungen seiner Entscheidung.

V. Testfall: Wegfall der Grundmandatsklausel

In der Diskussion über die jüngste Wahlrechtsreform wird vor allem der Wegfall der Grundmandatsklausel als Entscheidung in eigener Sache kritisiert. Die Ampelfraktionen wollten, so wird insinuiert, die Opposition schwächen, indem sie der Linkspartei ihre wahlrechtliche Lebensversicherung nähmen und die bayerische Regionalpartei CSU in ihren bundespolitischen Ambitionen bedrohten. Denn ohne die Grundmandatsklausel müssten beide Parteien bei der nächsten Wahl mindestens fünf Prozent der gültigen Zweitstimmen erhalten, um erneut im Bundestag vertreten zu sein. Die Linke erreichte 2021 nur 4,9, die CSU 5,2 Prozent.

Selbst wenn den Abgeordneten der Ampelfraktionen dieser Gedanke durch den Kopf gegangen ist, als sie für die Wahlrechtsreform stimmten: Grund zur verfassungsrechtlichen Beanstandung – die eben keine „Gesinnungsstrafe“ ist – besteht nur, wenn der Wegfall der Grundmandatsklausel auch wirklich die Gleichheit der Wahl oder die Chancengleichheit der Parteien beeinträchtigt. Und davon kann bei der Abschaffung der Grundmandatsklausel keine Rede sein. Im Gegenteil beeinträchtigt der Fortbestand der Klausel die Wahl- und Chancengleichheit, weil sie Parteien, die drei Wahlkreismandate errungen haben, gegenüber anderen Parteien bevorzugt, die an der Fünf-Prozent-Hürde scheitern. Nicht wenige hielten die Klausel daher bereits bislang für verfassungswidrig. Das Bundesverfassungsgericht hat sie – unter Betonung des Gestaltungsspielraums des Gesetzgebers in Wahlrechtsfragen – nur akzeptiert, weil sie dem legitimen „Anliegen einer effektiven Integration des Staatsvolks“ dienen soll⁹.

⁷ Zu diesen Aufgaben Oliver Lepsius, Rechtswissenschaft in der Demokratie, in: Der Staat 2013, S. 157 ff., <http://www.jstor.org/stable/43747962>.

⁸ Jan-Marcel Drossel, Wahlsystem und Wahlgleichheit, Tübingen 2021, S. 142.

⁹ BVerfG, Beschluss vom 17.09.1997 – 2 BvE 4/95 (BVerfGE 95, 408 [420]), <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv095408.html>.

Dass der Reformgesetzgeber nun die proporzmäßige Vertretung der Parteien im Parlament stärker gewichtet als diese (etwas diffuse) Integrationsfunktion der Grundmandatsklausel und damit zugleich einen Systembruch in seiner Neukonzeption des Wahlrechts vermeidet¹⁰, wird man schwerlich als Überschreitung seines Gestaltungsspielraums ansehen können, jedenfalls nicht, wenn man anerkennt, dass die „Entscheidung in eigener Sache“ als solche keinen Anlass zum Unbehagen gegenüber dem Parlament und noch weniger Grund zur verfassungsgerichtlichen Intervention gibt: Sie ist der demokratische Normalfall, von dem auch im Testfall der Grundmandatsklausel keine Ausnahme geboten ist.

¹⁰ Dazu Fabian Michl/Johanna Mittrop, Abschied von der Personenwahl: Der Entwurf der Ampelkoalition zur Wahlrechtsreform, Verfassungsblog vom 17.01.2023, <https://doi.org/10.17176/20230118-001820-0>.

Die Finanzierung parteinaher Stiftungen als „Entscheidung in eigener Sache“

Antje Neelen¹

Die Finanzierung parteinaher Stiftungen wird häufig als Beispielsfall für eine Entscheidung des Parlaments in eigener Sache angeführt. Ein detaillierter Blick auf die Stiftungsfinanzierung zeigt, dass der Begriff der „Entscheidung in eigener Sache“ zwar nicht gut gewählt ist, die Materie aber für die Politikfinanzierung typische Kontrolldefizite aufweist, die häufig unter diesem Label diskutiert werden. Diese Kontrolldefizite gehen Hand in Hand mit anderen, verfassungsrechtlichen Defiziten.

Kritik am Begriff der „Entscheidung in eigener Sache“

Der Begriff ist in zweifacher Hinsicht problematisch. Das wird nicht zuletzt am Beispiel der Stiftungsfinanzierung deutlich. Zum einen kann er aufgrund seiner Unbestimmtheit willkürlich verwendet werden und wird nicht selten als Kampfbegriff benutzt. Im letzten Fall dient er vor allem dazu, den Mitgliedern des Bundestags Selbstbedienung an Staatskassen zu unterstellen – so auch bei der Stiftungsfinanzierung.² Das ist nicht hilfreich. Denn so defizitär die Regelung der Stiftungsfinanzierung im Einzelnen auch sein mag, sie dient keineswegs ausschließlich den Parteien oder den Abgeordneten. Parteinaher Stiftungen leisten vor allem wichtige Arbeit in der politischen Bildung und bieten interessierten Bürger:innen den Raum, sich mit gesellschaftspolitisch relevanten Themen zu befassen. Daneben sind sie in der internationalen Zusammenarbeit aktiv und betreiben politische Forschung. Sie sind damit wichtige politische Akteure, deren Arbeit der demokratischen Gesellschaft insgesamt zugutekommt. Um eine sachbezogene Debatte über die Regelungsdefizite zu fördern, ohne die Stiftungsfinanzierung insgesamt zu diskreditieren, sollte deshalb ein anderer Begriff gefunden werden.

Zum anderen kann unter dem Label „Entscheidung in eigener Sache“ das eigentliche Problem nicht sinnvoll adressiert werden. Abgeordnete entscheiden immer auch in eigener Sache, schließlich sind sie als Bürger:innen selbst den von ihnen beschlossenen Gesetzen unterworfen. Dass selbstbetroffene Personen die Gesetze machen, ist aber kein Problem, sondern vielmehr typisch für eine Demokratie.

¹ Antje Neelen ist Doktorandin am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Geschichte des europäischen öffentlichen Rechts und Verwaltungswissenschaften (Prof. Dr. Pascale Cancik) an der Universität Osnabrück.

² Etwa *Hans Herbert von Arnim*, *Die Partei, der Abgeordnete und das Geld*, 1996, S. 25, 134, 178; *ders.*, *Der Staat als Beute*, 1993, S. 342.

Deswegen kennt das Grundgesetz auch keine Befangenheitsregeln für die Legislative. Eine gemeinwohlorientierte Entscheidung soll in der Legislative nicht durch die Distanz der Entscheidenden zur Materie erreicht werden, sondern durch den Ausgleich der gegenläufigen Interessen in einem deliberativen Prozess. Dieser wird idealerweise von der kritischen Öffentlichkeit begleitet, die in diesem Zusammenhang eine politische Kontrolle über die Entscheidenden ausübt.³

Es gibt aber Entscheidungen, an denen die Abgeordneten als Parteipolitiker:innen ein gesteigertes Interesse haben und die deswegen besonders missbrauchsanfällig sind. Das sind nicht nur Entscheidungen, die tatsächlich als „eigene Sache“ bezeichnet werden können, weil sie den Abgeordneten unmittelbar zugutekommen (Beispiel: Diäten). Vielmehr sind es alle Entscheidungen der Politikfinanzierung, die den Machterwerb und -erhalt der vorherrschenden politischen Grundströmungen betreffen, unabhängig davon, ob sie den Abgeordneten unmittelbar oder mittelbar nützen.⁴ Sie sind missbrauchsanfällig, weil die üblichen Kontrollmechanismen – gegenläufige Interessen innerhalb des Parlaments und der kritische Blick der Öffentlichkeit – ausfallen oder sehr schwach ausgeprägt sind. Es bietet sich deshalb an – wie von *Thilo Streit* vorgeschlagen – von einer Materie mit strukturellem Kontrolldefizit zu sprechen.⁵ Die Stiftungsfinanzierung ist ein Paradebeispiel für eine solche Materie.

Das Kontrolldefizit der Stiftungsfinanzierung

Alle im Bundestag vertretenen Parteien haben ein Interesse daran, dass die ihnen nahestehenden Stiftungen mit Mitteln aus dem Bundeshaushalt finanziert werden. Schließlich gehören die Partei und ihre nahestehende Stiftung derselben politischen Grundströmung an und teilen dieselben Werte und politischen Überzeugungen. Diese tragen die Stiftungen insbesondere im Rahmen ihrer Bildungsveranstaltungen in die Gesellschaft. Dadurch erfährt die jeweilige politische Grundströmung eine gesteigerte Resonanz in der Bevölkerung, was wiederum die Wettbewerbsposition der dazugehörigen Partei stärken kann.⁶ Auch das Bundesverfassungsgericht stellte in seinem jüngsten Urteil zur Stiftungsfinanzierung fest,

³ S. etwa *Sophie Schönberger*, Unabhängigkeit von sich selbst? Organisationsrechtliche Fragen bei Entscheidungen des politischen Systems in eigener Sache, in: *Julian Krüper (Hrsg.)*, Die Organisation des Verfassungsstaats, 2019, S. 191 (192 f.), m.w.N. Kritisch *Heinrich Lang*, Gesetzgebung in eigener Sache, 2007, S. 314 ff.

⁴ S. dazu *Otmar Jung*, Direkte Demokratie als Gegengewicht gegen Kartelle der herrschenden Klasse?, in: *Joachim Wieland (Hrsg.)*, Entscheidungen des Parlaments in eigener Sache, 2011, S. 81 (83); *Hans Herbert von Arnim*, Entscheidungen des Parlaments in eigener Sache, JZ 64 (2009), 813 (814 f.).

⁵ *Thilo Streit*, Entscheidung in eigener Sache, 2006, S. 179 ff.

⁶ S. dazu *Antje Neelen*, Die AfD, ihre Stiftung und das Bundesverfassungsgericht, *Verfassungsblog*, 27.10.2022, <https://doi.org/10.17176/20221027-225912-0>.

dass die Parteien von der Arbeit ihrer nahestehenden Stiftungen „erheblich profitieren“.⁷

Das gemeinsame Interesse an der finanziellen Absicherung der parteinahen Stiftungen führte in der Vergangenheit vor allem dazu, dass die Stiftungsmittel in ihrer Höhe kontinuierlich stiegen, ohne dass der steigende Finanzbedarf jemals im Bundestag hinterfragt und diskutiert worden wäre. Das liegt insbesondere daran, dass das Verfahren zur Festsetzung und Verteilung der Mittel maßgeblich von den parteinahen Stiftungen selbst gestaltet wird. Die Stiftungsfinanzierung beruht nicht auf einer spezialgesetzlichen Grundlage, sondern die Stiftungsmittel werden im Bundeshaushaltsplan veranschlagt und mit dem Haushaltsgesetz beschlossen. Die konkreten Finanzierungsvoraussetzungen ergeben sich seit 1998 vor allem aus einer „Gemeinsamen Erklärung“, die die parteinahen Stiftungen selbst verfasst haben und die der Haushaltsausschuss als Grundlage für die Veranschlagung der Mittel heranzieht. Die Höhe der Zuwendungen sowie der Verteilungsschlüssel wurden bis 2017 im Rahmen sogenannter „Stiftungsgespräche“ ausgehandelt. Dabei handelte es sich um informelle Treffen zwischen Mitarbeitenden der Stiftungen und Vertreter:innen des Bundestages sowie des Bundesministeriums des Innern, die auf Einladung der bisher geförderten parteinahen Stiftungen stattfanden. Die Ergebnisse dieser Beratungen wurden dann weitgehend unverändert in den Bundeshaushaltsplan übertragen.⁸ Die Finanzierungsvoraussetzungen und Verteilungskriterien wurden folglich nicht im Rahmen einer öffentlichkeitswirksamen Debatte im Bundestag diskutiert und kontinuierlich neu verhandelt.

Die fehlende parlamentarische Debatte führte bislang dazu, dass die Stiftungsfinanzierung auch außerhalb des Parlaments wenig Aufsehen erregte – von wenigen kritischen Stimmen aus der Politik- und Rechtswissenschaft einmal abgesehen. Eine umfassende Kontrolle durch die Öffentlichkeit ist darüber hinaus kaum möglich. Die Zuwendungen an die Stiftungen sind verstreut auf einzelne Haushaltstitel in den Einzelplänen der Bundesministerien, aus denen nicht immer klar hervorgeht, dass die parteinahen Stiftungen als Zuwendungsempfänger vorgesehen sind. Es ist also nicht ohne weiteres erkennbar, wie viel Geld den Stiftungen für welche Aufgaben zugutekommt. Die Intransparenz des dargestellten Verfahrens führt außerdem dazu, dass die Bürger:innen weder die Finanzierungsvoraussetzungen noch die Verteilungskriterien nachvollziehen können. Darüber hinaus werden sie von der Entscheidung, die Zuwendungen kontinuierlich zu erhöhen, praktisch ausgeschlossen. Dabei ist die Öffentlichkeit aufgrund des Kontrolldefizits im Parlament „die einzig wirksame Kontrolle“.⁹

⁷ BVerfG, Urteil vom 22.02.2023 – 2 BvE 3/19, Rn. 216, https://www.bverfg.de/e/es20230222_2_bve000319.html.

⁸ BVerfG, Urteil vom 22.02.2023 – 2 BvE 3/19, Rn. 7.

⁹ BVerfGE 40, 269 (327).

Eine verfassungsgerichtliche Kontrolle der Stiftungsfinanzierung ist zwar möglich, aber in ihrem Umfang begrenzt. Im Rahmen eines Organstreitverfahrens können einzelne Parteien zwar eine Verletzung ihres Rechts auf Chancengleichheit aus Art. 21 Abs. 1 Satz 1 GG rügen. Das Bundesverfassungsgericht kann in diesem Zusammenhang aber nur diejenigen Aspekte der Stiftungsfinanzierung beleuchten, die zu einer individuellen Rechtsverletzung führen. Das betrifft beispielsweise konkrete Finanzierungsvoraussetzungen oder Ausschlusskriterien. Die stetige Erhöhung der Stiftungsmittel oder die Intransparenz der Mittelfestsetzung sind hingegen keine tauglichen Gegenstände des Organstreitverfahrens. Sie könnten lediglich im Rahmen einer abstrakten Normenkontrolle vom Bundesverfassungsgericht überprüft werden. Hier sind aber die Parteien oder Stiftungen selbst nicht antragsberechtigt. Der Antrag müsste von der Bundesregierung, einer Landesregierung oder einem Viertel der Mitglieder des Bundestages gestellt werden. Die Bundesregierung, in deren Einzelplänen die Mittel in der streitbefangenen Höhe veranschlagt werden, die sich also konkludent damit einverstanden erklärt, fällt als Antragstellerin aus. Ein Antrag einer Landesregierung ist eher unwahrscheinlich, zumindest solange keines der Länder von der AfD regiert wird. Am wahrscheinlichsten wäre ein Antrag aus dem Bundestag, nämlich von einem Viertel der Abgeordneten. Da aber derzeit alle Fraktionen außer die der AfD von der Stiftungsfinanzierung profitieren, würde wohl nur letztere als Antragstellerin infrage kommen. Allerdings verfügt sie nicht über ausreichend Sitze im Parlament, um ein Viertel des Bundestages auszumachen.

Die Stiftungsfinanzierung als politisches Instrument

Die Festsetzung und Verteilung der Stiftungsmittel gingen in der Vergangenheit weitestgehend geräusch- und vor allem kritiklos über die Bühne. Solange alle Stiftungen der im Bundestag vertretenen Parteien angemessen berücksichtigt wurden, gab es keine kritischen Debatten. Alle Verantwortlichen hatten ein gemeinsames Interesse: Die Stiftungsfinanzierung sollte die parteinahen Stiftungen als Akteure der politischen Bildungsarbeit stärken und so den Einfluss der parteinahen politischen Grundströmungen insgesamt sichern.

Das gemeinsame Interesse änderte sich nur dann, wenn eine neue Partei die politische Bühne betrat und mit ihrer nahestehenden Stiftung an der Stiftungsfinanzierung partizipieren wollte. Das war erstmals in den 1980ern der Fall, als die Grünen in den Bundestag einzogen. Heute ist es die AfD, die eine Förderung der ihr nahestehenden Desiderius-Erasmus-Stiftung (DES) fordert. Aufgrund der Tatsache, dass Zweifel an der Verfassungstreue der AfD und ihrer Stiftung bestehen, möchten die etablierten Parteien die DES dauerhaft von der Finanzierung ausschließen, was ihnen bisher gelungen ist. Dabei machen sie sich das oben beschriebene Kontrolldefizit zunutze. Um die DES von der Finanzierung auszu-

schließen, wurden im Bundeshaushaltsplan 2022 alle Haushaltstitel, die die parteinahen Stiftungen begünstigen, um einen Haushaltsvermerk ergänzt. In diesem wird die staatliche Förderung von der Verfassungstreue der jeweiligen Stiftung abhängig gemacht und die DES konkludent wegen Zweifeln an ihrer Verfassungstreue von der Finanzierung ausgeschlossen.¹⁰

Der zitierte Haushaltsvermerk wurde überraschend in der Bereinigungsitzung des Haushaltsausschusses, also kurz vor Abschluss seiner Beratungen über den Haushaltsentwurf 2022, in dessen Beschlussempfehlungen aufgenommen.¹¹ In der abschließenden Beratung über das Haushaltsgesetz im Plenum des Bundestages wurde nicht mehr ausführlich darüber debattiert.¹² Die Einzelheiten des neuen Haushaltsvermerks fanden keinerlei Erwähnung oder wurden gar zur Diskussion gestellt. Es ist zudem nicht dokumentiert, wie der Haushaltsausschuss zu der gewählten Formulierung kam und auf welcher Grundlage er die DES als nicht verfassungstreu einstuft. Die anderen Fraktionen nutzen hier die Tatsache aus, dass die Debatte über den Bundeshaushaltsplan sehr komplex und zeitintensiv ist und kaum Raum bleibt, um auf einzelne Haushaltsvermerke detailliert einzugehen. Das gilt umso mehr vor dem Hintergrund, dass die Redezeit der Opposition begrenzt ist und so eine Priorisierung der Themen vorgenommen werden muss. Damit ist die Kontrolle sowohl der Opposition als auch der Öffentlichkeit eingeschränkt.

Die Beseitigung des Kontrolldefizits

Es sind zwei Wege denkbar, über die das beschriebene Kontrolldefizit aufgelöst werden kann. Für beide Wege streiten verfassungsrechtliche Argumente. Erstens muss für die Stiftungsfinanzierung eine spezialgesetzliche Grundlage geschaffen werden. Das ergibt sich bereits aus dem Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes und der dazu entwickelten Wesentlichkeitslehre.¹³ Die Erforderlichkeit eines Stiftungsgesetzes wurde auch vom Bundesverfassungsgericht in seinem zweiten Stiftungsurteil bestätigt.¹⁴ Die Regelung der Stiftungsfinanzierung in einem speziellen Gesetz kann die Kontrolldefizite in zweifacher Hinsicht ausgleichen: Zum

¹⁰ So als Haushaltsvermerk erstmals zu finden in BHH 2022, EP 05 (AA), Kap. 02, Tit. 687 27; Kap. 04, Tit. 681 11; EP 06 (BMI), Kap. 01, Tit. 685 12 und Tit. 894 12; EP 23 (BMZ), Kap. 02, Tit. 687 04.

¹¹ Vgl. Ergänzung zu den Beschlussempfehlungen des Haushaltsausschusses (8. Ausschuss) vom 25.05.2022, BT Drs. 20/1626, S. 27, 28, 37, 38, 126, sowie Bericht des Haushaltsausschusses vom 27.05.2022 (Bereinigungsitzung), BT Drs. 20/1628, S. 23, 25.

¹² Vgl. Stenografischer Bericht der 42. Sitzung des Deutschen Bundestages am 03.06.2022, Plenarprotokoll 20/42, 4199.

¹³ S. dazu *Antje Neelen*, Die AfD, ihre Stiftung und das Bundesverfassungsgericht, *Verfassungsblog*, 27.10.2022, <https://doi.org/10.17176/20221027-225912-0>.

¹⁴ BVerfG, Urteil vom 22.02.2023 – 2 BvE 3/19, Rn. 233 ff., https://www.bverfg.de/e/es20230222_2bve000319.html.

einen wären die Finanzierungsvoraussetzungen und Verteilungskriterien für die kritische Öffentlichkeit nachvollziehbar. Sie könnten nur in einem transparenten und öffentlichkeitswirksamen Gesetzgebungsverfahren geändert werden, das von einer parlamentarischen und außerparlamentarischen Debatte begleitet würde. Zwar wären die Interessen innerhalb des Parlaments auf den ersten Blick weiterhin gleichlaufend. Aber die Tatsache, dass die Öffentlichkeit kritisch auf die Entscheidung blickt, kann bereits disziplinierend wirken. Die jüngste Debatte über die Anhebung der absoluten Obergrenze der Parteienfinanzierung hat gezeigt, dass der kritische Blick der Öffentlichkeit die Fraktionen zu einer Diversifizierung der Meinungen anhält, unter anderem um den Rückhalt bei den Wähler:innen nicht zu verlieren. Zum anderen müssten sich an einem „Stiftungsgesetz“ alle parteinahen Stiftungen gleichermaßen messen lassen. Es wäre nicht mehr möglich, den politischen Gegner ohne überprüfbaren Grund und in einem intransparenten Verfahren von der Finanzierung auszuschließen.

Zweitens kann eine Deckelung der Stiftungsmittel für ein höheres Kontrollniveau sorgen. Als Vorbild kann hier die absolute Obergrenze für die Parteienfinanzierung dienen. Eine solche Obergrenze führt zu einem dazu, dass die Verteilung der dann knappen Mittel kontroverser diskutiert und ihre Verwendung besser kontrolliert wird.¹⁵ Zum anderen erhöht sie die Kontrollmöglichkeiten für die Öffentlichkeit, da eine Erhöhung der Stiftungsmittel nur noch durch Gesetzesänderung, also in einem öffentlichkeitswirksamen Verfahren möglich wäre.

Ob die Argumente des Bundesverfassungsgerichts für die Einführung einer absoluten Obergrenze (Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit sowie die Gefahr der Selbstbedienung an der Staatskasse) verfassungsrechtlich tragfähig sind, kann hier dahinstehen. Denn eine verfassungsrechtliche Erforderlichkeit, die Stiftungsmittel zu deckeln, ergibt sich bereits aus dem Grundsatz der Offenheit des politischen Willensbildungsprozesses. Dieser gebietet, dass neben etablierten Strömungen neue politische Grundströmungen entstehen und sie auch verdrängen können. Mithilfe der immensen Mittel, die den parteinahen Stiftungen zugutekommen, sind diese im Laufe der Zeit zu den bedeutendsten Akteuren der politischen Bildungsarbeit geworden. Andere intermediäre Organisationen, die nicht den Parteien nahestehen und entsprechend keine oder weniger staatliche Mittel erhalten, können mit ihnen ebenso wenig mithalten wie nicht geförderte parteinahe Stiftungen. Die stetige Erhöhung der Stiftungsmittel hat bislang dazu geführt, dass die parteinahen Stiftungen keine finanziellen Einbußen erlitten haben, obwohl die ihnen nahestehenden Parteien Stimmverluste verzeichnet haben.¹⁶ Während beispielsweise die CDU und SPD an Zuspruch verlieren, bleibt die

¹⁵ So auch *Markus Kasseckert*, Finanzierung parteinaher Stiftungen, DSI-Rundschreiben (4/2022), 6. Mai 2022, S. 26.

¹⁶ Anschaulich dargestellt bei *Kasseckert* (Fn. 15), S. 8 ff.

Finanzkraft der Konrad-Adenauer-Stiftung und Friedrich-Ebert-Stiftung gleichbleibend groß. Sie können ihre Bildungsarbeit ohne große Einbußen weiterführen, obwohl die nahestehenden Parteien, von denen sie ihre Förderungswürdigkeit ableiten, zunehmend an Bedeutung verlieren. Damit sichert der Staat auf Dauer die Wettbewerbsposition der parteinahen Stiftungen zu Lasten anderer intermediärer Organisationen und nicht etablierter Parteien. Eine Deckelung der Mittel kann zumindest teilweise verhindern, dass die parteinahen Stiftungen im Vergleich zu ihren Konkurrenten – unerheblich ob parteinah oder parteifern – künstlich groß gehalten werden.¹⁷

Der Gesetzgeber hat also die Chance, mit der Schaffung der ohnehin erforderlichen spezialgesetzlichen Grundlage weitere verfassungsrechtliche sowie demokratietheoretische Defizite zu beseitigen. Hoffentlich nutzt er sie.

¹⁷ So auch *Gerald Kretschmer/Heike Merten/Martin Morlok*, Wir brauchen ein „Parteistiftungsgesetz“, ZG 2000, 41 (54), die davon sprechen, dass der politische Prozess „in Abhängigkeit von den gesellschaftlichen Kräften“ gehalten werden muss.

Passing Electoral Laws

Amal Sethi¹

Laws governing electoral issues (hereinafter electoral laws) are vital to representation in a democracy and its existence. This short post outlines why and how electoral laws should be subject to higher approval requirements and heightened judicial review.

The Importance of Electoral Laws

In many jurisdictions, elections are the only opportunity for people to voice concerns and participate in policymaking². Nonetheless, those in power are infamous for limiting and/or manipulating people's voices³. This is as old a story as it gets. An interesting case comes from 18th century England. Several electoral districts in England got depopulated over time and were left with a handful of eligible voters – at times less than 50. Colloquially referred to as “rotten boroughs”, the aforementioned electoral districts were deliberately retained⁴ in their depopulated state to privilege influential landlords. Extant voters in rotten boroughs were tenants of a single landlord who exercised significant control over them. Since elections in those times were conducted via open ballots, the landlord knew who their tenants voted for. As a result, landlords could compel tenants to vote for themselves or their preferred representative. Before the Reform Act 1832, 140 out of 658 parliamentary seats⁵ represented rotten boroughs.

This was the precursor to modern-day gerrymandering, i.e., manipulating electoral districts to create an undue advantage for a party(s). While gerrymandering is primarily associated with the USA⁶, it is a frequent phenomenon⁷ in other

¹ Dr. Amal Sethi ist Senior Research Fellow an der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg.

² Amit Ahuja and Pradeep Chhibber, “Why the Poor Vote in India: ‘If i Don’t Vote, i Am Dead to the State’,” *Studies in Comparative International Development* 47, no. 4 (December 1, 2012): 389-410, <https://doi.org/10.1007/s12116-012-9115-6>.

³ Sarah Birch, “Electoral Malpractice”, *Comparative Politics*, Oxford, 2011, online edn, Oxford Academic, May 24, 2012, <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199606160.001.0001>.

⁴ Hillary Burlock, “Rotten Boroughs. ECPPEC,” May 17, 2023, <https://ecppecc.ncl.ac.uk/features/rotten-boroughs/>.

⁵ Britannica, The Editors of Encyclopaedia, “rotten borough”, *Encyclopedia Britannica*, Invalid Date, <https://www.britannica.com/topic/rotten-borough>.

⁶ Julia Kirschenbaum/Michael Li, “Gerrymandering Explained”, *Brennan Center for Justice*, <https://www.brennancenter.org/our-work/research-reports/gerrymandering-explained>.

⁷ Ferran Martínez i Coma/Ignacio Lago, “Gerrymandering in Comparative Perspective,” *Party Politics* 24, no. 2 (March 2018): 99-104, <https://doi.org/10.1177/1354068816642806>.

jurisdictions. However, gerrymandering is not the only way to manipulate elections. Today several other sophisticated tactics⁸ are utilized. At the simplest level, it begins with making it difficult for certain sections of the populace to vote. To do so, those in power can complicate obtaining voter IDs, imposing stringent voter eligibility requirements, reducing the number of voting stations, disallowing vote-by-mail, and decreasing voting times. At a more extreme level, entire electoral systems are designed to privilege certain groups at the expense of others.

Tactics such as gerrymandering and voter suppression can damage the legitimacy of a democracy, as those in power do not adequately represent the populace. A lack of representation is one of the primary reasons for the global decline in trust in democratic institutions⁹. Beyond impacting the legitimacy of a democracy, these tactics are also used to subvert democracy. As Cheeseman and Klass state¹⁰, “*The smartest way to rig an election is to do so before the ballots have even been printed.*” Today, democracy is not just a system where everyone merely has the right to vote – even people in North Korea have voting rights¹¹. Instead, what separates a democracy from a non-democracy is the rotation of power (or at least a realistic ability to remove those in power)¹². In the absence of rotation of power, a polity witnesses widespread deterioration¹³.

Leaders in every corner of the world are manipulating elections, making it almost impossible to dislodge them. Hungary is a case many readers of *Verfassungsblog* would be familiar with: Scheppele illustrates¹⁴ that Orbán’s Fidesz party and their coalition partners are regularly able to win elections because of an illiberally disproportionate electoral system aided by a heavily gerrymandered country. Election monitors in the recent 2022 election stated that “*there is a significantly unequal distribution of registered voters amongst the constituencies, with up to 33*

⁸ ACLU, “Block the Vote: How Politicians Are Trying to Block Voters from the Ballot Box”, *American Civil Liberties Union*, August 17, 2021, <https://www.aclu.org/news/civil-liberties/block-the-vote-voter-suppression-in-2020>.

⁹ Jonathan Perry, “Trust in Public Institutions: Trends and Implications for Economic Security”, *UN/DESA Policy Brief #108*, <https://www.un.org/development/desa/dspd/2021/07/trust-public-institutions/>.

¹⁰ Nic Cheeseman/Brian Klaas, “How to Steal an Election in Broad Daylight. Foreign Policy”, May 21, 2018, <https://foreignpolicy.com/2018/05/21/how-to-steal-an-election-in-broad-daylight/>.

¹¹ “North Koreans Vote in ‘No-Choice’ Parliamentary Elections,” *BBC News*, March 10, 2019, <https://www.bbc.com/news/world-asia-47492747>.

¹² Steven Levitsky/Lucan A. Way, “Elections Without Democracy: The Rise of Competitive Authoritarianism”, *Journal of Democracy* 13, no. 2 (2002): 51-65, <https://doi.org/10.1353/jod.2002.0026>.

¹³ Hermann Giliomee/Charles Edward Wickens Simkins, “The Awkward Embrace: One-Party Domination and Democracy”, Taylor & Francis, 1999.

¹⁴ Kim Lane Scheppele, “How Viktor Orbán Wins”, *Journal of Democracy* 33, no. 3 (2022): 45-61, <https://www.journalofdemocracy.org/articles/how-viktor-orban-wins/>.

*percent deviation, at odds with the principle of equal suffrage.*¹⁵ This election rigging makes it highly difficult for voters to dislodge¹⁶ Orban.

Electoral laws are thus vital to both the maintenance and survival of democracy. Nevertheless, electoral laws are problematic because they are designed and implemented by their beneficiaries, politicians. Evidently, politicians are likely to prioritize their interests over democracy and its affiliated values. It would be extremely challenging to argue that non-political actors or independent institutions should design election laws. This would create problems and issues related to democratic defects. However, a case can certainly be made for designing the process of passing electoral laws to facilitate their optimality and democratic computability.

Higher Approval Requirements For Electoral Laws

In more jurisdictions than not, electoral laws can be passed and reformed through a simple majority in the legislature. A significant reason for this is that most constitutions¹⁷ frequently allow ordinary legislation to impact the specifications of electoral systems. This means that unless a polity has a minority government, electoral laws can be passed with little compromise or obstruction. This contrasts significantly with other essential facets of democracy, such as human rights and the powers of the governmental branches, which frequently require constitutional amendments to be altered. While it can be argued that the calibration processes of amendment rules across many jurisdictions require rethinking, in most societies with written constitutions, constitutional amendments require higher legislative approval. This does mandate a degree of compromise with diverse political actors – including often from across political aisles.

Few things can impact ‘the people’s ability to choose their representatives and vote them out’ more than the laws governing elections. Given their democratic significance, why should electoral laws be created the same way as ordinary law? Though it could be argued that written constitutions should cover all election-related matters since then, we can ensure that altering electoral rules would require a constitutional amendment. Frequently that is an impractical option considering how detailed electoral laws are.

¹⁵ OSCE, International Election Observation Mission, Hungary, Parliamentary Elections and Referendum, Statement of Preliminary Findings and Conclusions, April 3, 2022, Page: 6, https://www.osce.org/files/f/documents/4/6/515111_1.pdf.

¹⁶ “A Wild Gerrymander Makes Hungary’s Fidesz Party Hard to Dislodge”, *The Economist*, April 2, 2022, <https://www.economist.com/graphic-detail/2022/04/02/a-wild-gerrymander-makes-hungarys-fidesz-party-hard-to-dislodge>.

¹⁷ “Elections – Constitute”, <https://www.constituteproject.org/topics/elections>.

Nonetheless, some alternative options exist. When it comes to electoral laws, I contend that it should be a *sin quo non* for polities to at least adopt either of these two options: First, designate electoral laws in the category of organic laws¹⁸ or other similar special categories. Organic laws lay down foundational matters of a polity and generally have higher requirements for approval and modification. Second, formally recognize a separate type of law known as “electoral laws”, having stricter approval requirements in legislatures. Although defining the precise contours of what constitutes electoral laws is beyond the scope of this short post, it would be imperative to define its scope – preferably within constitutions – and do so broadly. Electoral laws should include all laws that in any way concern elections, including the regulation and financing of political parties.

Organic laws covering electoral matters and requiring higher approval are seen in civil law jurisdictions like France and Spain¹⁹ and a handful of other systems²⁰ inspired by these jurisdictions. Likewise, special categories of laws with distinct approval requirements also exist. For example, in Belgium, legislation concerning institutional matters and competencies of the communities and regions require qualified majorities²¹ for their passing. Similarly, special categories such as “money bills”²² are present in many common law countries with approval requirements different (albeit lower) from ordinary laws. Hence, though not ubiquitous, the proposal for separate approval requirements for electoral laws is not extremely radical in the grand scheme of things.

Regarding the precise higher requirements for passing electoral laws, at a bare minimum, passing them should require qualified majorities, which could ensure some negotiation and compromise with opposition political parties. Nevertheless, the rise of anti-democratic populist parties in countries like Hungary and Turkey demonstrates that such requirements might not always be sufficient. Temporary spurts in popularity – aided by peculiar existing electoral rules and institutional design – frequently see anti-democratic populist parties obtaining a high number of seats in legislatures. This allows them to bypass the requirements of a qualified majority unilaterally. Conversely, scholars have argued that qualified majorities²³

¹⁸ “Legal Definition of ORGANIC LAW,” <https://www.merriam-webster.com/legal/organic+law>.

¹⁹ Boldizsár Szentgáli-Tóth, „Organic laws and the principle of democracy in France and Spain”, <https://core.ac.uk/download/pdf/323469923.pdf>.

²⁰ Read about “Organic Laws” on Constitute, <https://www.constituteproject.org/constitutions?key=orglaw>.

²¹ Special Law, Encyclopedia, Science News & Research Reviews, <https://academic-accelerator.com/encyclopedia/special-law>.

²² UK Parliament, Glossary “Money bills”, <https://www.parliament.uk/site-information/glossary/money-bills/>.

²³ Adem Abebe, “The (Il)legitimacy of Constitutional Amendments in Africa and Democratic Backsliding”, in: Richard Albert/Jaclyn L Neo/Kevin YL Tan, “Constitutional Amendment and Legitimacy” (Forthcoming), January 13, 2022, <https://papers.ssrn.com/abstract=4008355>.

are often insufficient to prevent misuse. A better alternative option might be utilizing comparable approval procedures for electoral laws that Thailand uses for constitutional amendments²⁴. For an amendment to be approved in Thailand, it requires at least 20 percent votes from legislators not part of the governing coalition. Such provisions guarantee that even if a coalition – for whatever reason – crosses a qualified majority threshold, they still need to negotiate with a certain number of opposition actors. Several similar creative solutions can be considered to ensure greater inclusion and compromise.

While not wholly eliminating misuse of electoral laws, such requirements can reduce their frequency. At the bare minimum, these requirements might prevent a ruling coalition from unilaterally remaking the democratic process to suit their ambitions for power at the expense of other parties and the democratic process. Moreover, there is anecdotal empirical evidence from general constitution-making processes, as seen here²⁵, here²⁶, and here²⁷, concerning how group inclusion and compromise can enhance democratic features in a polity and how a lack of the same diminishes results in opposite outcomes.

Although the proposed solutions will make updating electoral systems more arduous, I believe that it is a justifiable cost considering the importance of a free and fair electoral process.

A Heightened Role For Courts

When laws relating to elections have higher approval requirements, the ruling coalition might likely attempt to pass electoral laws by selectively including electoral topics in other, more mundane bills. In a very different context, we already have examples of the same. In India, the ruling BJP government does not have enough seats in the upper house of the parliament to pass legislation without multi-partisan support. Therefore, they changed the campaign finance provisions

²⁴ “Thailand’s Constitution of 2017”, [constituteproject.org](https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/103607/132859/F-1348511433/THA103607%202019.pdf), January 29, 2019, <https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/103607/132859/F-1348511433/THA103607%202019.pdf>.

²⁵ Ana María Bejarano/Renata Segura, “The Difference Power Diffusion Makes: Explaining Divergent Outcomes in Colombia (1990–1991) and Venezuela (1998–1999)”, in: G. Negretto (Ed.), “Redrafting Constitutions in Democratic Regimes: Theoretical and Comparative Perspectives”, August 29, 2020: 131-54, <https://doi.org/10.1017/9781108885287.008>.

²⁶ Gabriel L. Negretto/Mariano Sánchez-Talanquer, “Constitutional Origins and Liberal Democracy: A Global Analysis, 1900–2015”, *American Political Science Review* 115, no. 2 (May 2021): 522-36, <https://doi.org/10.1017/S0003055420001069>.

²⁷ Todd A. Eisenstadt/Tofigh Maboudi, “Being There Is Half the Battle: Group Inclusion, Constitution-Writing, and Democracy”, *Comparative Political Studies* 52, no. 13 (November 2019): 2135-70, <https://doi.org/10.1177/0010414019830739>.

by sneaking new legislation into the finance act²⁸ – an act that can be passed as a money bill. In India, money bills are not required to go through both houses of the legislature as opposed to other bills, which are subject to bicameralism’s constraints. Similar cases are bound to arise in the regime proposed above. Today’s autocrats have mastered the art of wielding the law in abusive ways²⁹ to forward their agendas. Therefore, some external oversight is necessary. Arguably, this is where courts can step in.

At the outset, I acknowledge that courts have proved to be an inefficient check on would-be-autocrats – mainly due to the realities of the institutional politics of actors without the powers of the purse and sword³⁰. In the case of India mentioned above, the Supreme Court frequently allowed the BJP government to pass ostensibly non-monetary bills as money bills³¹. Nonetheless, this certainly does not mean we should give up on courts – at least theoretically. Therefore, courts could (and should) have a role in ensuring that all electoral issues are passed with higher approval requirements. In doing so, they should resolve any doubts in favor of requiring a higher approval threshold. Generally, I have cautioned against over-reliance on courts³², but providing courts with a veto over passing electoral laws could be a desirable use of judicial oversight. Even if courts have not demonstrated effectiveness, allowing them to police electoral laws at least gives them a fighting chance. They might be able to step in during the early stages of a polity’s democratic decline before authoritarian restrictions curtail them.

Beyond procedural matters, courts also have a role in substantive issues. At times, larger democratic parties work together to decrease the representativeness of politics. For example, large status-quo parties can collaborate to increase their hegemony at smaller parties’ expense or make it difficult for new parties to emerge. In an advanced democracy like Germany, some of these issues have recently occupied the headlines and caught the attention of legal scholars³³. This is

²⁸ Tarunabh Khaitan, “Killing a Constitution with a Thousand Cuts: Executive Aggrandizement and Party-State Fusion in India”, *Law & Ethics of Human Rights* 14, no. 1 (May 1, 2020): 49-95, <https://doi.org/10.1515/lehr-2020-2009>.

²⁹ Kim Lane Scheppele, “Autocratic Legalism”, *The University of Chicago Law Review*, <https://lawreview.uchicago.edu/print-archive/autocratic-legalism>.

³⁰ Georg Vanberg, “Constitutional Courts in Comparative Perspective: A Theoretical Assessment”, *Annual Review of Political Science* 18, no. 1 (May 11, 2015): 167-85, <https://doi.org/10.1146/annurev-polisci-040113-161150>.

³¹ Rohan Venkataramakrishnan, “Aadhaar Judgment: Why the Supreme Court Has Once Again Opened up the ‘Money Bill’ Question”, Scroll.in, November 14, 2019, <https://scroll.in/article/943680/aadhaar-judgment-why-the-supreme-court-has-once-again-opened-up-the-money-bill-question>.

³² Amal Sethi, “Taking the Constitution Away from the Supreme Court of India”, *National Law School of India Review* 33, no. 1 (January 1, 2021), <https://repository.nls.ac.in/nlsir/vol33/iss1/1>.

³³ Uwe Volkmann, “Wahlrechtsänderung mit einfacher Mehrheit?”, *Verfassungsblog*, January 16, 2023, <https://doi.org/10.17176/20230117-001548-0>.

another area where judicial intervention could be supported. Moreover, the theorization of the American law professor, John Hart Ely³⁴, might be relevant in such areas. Ely envisions a vital role for courts in ensuring that the channels of political participation remain open and protecting minorities that the ordinary political process might neglect. Today, Ely's views have migrated beyond America's borders³⁵. It might be prudent for courts to examine electoral laws with an Elyian lens and ensure that these laws do not prevent political participation or discriminate against minorities. In doing so, a case can also be made that in evaluating electoral laws, courts should always apply strict standards of scrutiny and demand that elected branches explain why passing specific electoral laws are necessary and would not result in negative democratic consequences.

Lastly, relating to courts, it could be contended that, akin to France³⁶, any law relating to elections be referred to and approved by the respective court before they are promulgated. While entirely not against it, in the age of 'judicialization of mega-politics'³⁷, I would caution against adopting pre-enactment review as a universal requirement. In jurisdictions with extremely powerful courts, this could result in over-judicializing election issues in a manner that is not desirable in a democracy and/or over-exacerbating the tensions between the judicial and elected branches.

The Way Forward

While the suggestions throughout this article would not wholly prevent the manipulation of electoral processes, they could certainly strengthen democratic safeguards.

Moreover, while this short post considered electoral laws, other related areas might also require attention. Arguably, the most important of these areas is the conduct of elections. Although, as stated above, electoral manipulation often happens far before the actual elections. However, election-day misconduct is too commonplace³⁸ to ignore entirely. While arguing for non-political actors to design electoral laws would likely be too radical, there is a strong case for

³⁴ "Democracy and Distrust – A Theory of Judicial Review", 1981.

³⁵ Rosalind Dixon/Michaela Hailbronner, "Ely in the world: The global legacy of Democracy and Distrust forty years on", *International Journal of Constitutional Law*, Volume 19, Issue 2, April 2021: 427-438, <https://doi.org/10.1093/icon/moab041>.

³⁶ Boldizsár Szentgáli-Tóth, „Organic laws and the principle of democracy in France and Spain”, <https://core.ac.uk/download/pdf/323469923.pdf>

³⁷ Ran Hirschl, "The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts", *Annual Review of Political Science* 11, no. 1 (June 1, 2008): 93-118, <https://doi.org/10.1146/annurev.polisci.11.053006.183906>.

³⁸ Patrick Gathara, "Electoral Fraud and Fake Democracies Are a Global Problem", *Financial Times*, January 27, 2019.

independent election commissions overseeing the electoral process. Such cases are frequently made³⁹ and have even had a significant impact on real-world practice. Nevertheless, many electoral oversight institutions have not necessarily made⁴⁰ it harder to manipulate elections. Therefore, perhaps the design of independent election commissions is a pressing question that should also be examined in detail.

In conclusion, I hope all stakeholders investigate and uncover the best ways to make our election processes democratic and resilient.

³⁹ Mark Tushnet, “Institutions for Protecting Constitutional Democracy: An Analytic Framework, with Special Reference to Electoral Management Bodies”, *Asian Journal of Comparative Law* 16(S1) (December 2021): S10-S22, <https://doi.org/10.1017/asjcl.2021.27>.

⁴⁰ Nic Cheeseman/Jørgen Elklit, “Understanding and Assessing Electoral Commission Independence: a New Framework”, WFD (September 2020), https://www.wfd.org/sites/default/files/2022-01/WFD_A-new-framework-for-understanding-and-assessing-electoral-comission-independence.pdf.

Österreich als Insel der Seligen?

Entscheidungen des Parlaments in eigener Sache als rechtspolitischer Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers

Teresa Radatz¹

In Deutschland findet schon seit Jahrzehnten ein Diskurs statt, der bei seinem österreichischen Nachbarn anklopft, aber nicht wirklich angekommen ist: Jener über Entscheidungen des Parlaments in eigener Sache. Der fehlende rechtspolitische Diskurs lässt auf den ersten Blick vermuten, dass österreichische Abgeordnete nicht in eigener Sache entscheiden, sondern stets zum Gemeinwohl aller: Ist Österreich eine Insel der Seligen? Nüchtern betrachtet offenbart sich jedoch ein anderes Bild. Entscheidungen des Parlaments in eigener Sache ergehen auch in der Alpenrepublik – sie werden nur nicht nach denselben strengen Maßstäben wie in Deutschland durch das BVerfG kontrolliert. Eine wirkliche Debatte bleibt daher aus. Eckpunkte, Unterschiede und einige Beispiele sollen hier kurz dargestellt und mögliche Ursachen für diese zwei Welten eruiert werden.

Der wissenschaftliche Diskurs über Entscheidungen des Parlaments in eigener Sache spitzt sich bekanntlich auf jene Gesetzesbeschlüsse zu, in denen lediglich politische Parteien und die ihnen zugehörigen Parlamentarier:innen bzw. Politiker:innen betroffen sind. Im Bereich des Wahlrechts schaffen sich politische Parteien, die im Parlament vertreten sind, die „Spielregeln“ selbst. Auch in der Politikfinanzierung entscheiden politische Parteien über ihre Förderungen und das Gehalt ihrer Amtsträger:innen im Alleingang. Einerseits besteht dadurch die Gefahr der Selbstbereicherung und der mangelnden Ausgestaltung von Transparenz- und Kontrollregelungen, andererseits die Gefahr einer für die Demokratie schädigenden Kartellbildung.

Garantie, dass Recht über Macht steht

Eine Kontrolle durch die Öffentlichkeit oder durch die Medien erweist sich bei Entscheidungen des Parlaments in eigener Sache als nicht wirkungsvoll genug. Zwar bezeichnet das BVerfG die Öffentlichkeit als „einzige wirksame Kontrolle“². Gerade bei Kartellentscheidungen ist es der Öffentlichkeit jedoch unmöglich, bei der nächsten Wahl alle politischen Parteien abzuwählen. Neben der Öffentlichkeit

¹ Teresa Radatz war Universitätsassistentin am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht der Universität Wien.

² BVerfGE 40, 296 (327), <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv040296.html>.

können die Medien eine gehaltvolle Rolle einnehmen und Druck auf den Gesetzgeber ausüben. Aufheben kann eine Entscheidung in eigener Sache aber letztlich nur ein Verfassungsgericht, welches als einzig tauglicher Kontrolleur verbleibt.

Der Kontrollmaßstab, den ein Verfassungsgericht dabei anzulegen hat, hängt vom Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers ab. Die Verfassung macht dem Gesetzgeber im Rahmen seiner Gestaltungsmöglichkeiten Vorgaben und sieht Schranken vor, sie überlässt ihm ansonsten aber einen gewissen Spielraum. Das letzte Wort, wie weit dieser Spielraum geht, hat der „Schlussstein im Gebäude des Rechtsstaats“, der die „Verfassungsmäßigkeit allen Staatshandelns gewährleisten und garantieren soll, dass das Recht über Macht steht“ – das Verfassungsgericht³.

Das Ausmaß des Gestaltungsspielraums wird durch die „verfassungsrechtliche Bindung“ des Gesetzgebers im Einzelfall bedingt: Je strenger die verfassungsrechtlichen Vorgaben im konkreten Fall, desto dichter ist der Kontrollmaßstab eines Verfassungsgerichts und desto kleiner der gesetzgeberische Gestaltungsspielraum. Im Umkehrschluss führt eine reduzierte „verfassungsrechtliche Bindung“ zu einer verringerten Kontrolldichte eines Verfassungsgerichts, wodurch sich der gesetzgeberische Gestaltungsspielraum vergrößert⁴.

Unterschiedliche Kontrollmaßstäbe

Mit Blick auf die ausbleibende Debatte zur Thematik in Österreich stellt sich die Frage, ob das Grundgesetz dem deutschen Gesetzgeber bei Entscheidungen in eigener Sache mehr Schranken setzt als das Bundes-Verfassungsgesetz dem österreichischen Gesetzgeber? Oder legt das Bundesverfassungsgericht die vorgegebenen Maßstäbe strenger aus als der Verfassungsgerichtshof?

In Österreich wie in Deutschland ist das Parlament verfassungsrechtlich für die Gesetzgebung in Materien möglicher Entscheidungen in eigener Sache zuständig. Was den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers anbelangt, so sind die deutschen Bestimmungen den österreichischen im Wesentlichen sehr ähnlich: In Bezug auf die Ausgestaltung des Wahlrechts geben Art. 26 Abs. 1 B-VG⁵ und Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG⁶ den Rahmen vor. Beide sehen etwa den Grundsatz der gleichen Wahl vor; der Grundsatz der Verhältniswahl ist jedoch nur in Österreich als Ver-

³ Berka, Verfassungsrecht. Grundzüge des österreichischen Verfassungsrechts für das juristische Studium⁸ (2021), Rn. 987.

⁴ Vgl. dazu Dopplinger/Mörth, Rechtspolitischer Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers und Margin of Appreciation: zwei Seiten einer Medaille?, JPR 2022, 240 (259).

⁵ Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) BGBl. I/1930 (WV), <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=bundesnormen&Gesetzesnummer=10000138>.

⁶ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949 (BGBl. S. 1), zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 82) vom 19. Dezember 2022 (BGBl. I S. 2478), <https://www.gesetze-im-internet.de/gg/BjNR000010949.html>.

fassungsbestimmung verankert. Dem Bundesgesetzgeber ist jeweils die nähere Ausgestaltung des Wahlverfahrens überlassen (Art. 26 Abs. 7 B-VG und Art. 38 Abs. 3 GG). Im Parlamentsrecht ist in beiden Verfassungsordnungen vorgesehen, dass der Gesetzgeber die Geschäftsordnung selbst beschließt (Art. 30 Abs. 2 B-VG und Art. 40 Abs. 1 Satz 2 GG).

In Deutschland regelt die Rechtsverhältnisse politischer Parteien neben den Vorgaben des Art. 21 GG das Bundesgesetz näher (Art. 21 Abs. 5 GG). In Österreich kommen politische Parteien im B-VG nicht vor, allerdings regelt § 1 Abs. 1 PartG⁷ als Verfassungsbestimmung ihre Existenz. § 3 PartG, ebenso als Verfassungsbestimmung konzipiert, gibt den Rahmen für die Höhe und Aufteilung der Parteienförderung vor und bestimmt, dass das konkrete Ausmaß der Förderung im Bund durch einfaches Gesetz zu regeln ist; umgesetzt im Parteien-Förderungsgesetz 2012⁸ (PartFörG).

Eine Verpflichtung der Parteien, über Herkunft und Verwendung der Mittel sowie über ihr Vermögen öffentlich Rechenschaft zu geben, wie es Art. 21 Abs. 1 GG vorsieht, enthält die österreichische Verfassungsordnung nicht. Offenlegungspflichten wurden in Österreich als einfachgesetzliche Bestimmungen festgelegt (nun in § 5 PartG ff.), wohlgermerkt erst ein gutes Jahrzehnt nach Einführung der Parteienförderung.

Obwohl die verfassungsrechtlichen Vorgaben sehr ähnlich, wohl nahezu gleich sind, legen die beiden Verfassungsgerichte ihre jeweiligen Kontrollmaßstäbe bei Entscheidungen des Parlaments in eigener Sache unterschiedlich streng an. Nachfolgende österreichische Beispiele aus den Bereichen des Wahlrechts sowie der Parteien- und Stiftungsfinanzierung sollen die Unterschiede mit Ausblick nach Deutschland aufzeigen.

Gleiches Wahlrecht ≠ gleicher Erfolgswert

Es liegt im rechtspolitischen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers das Wahlrecht auszugestalten. Abgesehen davon, dass die Regelungen den Vorgaben des Art. 26 B-VG entsprechen müssen, dürfen sie zum sonstigen Wesensgehalt der Bundesverfassung in keinem Widerspruch stehen. Ansonsten ist der einfache Gesetzgeber bei der Erlassung der Nationalrats-Wahlordnung „ungebunden“⁹.

⁷ Bundesgesetz über die Finanzierung politischer Parteien (Parteiengesetz 2012 – PartG) BGBl I 2012/56, <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=bundesnormen&Gesetzesnummer=20007889>.

⁸ Bundesgesetz über die Förderung des Bundes für politische Parteien (Parteien-Förderungsgesetz 2012 – PartFörG) BGBl I 57/2012, <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=bundesnormen&Gesetzesnummer=20007891>.

⁹ VfSlg 3.653/1959, https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Vfgh/JFT_19591212_59W001_3_00/JFT_19591212_59W001_3_00.pdf.

Machtpolitische Erwägungen, wie sie das BVerfG¹⁰ anstellt, lässt der VfGH bei seiner Prüfung außen vor.

Das Problem der Erfolgswertgleichheit, das in Deutschland Tür und Tor zu Diskussionen über das Wahlsystem geöffnet hat, stellt sich in Österreich trotz Verankerung eines Verhältniswahlrechts in der Verfassung – so zumindest der VfGH – nicht. Grundmandat¹¹ und Sperrklausel¹² musste der österreichische Gesetzgeber daher nicht in dem Ausmaß rechtfertigen wie der deutsche. Denn „[...] zu verlangen, daß jeder Stimme die gleiche Kraft, der gleiche Nutz oder Erfolgswert zukommen müsse, fällt außerhalb des Grundsatzes der Gleichheit des Wahlrechts, ja außerhalb des Bereiches der Möglichkeit. Kein Wahlsystem und besonders nicht das Verhältniswahlsystem [...] kann einen solchen Nutz- oder Erfolgswert verbürgen“¹³.

Dies sieht das BVerfG bekanntlich anders. Gerade bei einem Verhältniswahlsystem verlangt es, dass „jeder Wähler mit seiner Stimme auch den gleichen Einfluss auf die Zusammensetzung der zu wählenden Vertretung haben muss“¹⁴. Ausnahmen sind möglich, sofern ein zwingender Grund sie rechtfertigt¹⁵. Einen Grundsatz der Chancengleichheit leitet der VfGH, anders als das BVerfG¹⁶, im Bereich des Wahlrechts aus der Verfassung jedenfalls nicht ab. Die Grenze der Wahlrechtsmodifikationen sah der VfGH¹⁷ jedoch überschritten, als bei der Salzburger Landtagswahl 1994 Bestimmungen über die Wahlbezirkseinteilung und die Mandatsverteilung zu einer Annäherung an ein Mehrheitswahlrecht führten.

Unlimitierte Parteienfinanzierung

In Deutschland¹⁸ macht die Stiftungsfinanzierung den Großteil der staatlichen Politikförderung aus, in Österreich¹⁹ die Parteienförderung. Anders als in

¹⁰ BVerfGE 120, 82 (113), <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv/120082.html>.

¹¹ VfSlg 12.647/1991, https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Vfgh/JFT_10089772_90W0I012_00/JFT_10089772_90W0I012_00.pdf.

¹² VfSlg 18.036/2006, https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Vfgh/JFT_09938788_06W00I05_00/JFT_09938788_06W00I05_00.pdf.

¹³ VfSlg 1.381/1931, https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Vfgh/JFT_19310113_30W0I_12_00/JFT_19310113_30W0I_12_00.pdf.

¹⁴ BVerfGE 129, 300 (318), <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv/129300.html>.

¹⁵ BVerfGE 82, 322 ff., <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv/082322.html>.

¹⁶ BVerfGE 120, 82 (105), <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv/120082.html>.

¹⁷ VfSlg 14.035/1995, https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Vfgh/JFT_10049699_94G00266_00/JFT_10049699_94G00266_00.pdf.

¹⁸ *Henrike Roßbach/Robert Roßmann*, Geldregen für parteinahe Stiftungen: Kritik vom Bund der Steuerzahler, *Süddeutsche Zeitung*, 24.05.2022, <https://www.sueddeutsche.de/politik/bund-der-steuerzahler-parteinaher-stiftungen-1.5590564>.

¹⁹ Der Standard, Inflation sorgt für kräftiges Plus bei Parteienförderung, 19.01.2023, <https://www.derstandard.at/story/2000142715939/inflation-sorgt-fuer-kraeftiges-plus-bei-parteienfoerderung>.

Deutschland wurden dem Gesetzgeber in Österreich keine verfassungsgerichtlichen Schranken in Bezug auf die Höhe der Parteienförderung gesetzt, weshalb er diese wiederholt aufstocken konnte²⁰.

Laut BVerfG fehlt es dem Gesetzgeber bei der Regelung der staatlichen Parteienfinanzierung an einem „korrigierenden Elemen[t] gegenläufiger politischer Interessen“²¹. Deshalb hat es den rechtspolitischen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers stark eingeschränkt und sehr konkrete Vorgaben mittels der Grundsätze der Staatsfreiheit und der Chancengleichheit aus der Verfassung abgeleitet. So gibt das BVerfG neben einer absoluten und relativen Obergrenze²² der Parteienförderung auch Verteilungsmaßstäbe vor²³, die den Gesetzgeber verpflichten, den Erfolg einer Partei nicht nur nach ihrem Wahlerfolg, sondern auch nach der Summe der erzielten Mitgliedsbeiträge und eingeworbenen Spenden zu berücksichtigen. Außerdem muss in Deutschland der Mindeststimmenanteil bei einer Wahl laut BVerfG deutlich unter der Sperrklausel liegen, um an der staatlichen Parteienfinanzierung zu partizipieren. Die Vorgabe von 2,5 % der abgegebenen Stimmen war dem BVerfG zu hoch. Mit 0,5 % der Stimmen sei aber jedenfalls ein Nachweis der Ernsthaftigkeit der Wahlkampf Bemühungen, auf die es für die Teilhabe an der damaligen Wahlkampfkostenerstattung ankam, erbracht²⁴.

Während das BVerfG eine Art von „Befangenheit“ des Gesetzgebers bei der Ausgestaltung der Politikfinanzierung somit thematisiert und anerkennt, sind dem VfGH solche Befunde fremd. Wie bereits erwähnt, musste der österreichische Gesetzgeber eine Erhöhung der Parteienförderung, welche mehrmals schon stattgefunden hat, auf verfassungsgerichtliches Geheiß noch nie genau abwägen oder begründen (anders BVerfG²⁵).

Auffällig ist, dass der VfGH nur eine Chancengleichheit zwischen den bereits im Parlament vertretenen Parteien anerkennt, nicht gegenüber Parteien außerhalb des Parlaments. Der Gesetzgeber hat bei der Ausgestaltung des Anspruchs auf staatliche Parteienfinanzierung daher keine konkreten Verteilungsmaßstäbe zu bedenken. Wenn er sich im Rahmen seines rechtspolitischen Gestaltungsspielraumes dafür entscheidet, die Parteienförderung nach dem Wahlerfolg einer Partei zu verteilen und nur die im Nationalrat vertretenen politischen Parteien zu fördern, ist dies nach Ansicht des VfGH nicht zu beanstanden²⁶. Ebenso liegt es laut

²⁰ Hubert Sickinger, Politisches Geld: Parteienfinanzierung und öffentliche Kontrolle in Österreich (2013) 142 ff.

²¹ BVerfGE 85, 264 (292), <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv085264.html>.

²² BVerfGE 85, 264 (289 ff.), <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv085264.html>.

²³ BVerfGE 85, 264 (292, 295), <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv085264.html>.

²⁴ BVerfGE 24, 300 (342), <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv024300.html>.

²⁵ BVerfGE 85, 264 ff., <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv085264.html>.

²⁶ VfSlg 11.944/1989, https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Vfgh/JFT_10109773_88A00015_00/JFT_10109773_88A00015_00.pdf.

VfGH im Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers, ob er für nicht im Parlament vertretene Parteien, die bei einer Wahl eine bestimmte Stimmenanzahl erreichen, eine staatliche Parteienfinanzierung vorsieht oder nicht. Parteien, die bei einer Nationalratswahl mindestens 1 % der gültigen Stimmen erreicht haben und gemäß § 1 Abs. 3 PartFörG einen Anspruch auf eine – wenn auch geringere und einmalige – Förderung haben, dürften sich demnach beim Gesetzgeber für diese Gunst bedanken.

Allerdings ist der rechtspolitische Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers auch für den VfGH nicht gänzlich unbegrenzt. Einschränkungen gab es beispielsweise, als der Kärntner²⁷ und der Salzburger²⁸ Landesgesetzgeber die Spielregeln der Parteienfinanzierung während der laufenden Legislaturperiode änderten. In Salzburg wurde die bisherige Berechnung der Parteienförderung nach der Anzahl der bei der letzten Wahl errungenen Mandate auf eine Berechnung nach den aktuellen Mitgliedern einer Partei im Landtag umgestellt. Der VfGH argumentiert in diesen Fällen zwar mit der Chancengleichheit politischer Parteien, ausschlaggebend war indes vielmehr der Grundsatz des Vertrauensschutzes. Hält der VfGH doch im Salzburger Fall fest, dass die aufgehobene Regelung für künftige Gesetzgebungsperioden vorgesehen werden kann – was der Salzburger Gesetzgeber in der nächsten Legislaturperiode sodann umsetzte²⁹.

Unlimitierte Stiftungsfinanzierung

In Österreich nennt man politische Stiftungen Parteiakademien. Deren staatliche Förderung ist anders als in Deutschland gesetzlich geregelt, und zwar im Publizistikförderungsgesetz 1984³⁰ (PubFG). Eine Parteiakademie ist förderungsbe-rechtigt, wenn sie von einer im Nationalrat vertretenen politischen Partei mit Klubstärke (mindestens fünf Abgeordnete) als der von ihr bestimmte Förderungs-werber bezeichnet wird (§ 1 Abs. 1 Z 3 PubFG). Eine Art „Beständigkeit“ einer Partei, bevor sie Anspruch auf Förderung einer ihr zugehörigen Parteiakademie hat, empfand der österreichische Gesetzgeber als nicht notwendig. Anders ist

²⁷ VfSlg 18.603/2008, https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Vfgh/JFT_09918991_07G00255_00/JFT_09918991_07G00255_00.pdf.

²⁸ VfSlg 20.168/2017, https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Vfgh/JFT_20170614_17G00062_00/JFT_20170614_17G00062_00.pdf.

²⁹ Salzburger Landes-Verfassungsgesetz 1999 (L-VG) LGBl 25/1999 i.d.F. LGBl 26/2018, <https://www.ris.bka.gv.at/eli/lgl/SA/2018/26/20180207?Abfrage=LgblAuth&Lgblnummer=26%2f2018&Bundesland=Salzburg%20&BundeslandDefault=Salzburg&FassungVom=&SkipToDocumentPage=True&ResultFunctionToken=15318c9e-ca29-4ab3-b426-aa6118e67a08>.

³⁰ Bundesgesetz über die Förderung politischer Bildungsarbeit und Publizistik 1984 (Publizistikförderungsgesetz 1984 – PubFG) BGBl 369/1984, <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=bundesnormen&Gesetzesnummer=10000784>.

dies in Deutschland, wo eine Vertretung im Bundestag über mindestens zwei Legislaturperioden erforderlich ist³¹.

Vorgaben zur Ausgestaltung der Förderung konnte es vom VfGH bisher keine geben. Soweit ersichtlich wurde die Förderung durch das PubFG nämlich noch nie vor dem VfGH bekämpft. Zwar gibt es in Österreich kein umfassendes Organstreitverfahren wie in Deutschland (zuletzt etwa BVerfG-Urteil zur Stiftungsfinanzierung), was den Zugang zum Höchstgericht erschwert. Selbst wenn die bisherige Regelung auf einem anderen Weg vor den VfGH gelangen sollte, ist es angesichts der zurückhaltenden Judikatur des VfGH zur Parteienförderung, die deutlich mehr Steuergelder beansprucht, mehr als fraglich, ob er konkrete Vorgaben aufgestellt hätte. Begründungspflichten in Bezug auf die Höhe der Förderung, wie sie wohl nun auch für die Stiftungsfinanzierung in Deutschland gefordert werden könnten³², sucht man in Österreich folglich vergebens. (Ob eine Vorbildwirkung des PubFG für eine nun erforderliche deutsche Regelung³³ gegeben ist, wird hier³⁴ thematisiert.)

Judicial activism vs. judicial self-restraint

Wie die Beispiele gezeigt haben, legen die beiden Höchstgerichte ihren Prüfungsmaßstab unterschiedlich an. Die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen sind indes ähnlich: Neben weitgehend gleichartigen verfassungsrechtlichen Vorgaben hinsichtlich der hier behandelten Materien, beruhen beide Verfassungsgerichte auf dem Konzept der zentralisierten Normenkontrolle. Zudem geben weder die deutsche noch die österreichische Verfassung dem jeweiligen Verfassungsgericht vor, bei Entscheidungen des Parlaments in eigener Sache einen strengeren Prüfungsmaßstab anzulegen.

Die beiden Höchstgerichte leiten aus den jeweiligen verfassungsrechtlichen Vorgaben im Kern unterschiedliche Grundsätze und in der Folge Maßstäbe für den Gesetzgeber ab. Dem BVerfG schreibt man demzufolge *judicial activism* zu, dem

³¹ Bestätigt durch BVerfG, Urteil vom 22.02.2023 – 2 BvE 3/19, Rn. 244, https://www.bverfg.de/es20230222_2bve000319.html.

³² Alexander Hobusch, Das Ende der „Schattenfinanzierung“ parteinaher Stiftungen: Eine Einordnung der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Stiftungsfinanzierung, Verfassungsblog, 23.02.2023, <https://doi.org/10.17176/20230223-185152-0>.

³³ BVerfG, Urteil vom 22.02.2023 – 2 BvE 3/19, LS 2, Rn. 233 ff., https://www.bverfg.de/es20230222_2bve000319.html.

³⁴ Katharina Leusch, Mehr Fortschritt wagen in der Stiftungsfinanzierung: Warum das österreichische Gesetz zur Regelung parteinaher Stiftungen ein Vorbild für den deutschen Gesetzgeber sein könnte, Verfassungsblog, 11.11.2022, <https://doi.org/10.17176/20221111-215707-0>.

VfGH *judicial self-restraint*. Letztlich entscheidet ein Gericht selbst, ob es zurückhaltend oder aktivistisch urteilt. Nicht zuletzt hängt diese Stilfrage von den jeweiligen Persönlichkeiten an der Richter:innenbank ab³⁵.

Der VfGH hat bereits gezeigt, dass er sich nicht strikt an seine rechtspositivistische Schule hält. In seiner älteren Rechtsprechung war *judicial self-restraint* zwar ein „Leitmotiv“, gab er den Wertungen des Gesetzgebers bewusst Vorrang und hielt seine eigenen zurück³⁶. Mit dem Einfluss der Rechtsprechung des EGMR wurde er aber vor allem in grundrechtlichen Fragen „aktiver“, insbesondere bei der Auslegung des Gleichheitssatzes³⁷. Der *judicial self-restraint* existiert jedoch weiterhin dort, „wo sich der VfGH nicht in politische Kämpfe einmischen möchte.“³⁸

Legitimationsproblem oder Notwendigkeit?

Das BVerfG hingegen mischt sich ein, obwohl es sich den Grundsatz des *judicial self-restraint* selbst auferlegte³⁹. Durch die von ihm in einigen Fällen geübte „Maßstabsbildung“ und die darin enthaltenen oft sehr konkreten Vorgaben zur Auslegung grenzt es den Gesetzgeber in seinem Gestaltungsspielraum ein⁴⁰. Dieser Konflikt zwischen Legislative und Judikative läuft auf einen Konflikt zwischen Verfassungsgerichtsbarkeit und Demokratieprinzip hinaus. Die nicht vom Volk gewählte Judikative schränkt die Entscheidungsmacht des durch Wahlen legitimierten Repräsentationsorgan des Volkes ein. Folglich erscheinen diese beiden Grundsätze (Verfassungsgerichtsbarkeit und Demokratieprinzip) zunächst diametral. Geht man nun aber von einem pluralistischen Demokratieverständnis aus, das auch dem deutschen Grundgesetz zugrunde liegt, verschafft das BVerfG dem Demokratieprinzip sogar Geltung, indem es die Macht der Mehrheit beschränkt und Minderheiten schützt⁴¹.

Dem BVerfG ist seine Rolle als Wettbewerbshüter des politischen Prozesses durchaus bewusst. Es hat eine mannigfaltige Dogmatik zum politischen Wettbewerb in unterschiedlichen Bereichen vom Wahlrecht bis zur Politikfinanzierung

³⁵ Andreas Wimmer, Von „gelungenen“ und „misslungenen“ Entscheidungen in den ersten 100 Jahren des Verfassungsgerichtshofes, ZöR 2021, 143 (149).

³⁶ Harald Eberhard, Judicial activism und judicial self restraint in der Judikatur des VfGH, in Bernat u.a. (Hrsg.), Festschrift für Christian Kopetzki (2019) 141 (150).

³⁷ Vgl. Eberhard in Bernat u.a. (Fn. 36), 146 ff.

³⁸ Eberhard in Bernat u.a. (Fn. 36), 151.

³⁹ BVerfGE 36, 1 (14), <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv036001.html>.

⁴⁰ Siehe i.d.F. Jan-Marcel Drossel, Das letzte Wort des Bundesverfassungsgerichts – Ein undemokratischer Mechanismus?, in Elser u.a. (Hrsg.), Das letzte Wort – Rechtssetzung und Rechtskontrolle in der Demokratie (2014) 255 (257 f.) m.w.N.

⁴¹ Drossel in Elser u.a. (Fn. 40), 257 ff. m.w.N.

entwickelt⁴². Während das BVerfG seine verfassungsrechtlichen Kontrollmaßstäbe ausreizt bzw. nach mancher Ansicht auch ausweitet⁴³, legt der VfGH seinen Maßstab sehr eng an und wagt bei Entscheidungen des Parlaments in eigener Sache bisher keinen *judicial activism*, den man ihm in anderen, vor allem grundrechtlichen Angelegenheiten, schon das eine oder andere Mal zuschreiben konnte (z.B. Ehe für alle⁴⁴, Drittes Geschlecht⁴⁵). Es entsteht ein gewisses Spannungsfeld zwischen einer zu exzessiven Nutzung der Normenkontrolle und einer zu ausgeprägten Reserviertheit⁴⁶.

Zwar ist es verständlich, wenn Höchstgerichte Zurückhaltung üben, um nicht in den „Sog des politischen Kampfgeschehens“ zu geraten⁴⁷. Allerdings kann ein „zu wenig“ auch nicht der Weisheit letzter Schluss sein. Ein Verfassungsgericht hat zweifelsfrei einen gewissen Spielraum bei der Auslegung der Verfassungsbestimmungen. Die Chance eines gerechten Ausgleich ist bei Entscheidungen des Parlaments in eigener Sache nach dem Ermessen eines Verfassungsgerichts aber wohl um ein Vielfaches höher als bei einem von Eigen- und Machtinteressen befangenen Gesetzgeber⁴⁸. Fehlt es am „korrigierenden Element gegenläufiger politischer Interessen“⁴⁹ ist der Rechtsprechung ein *judicial activism* demnach erlaubt, wenn nicht sogar geboten⁵⁰. Während man dem BVerfG, gerade in seiner oft sehr konkreten Maßstabbildung, zu etwas mehr Zurückhaltung raten darf, gilt für den VfGH – möchte er seine Rolle als Wettbewerbshüter des politischen Prozesses nicht verschmähen – das Gegenteil.

⁴² Niels Petersen, Verfassungsgerichte als Wettbewerbshüter des politischen Prozesses, in *Elser u.a.* (Fn. 40), 59 (62 und 66).

⁴³ Z.B. *Thilo Streit*, Entscheidung in eigener Sache (2006) 207 f.

⁴⁴ VfSlg 20.225/2017, https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Vfgh/JFT_20171204_17G00258_00/JFT_20171204_17G00258_00.pdf.

⁴⁵ VfSlg 20.258/2018, https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Vfgh/JFT_20180615_18G00077_00/JFT_20180615_18G00077_00.pdf.

⁴⁶ *Drossel* in *Elser u.a.* (Fn. 40), 273.

⁴⁷ *Wimmer* (Fn. 35), 152.

⁴⁸ Vgl. *Hans Herbert von Arnim*, Entscheidungen des Parlaments in eigener Sache: Das Problem ihrer gerichtlichen Kontrolle, DÖV 2015, 537 (546), https://www.uni-speyer.de/fileadmin/Ehemalige/Hans_Herbert_von_Arnim/2015_8_17_DOEV.pdf.

⁴⁹ BVerfGE 85, 264 (292), <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv085264.html>.

⁵⁰ *Martin Morlok*, Das BVerfG als Hüter des Parteienwettbewerbs, NVwZ 2005, 157 (157).

Wackliges Parteienkartell

Entscheidungen in eigener Sache in Österreich

Christoph Konrath¹/Marcelo Jenny²

Die Formulierung „Entscheidungen in eigener Sache“ ist in Österreich weder in der Rechts- noch in der Politikwissenschaft gebräuchlich. Die damit umschriebenen Elemente der Rechtsordnung und des politischen Systems werden jedoch seit langem diskutiert³, besonders im Kontext der Kombination von Konkordanzdemokratie und der dominanten Rolle der politischen Parteien, die für Österreich typisch ist. Seit den 1990er-Jahren verlieren diese beiden Elemente an Einfluss. „Entscheidungen in eigener Sache“ lassen sich nicht mehr bloß mit Verweis „auf die Rechtslage“ rechtfertigen. Im Anschluss an eine kurze Beschreibung der „Rechtslage als Argument“ skizzieren wir die Debatten und Entwicklungen am Beispiel der Parteienfinanzierung und der Fraktionen (Klubs) und Ausschüsse im Nationalrat.

Kelsens fairer Wettkampf

Das österreichische politische System ist durch die Gründung der Republik 1918 und ihre Wiedererrichtung 1945 durch die politischen Parteien geprägt, deren Existenz als selbstverständlich vorausgesetzt wurden. Die Bedeutung der politischen Parteien spiegelt sich in Kelsens realistischer Demokratietheorie⁴ wider. Das Problem der „Entscheidungen in eigener Sache“ scheint er hingegen nicht gesehen zu haben. Für ihn stehen das Wechselspiel von Mehrheit und Minderheit und die politische Ethik des Kompromisses im Vordergrund. Sie sollen Garanten eines fairen Wettkampfs sein.

Diese Perspektive auf Parteien und Politik ergänzt ein Verständnis von Rechtsanwendung im Bereich der Staatsorganisation, das sich skeptisch gegenüber Abwägungs- und Wertentscheidungen zeigt⁵. Folglich soll es eine der Aufgaben des

¹ Dr. Christoph Konrath ist Jurist und Politikwissenschaftler und leitet die Abteilung Parlamentswissenschaftliche Grundsatzarbeit in der österreichischen Parlamentsdirektion.

² Prof. Mag. Dr. Marcelo Jenny ist Professor für Politikwissenschaft an der Universität Innsbruck mit den Schwerpunkten Wahlen, Parteien und politische Kommunikation.

³ Stelzer, Akzeptanz oder Inkorporation? Zur Einbindung der politischen Parteien in die österreichische Rechtsordnung, *Österreichische Juristenzeitung* 2007, 807.

⁴ Lagi, Kelsen's Realistic Theory of Modern Democracy, *Österreichische Zeitschrift Für Politikwissenschaft* 51, no. 3 (September 30, 2022): 22–31, <https://doi.org/10.15203/ozp.3783.vol51iss3>.

⁵ Wiederin, Denken vom Recht her. Über den modus austriacus in der Staatsrechtslehre, in: Schulze-Fielitz (Hrsg.), *Staatsrechtslehre als Wissenschaft*, Berlin 2007, 293.

Verfassungsrechts sein, festzustellen, wo die Grenzen des „verfassungsrechtlich nicht determinierten politischen Handlungs- und Entscheidungsspielraum[s] der betroffenen Organe [verlaufen], in den verfassungsgerichtlich nicht einzudringen ist.“⁶ Mit anderen Worten: Politische Fragen und Konflikte können nur politisch gelöst werden. Solange es eine verfassungsrechtliche Grundlage gibt, besteht kein Anlass, über verfassungs- oder demokratiepolitische Fragen zu diskutieren. Deutlich erkennbar wird das auch und gerade in den Auseinandersetzungen, die seit 2010 über den wachsenden Zugriff des Unionsrechts auf Regelungsbereiche im parlamentarischen Kontext geführt werden. Das betrifft insbesondere den Rechtsschutz bei Eingriffen in die Datenschutzrechte Dritter im Rahmen der Nutzung parlamentarischer (Kontroll-)Instrumente⁷ und Maßnahmen zur Bekämpfung von Korruption, die auch Abgeordnete erfassen sollen⁸. In all diesen Fällen wird nur auf Grundlage der bestehenden Rechtslage argumentiert. Es werden keine theoretischen oder demokratiepolitischen Begründungen gegeben.

Kartellparteien bei Katz und Mair

Vor diesem Hintergrund überrascht es nicht, dass politische Parteien überhaupt erst 1975⁹ in der Rechtsordnung anerkannt, und die Regelungen erst 2012¹⁰ konkretisiert wurden. Bis 2012 stand nur die staatliche Finanzierung im Mittelpunkt. Die innere Organisation von Parteien blieb ungeregelt. Das erlaubte es, im Parteien- und Wahlrecht primär die eigene Organisation im Blick zu haben und nicht auf allgemeine Erwartungen der Bürger:innen einzugehen. Insoweit kann es nicht verwundern, dass die einflussreichen Arbeiten von Richard S. Katz und Peter Mair zu Parteien und politischem Wettbewerb Anleihen an Österreich genommen haben¹¹.

⁶ Struth, Organstreitigkeiten, in: Grabenwarter et al (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in der Zukunft – Zukunft der Verfassungsgerichtsbarkeit, Wien 2021, 3 (16 f.).

⁷ Siehe dazu die Beiträge in Parlamentsdirektion (Hrsg.), Fachtagung: Datenschutz im Bereich der Gesetzgebung, Wien 2022, https://www.parlament.gv.at/dokument/fachinfos/publikationen/Publikation_Fachtagung_Datenschutz_2022.pdf.

⁸ Vgl. exemplarisch dazu Parlamentskorrespondenz Nr. 1010 vom 04.10.2023: EU-Unterausschuss kritisiert Vorschlag zur Aufhebung der Immunität von Abgeordneten und fordert Beibehaltung nationaler Regelungen, https://www.parlament.gv.at/aktuelles/pk/jahr_2023/pk1010.

⁹ Bundesgesetz vom 2. Juli 1975 über die Aufgaben, Finanzierung und Wahlwerbung politischer Parteien (Parteiengesetz), Fassung vom 02.07.1975, https://ris.bka.gv.at/Dokumente/BgblPdf/1975_404_0/1975_404_0.pdf.

¹⁰ Parteiengesetz 2012, Fassung vom 09.09.2023, <https://ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=20007889>.

¹¹ Katz/Mair, Changing models of party organization and party democracy: the emergence of the cartel party, *Party Politics* 1995 (1): 5-28; Katz/Mair, *Democracy and the cartelization of political parties*, Oxford 2018.

Sie argumentieren, dass bestehende Parteien als Kartell agieren würden, wenn sie über Maßnahmen entscheiden, die den Eintritt neuer Parteien in den politischen Wettbewerb erleichtern oder erschweren. Staatliche Parteienförderung kann ein Schutz vor Konkurrenz sein. Heute bildet die staatliche Parteienförderung in Österreich eine bedeutsame, für manche Parteien die wichtigste Finanzierungsquelle ihrer Aktivitäten. Sie orientiert sich am Wahlergebnis und belohnt Parteien nach Anzahl der erzielten Stimmen oder Mandate. Sie finanziert so ihren organisatorischen Fortbestand bis zur nächsten Wahl und ermöglicht es, Mittel für den nächsten Wahlkampf anzusparen. Neue wahlwerbende Parteien sind dagegen auf Mitgliedsbeiträge, Spenden oder Kredite angewiesen. Das Argument, dass staatliche Parteienfinanzierung tendenziell konservierend auf ein Parteiensystem wirkt, ist daher plausibel.

Schwache Schutzmauern

Aus der größeren zeitlichen Perspektive betrachtet, hat sich der postulierte konservierende Effekt staatlicher Parteienfinanzierung auf das Parteiensystem Österreichs allerdings als zu schwach erwiesen, um die Wähler:innenerosion bei den etablierten Parteien aufzuhalten¹². Es gibt kaum eine Demokratie, deren Parteiensystem in den letzten Jahrzehnten nicht große Veränderungen erlebte. Die „in eigener Sache“ errichteten regulatorischen und finanziellen Schutzmauern gegen neue Konkurrenten waren zu niedrig, zu schwach und sogar kontraproduktiv, um Wahlerfolge neuer Parteien zu verhindern. Sie boten Wahlkampfangen für die benachteiligten neuen bzw. aufstrebenden Parteien, was österreichische Wahlkämpfe seit Mitte der 1980er-Jahre zeigen.

Die Interessen der bestehenden Parteien bei solchen Entscheidungen harmonisieren häufig weniger als es die Kartellthese erwartet. Eine neue Partei gefährdet die Aussichten der bestehenden Parteien auf Wahlerfolg und Regierungsbeteiligung in ungleicher Weise. Handelt es sich um eine neue Rechtspartei, ist die Gefahr auf dem Wähler:innenmarkt für eine linke Partei geringer als für andere und eine neue Partei kann deren Chancen, stärkste Partei zu werden, sogar erhöhen.

In Österreichs Geschichte finden wir zwei Beispiele: 1949 befürwortete die SPÖ die Zulassung des Verbandes der Unabhängigen (VdU) zur Nationalratswahl (noch unter alliierter Verwaltung), um die ÖVP zu schwächen¹³. 1993 spaltete sich eine Gruppe von Nationalratsabgeordneten der FPÖ ab und gründete das

¹² Müller et al., Party Responses to the Erosion of Voter Loyalties in Austria, in: Mair et al. (Hrsg.), Political parties and electoral change: party responses to electoral markets, London 2004, 145-178; Jenny, Parteien und Parteiensystem, in: Prapotnik/Perloth (Hrsg.), Politik in Österreich, Wien 2022, 101-128.

¹³ Höbelt, Von der vierten Partei zur dritten Kraft: die Geschichte des VdU, Graz/Stuttgart 1999.

Liberales Forum. Damit waren Auftritt- und Kommunikationsmöglichkeiten gegeben, die keine Neugründung außerhalb des Parlaments erwarten konnte. Die Ermöglichung dieser Abspaltung war letztlich von den Perspektiven der anderen Parteien und deren Erwartungen für die nächsten Wahlen geprägt.

Neue Konkurrenz und internationale Entwicklungen

2011 legte die Staatengruppe des Europarats gegen Korruption (GRECO) einen sehr kritischen Bericht über das Parteienrecht und die Parteienfinanzierung in Österreich vor¹⁴. Fast zeitgleich kam es zur Gründung zweier neuer Parteien (Team Stronach und NEOS), die über die Unterstützung finanzstarker Gründer (Team Stronach) oder Spender:innen (NEOS) aus der Wirtschaft verfügten. Zugleich ging NEOS sehr offen damit um und machte Transparenz und Veränderung des Parteienstaats zu zentralen politischen Themen. Die absehbare neue Wettbewerbssituation hatte Einfluss auf die Reformen, die GRECO einforderte: Größere Transparenz bei den Finanzierungsquellen von Parteien durch Meldung von Spenden ab einer gewissen Höhe an den Rechnungshof, ausführlichere Rechenschaftsberichte der Parteien sowie die Begrenzung der Wahlkampfausgaben auf maximal 7 Mio. Euro für den Intensivwahlkampf brachten einen Regulierungsschub im österreichischen Parteienrecht. Den Erfahrungen anderer Länder mit der Regulierung von Parteienfinanzierung und Wahlkampf entsprechend folgte ein Ausloten und ein Ausnutzen noch bestehender Regulierungslücken oder sogar der massive Verstoß gegen die Wahlkampfkostenbegrenzung seitens der ÖVP bei der Nationalratswahl 2017, weil die finanzielle Sanktion geringer war als der Nutzen aus dem Wahlerfolg. Neuerliche Reformen¹⁵ des Parteiengesetzes waren die Folge.

Bei diesen Reformen hat sich gezeigt, dass die Parteien nicht die einzigen relevanten Akteure sind, wenn es um „Entscheidungen in eigener Sache“ geht. Gerade weil Medien und zivilgesellschaftliche Akteur:innen¹⁶, aber auch der Rechnungshof¹⁷ ein Risiko gesehen haben, dass eigennutzorientierte Entscheidungen getroffen werden könnten, brachten sie sich stark in die Debatten ein. Ihre normativen

¹⁴ GRECO, Dritte Evaluierungsrunde, Evaluierungsbericht über die Transparenz der Parteienfinanzierung in Österreich, Greco Eval III Rep (2011) 3E, <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016806c6554>.

¹⁵ Radatz, Parteienfinanzierung „am Rechnungshof vorbei“ – die Krux mit der nahestehenden Organisation, zeitschrift für kritik | recht | gesellschaft 2023 (1): 40-47, <https://doi.org/10.33196/juridikum202301004001>.

¹⁶ Forum Informationsfreiheit (FOI) – Bürgerrechts-NGO Für Staatliche Transparenz, <https://www.informationsfreiheit.at/>.

¹⁷ Der Rechnungshof, Rechnungshof legt Vorschlag für ein wirksames Parteiengesetz vor, https://www.rechnungshof.gv.at/rh/home/news/news/news_2/Rechnungshof_legt_Vorschlag_fuer_ein_wirksames_Parteien.html.

Erwartungen dürften die Richtung und Ausgestaltung der entstandenen Reformen mitbeeinflusst haben. Dazu gehört die Idealvorstellung einer politischen Partei, die Organisation und Wahlkampf aus Mitgliedsbeiträgen und Kleinspenden finanziert, aber keine Zuwendungen in Form von Großspenden erhält.

Die Wahlkampfkostenbegrenzung, ihre schrittweise stärkere Überwachung und Sanktionierung hat auch Einfluss auf innerparteiliche Verhältnisse. Während mit den Wahlreformen seit den 1990er-Jahren Anreize geschaffen wurden, finanzielle Mittel für einen personalisierten Wahlkampf von Kandidat:innen um Vorzugsstimmen zu sammeln und auszugeben, ist dies mit der Wahlkampfkostenbegrenzung für große Parteien mit ihren hunderten Kandidat:innen bei einer Nationalratswahl zum Problem geworden. Für die Kandidierenden lässt der Freibetrag von 15.000 Euro für den persönlichen Wahlkampf nur noch wenig Spielraum im Wettbewerb um Vorzugsstimmen.

Parlament und Parteien

Die Beispiele zur Entwicklung der Parteienfinanzierung stehen im engen Zusammenhang mit Entwicklungen im Parlamentarismus. Hier lassen sich ganz ähnliche Handlungslogiken und Reaktionen auf Erwartungen von außen beobachten.

Das Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) kennt (wie lange das Parteienrecht) keine inhaltliche Bestimmung des Parlaments (z.B. als oberstes Staatsorgan oder Vertretung des Volks). Der Zugriff des Verfassungsgerichtshofs (VfGH) ist auf jene Regeln der Geschäftsordnung beschränkt, die Verfassungsnormen über das Gesetzgebungsverfahren näher ausführen¹⁸. Der Rechtsschutz ist in Österreich auf jene Handlungsformen beschränkt, die das B-VG definiert. Parlamentarische Akte oder Akte der Gesetzgebung, wie sie in Österreich genannt werden, zählen grundsätzlich nicht dazu. Nur im Zusammenhang mit Untersuchungsausschüssen des Nationalrats sind seit 2014 einzelne Streitverfahren vorgesehen. Anders als in Deutschland können inhaltliche und politische Ansprüche an das Parlament nur in öffentlichen Debatten gestellt werden.

Aber auch hier müssen wir vorsichtig sein. Denn der VfGH hat 1932 in einer bis heute maßgeblichen (und parlaments-skeptischen) Entscheidung¹⁹ betont, dass jede Handlungsform von Nationalrat und Bundesrat eine verfassungsrechtliche

¹⁸ VfGH, Erkenntnis vom 16.03.2001 – G150/00, https://ris.bka.gv.at/Dokumente/Vfgh/JFT_09989684_00G00150_00/JFT_09989684_00G00150_00.pdf. Siehe im Überblick zu dieser Rechtsprechung Rattinger, Parliamentary Rules of Procedure as a Guideline for the Constitutional Review of Laws, in: Parlamentsdirektion (Hrsg.), Parliaments and Constitutional Courts, Wien 2022, 164-172, https://www.parlament.gv.at/dokument/fachinfos/publikationen/Parliaments-and-Constitutional-Courts_2022.pdf.

¹⁹ VfGH, Entscheidung vom 04.06.1932 – G1/32; V2/23, https://ris.bka.gv.at/Dokumente/Vfgh/JFT_19320604_32G00001_00/JFT_19320604_32G00001_00.pdf.

Grundlage benötige. Eine weitere Einschränkung ergibt sich aus Art. 30 Abs. 2 B-VG, wonach die Geschäfte des Nationalrates nur auf Grund eines besonderen Bundesgesetzes, des Geschäftsordnungsgesetzes des Nationalrates, geführt werden dürfen. Es kann nur mit 2/3-Mehrheit geändert werden.

Das heißt, dass jede parlamentsbezogene Frage zur Verfassungsfrage werden kann, und dass auch jede Anpassung der Geschäftsordnung eine Fülle technischer Fragen mit sich bringt. Im Zusammenspiel mit dem Erfordernis qualifizierter Mehrheiten führt das zu rechtlich und politisch aufgeladenen Verhandlungen, die oft mit Auseinandersetzungen in anderen Politikfeldern verknüpft werden²⁰. Die politischen Debatten, die sich immer wieder um die Anwendung der Verfahrensregeln drehen, werden sogar als „Geist der Geschäftsordnung“ bezeichnet²¹.

Wer verhandelt mit?

Unter solchen Bedingungen ist entscheidend, wer die Möglichkeit haben soll, an Verhandlungen teilzuhaben. In allen österreichischen Parlamenten lautet die Antwort: nur die Klubs (Fraktionen). Sie sind faktisch, und seit den 1970er-Jahren in zunehmender Weise auch rechtlich, die Fortsetzung der politischen Parteien im Parlament. Da sich Partei- und Klubführungen in der Regel decken, ist ihr Einfluss auf die interne Organisation beider und besonders auf die Wahllistenerstellung sehr hoch²². In den parlamentarischen Koordinationsgremien, den Präsidialkonferenzen, sind immer die drei Präsident:innen einer Kammer bzw. eines Landtags und die Klubobleute vertreten. Wer keinen Klub bilden kann oder keinem (mehr) angehört, bleibt ausgeschlossen. Die Klubs allein besetzen die Ausschüsse, und nur die Klubs haben die Möglichkeiten, an den zuvor beschriebenen Verhandlungen mitzuwirken.

Hier finden wir wieder eine lange Geschichte der „Selbstverständlichkeit“ und viele Parallelen zur Entwicklung der Parteien. Erst als sich die von zwei Parteien dominierten Parlamente Österreichs ab Ende der 1980er-Jahre zu verändern begannen, setzte auch eine stärkere Formalisierung der Kluborganisation, der Klubfinanzierung und eine Absicherung ihrer Privilegierung in den Geschäftsordnungen ein. Diese war aber zunächst durchaus minderheitenfreundlich: Wer einen parlamentarischen Klub bilden konnte, sollte mitwirken können. Womit man damals allerdings nicht gerechnet hatte, war, dass sich Klubs spalten können. Die Abspaltung des Liberalen Forums von der FPÖ 1993 war auch in dieser Hinsicht

²⁰ Konrath, *Parlamentarische Opposition in Österreich: Recht und Praxis in Zeiten eines fragmentierten Parteiensystems*, ZParl 2017, 557-574.

²¹ Zögernitz, *Nationalrat-Geschäftsordnung*, 4. Auflage, Wien 2020, 1.

²² Müller, *Austria: Imperfect Parliamentarism but Fully-fledged Party Democracy*, in: Strøm/Müller/Bergman (Hrsg.), *Delegation and Accountability in Parliamentary Democracies*. Oxford, 2003, 221.

rechtlich und politisch umstritten. Sie kreiste um die Frage, wer Anspruch auf das parlamentarische Mandat hat – die Partei oder der einzelne Abgeordnete²³.

Diese Problematik wurde auch 2012 aktuell. Die Antwort war eine Beschränkung der Klubgründung²⁴ auf lediglich 30 Tage nach der Konstituierung des Nationalrates und eine stärkere Bindung des Klubs an die Wahlpartei (in deren Form politische Parteien bei Wahlen antreten). Daran hielt man fest, obwohl damals auch sichtbar wurde, dass die parlamentarischen Koordinations- und Verfahrensregeln (insbesondere jene über die Redezeit in Plenarsitzungen) dysfunktional werden können, sollte ein signifikanter Anteil an Abgeordneten nach einem Austritt oder Ausschluss nicht mehr einem Klub angehören.

Die Hürde für eine Klubgründung im Nationalrat ist weiterhin niedrig: Es genügen 5 von 183 Abgeordneten (2,7%). Jede Partei, die bei einer Nationalratswahl die Repräsentationsschwelle von bundesweit mehr als 4% der gültigen Stimmen erreicht, besitzt somit auch Klubstärke.²⁵

Der Einfluss der Klubs zeigt sich besonders bei der Mitgliedschaft in den parlamentarischen Ausschüssen. In jedem österreichischen Parlament können nur Abgeordnete, die einem Klub angehören, in Ausschüssen mitwirken (in den Landtagen, wo die Schwellen für die Gründung viel höher sind, sind daher Abgeordnete kleiner Parteien oft ausgeschlossen). Allein die Klubs bestimmen, wer wann in den Ausschuss darf. Es gibt keine Vorgaben für die Größe und die Zuständigkeiten der Ausschüsse im Gesetzgebungsprozess. Die Aufteilung der Ausschusssitze²⁶ an die Klubs erfolgt auf Grundlage des Verfahrens nach D'Hondt. Damit hängt es von der Festlegung der Mitgliederzahl eines Ausschusses ab, ob auch kleine Klubs mit wenigstens einer oder einem Abgeordneten in einem Ausschuss vertreten sind. Die Ausschussgröße wird durch eine Mehrheitsentscheidung festgelegt. Auch das kann kleine Parteien in ihren Möglichkeiten der parlamentarischen Mitarbeit beschneiden. Auf Bundesebene hat dies zusätzliche Bedeutung, weil die Besetzung zahlreicher Gremien vom Nationalen Sicherheitsrat²⁷ bis zum Stiftungsrat des öffentlichen Rundfunks²⁸ an die „im Hauptausschuss des Nationalrats vertretenen Parteien“ anknüpft.

²³ Dazu und zum Folgenden Konrath, *Parlamentarische Opposition in Österreich: Recht und Praxis in Zeiten eines fragmentierten Parteiensystems*, ZParl 2017, 557 (573 f.).

²⁴ § 7 Bundesgesetz über die Geschäftsordnung des Nationalrates, https://www.parlament.gv.at/verstehen/nationalrat/rechtsgrundlagen/GOGNR/gog01_P1-8/index.html#P7.

²⁵ Theoretisch kann eine Partei mit weniger als 4% nationalem Stimmenanteil, aber hoher regionaler Konzentration ihrer Stimmen, ein oder zwei Regionalwahlkreismandate erzielen und ohne Klubstärke im Nationalrat vertreten sein. Dieser Fall ist bisher noch nicht eingetreten.

²⁶ § 32 Bundesgesetz über die Geschäftsordnung des Nationalrates, https://www.parlament.gv.at/verstehen/nationalrat/rechtsgrundlagen/GOGNR/gog06_P29-41/index.html#P32.

²⁷ Errichtung eines Nationalen Sicherheitsrates § 3, <https://ris.bka.gv.at/eli/bgbl/i/2001/122/P3/NOR40096133>.

²⁸ § 20 ORF-Gesetz, <https://ris.bka.gv.at/eli/bgbl/1984/379/P20/NOR40229969>.

Bis in die frühen 1990er-Jahre war es nicht selbstverständlich, dass alle Klubs im Nationalrat in allen Ausschüssen vertreten sind. In den ersten Nachkriegsdekaden waren die Kleinparteien KPÖ und FPÖ so in ihrer Mitwirkung im Parlament eingeschränkt. Heute scheint es den öffentlichen Erwartungen an repräsentative parlamentarische Tätigkeit zu entsprechen, dass auch die kleinsten Fraktionen in allen Ausschüssen des Nationalrates vertreten sind. Auf Landes- und Gemeindeebene dagegen wird dies bis in die Gegenwart²⁹ nicht immer so gehandhabt.

Conclusio

Auch wenn in Österreich die Formulierung der „Entscheidungen in eigener Sache“ nicht verwendet wird, ist das politische System und der Verfassungsrechtsdiskurs durch sie geprägt. Anstöße zu tatsächlichen Veränderungen kommen in erster Linie von außen. Daher fasst eine demokratiepolitische Sorge wegen eigenütziger „Entscheidungen in eigener Sache“ die Problematik eher zu eng. Non-decisions³⁰, die Verweigerung oder lange Verzögerung von Regulierung im Parteien- und Parlamentsrecht, weil sie den politischen Akteuren unangenehm ist, verdienen ebenso kritische Betrachtung. Sie machen auch deutlich, wie sehr die österreichische Zugangsweise durch eine nach innen gewandte Sichtweise geprägt ist, die sich, wie wir versucht haben zu zeigen, nur zögerlich aber doch Erwartungen von außen öffnet. Diese Erwartungen werden jedoch – vor allem im Unterschied zu Deutschland – nicht theoretisch vertieft. Die Beiträge von Rechts- und Politikwissenschaftler:innen beschränken sich auf einzelne Fragestellungen und Beschreibungen. Eine interdisziplinäre Auseinandersetzung, die auch das Zusammenspiel von Parteien und Parlament in den Blick nimmt, haben wir hier nur angedeutet. Sie wäre notwendig.

²⁹ VerfGH, Erkenntnis vom 05.10.2021 – W15/2021, https://ris.bka.gv.at/Dokumente/Vfgh/JFT_20211005_21W_I00005_00/JFT_20211005_21W_I00005_00.pdf.

³⁰ Baratz/Bachrach, The two faces of power: Decisions and non-decisions, *American Political Science Review* 1963, 57(3): 632-642

The Political Process in Search of a Judge: The Case of the Reluctant Italian Constitutional Court

Edoardo Caterina¹

It must be acknowledged: in Italy, a judgment such as that delivered by the German Federal Constitutional Court on 24 January 2023² on party financing is currently constitutional science fiction. With this ruling, the Court held that the legislative reasoning failed in justifying the need for additional financial resources for parties, with the result that the law (which had been passed in just ten days) had to be declared unconstitutional and void. By contrast, the Italian Constitutional Court has never really dealt with party financing (except for a few marginal aspects) and has never declared a law to be unconstitutional because of its lack of (credible) motivation. The Italian constitutional judges have never theorised, unlike their German colleagues, the need for closer scrutiny in certain matters where a „conflict of interest“ of the legislature can be discerned. This also partly reflects a different understanding of their own role within the constitutional system. The Italian court has traditionally seen itself more as a „judge of the laws“ than an „arbiter of the political process“. Overall, it has recognised a wider margin of appreciation for the parliament than is apparent in German constitutional case law.

The case of electoral laws

However, this general point about the role of the Constitutional Court can be challenged by two developments that have emerged in recent years.

First, the court left an „open door“. With Order No. 17 of 2019³, the Court admitted individual parliamentarians to raise a dispute between powers of the State (*“conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato”* – a kind of Italian equivalent of the German *Organstreit*), thereby laying the groundwork for a possible greater „juridification“ of political processes in the future. This broke with the narrow approach of the previous years, when the Court had ruled that political parties were not entitled to raise disputes before the Court (see Order No. 79 of 2006⁴).

¹ Dr. Edoardo Caterina is a postdoctoral fellow in Constitutional Law at Università degli Studi di Macerata and adjunct professor at Università degli Studi di Firenze.

² BVerfG, Urteil vom 24. Januar 2023 – 2 BvF 2/18, https://www.bverfg.de/e/fs20230124_2_bvf000218.html.

³ Constitutional Court, Order n. 17 of 2019, https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/O_17_2019_EN.pdf.

⁴ Corte Costituzionale, Ordinanza n. 79 del 2006, <https://giurcost.org/decisioni/2006/0079o-06.html>.

The second concern relates to the case law on electoral laws. The Constitutional Court has only recently intervened in national electoral legislation, starting with the sensational Judgment No. 1 of 2014⁵, by which the 2005 electoral law (the so-called *Porcellum*) was declared unconstitutional. The 2005 law had many critical, indeed irrational, aspects, highlighted by both jurists and political scientists (see for instance, in English language, here⁶, here⁷ and here⁸), which we cannot dwell on here. However, it should be recalled that it awarded an „electoral prize“ by automatically granting 55% of the seats in the Chamber of Deputies to the coalition of parties that had taken the most votes, without a minimum threshold being set. The arbitrariness of such a legal framework was due to the fact that the 2005 legislator had designed it to favour the electoral success of the centre-right coalition in the elections to be held the following year.

There was little doubt that the *Porcellum* could be regarded as, to use the German category, an „*Entscheidung in eigener Sache*“. Yet the Constitutional Court did not need to resort to such a category to justify strict scrutiny, given the blatant infringement of voting equality in this case. Nonetheless, it had to bend its own procedural rules to make a ruling. The Italian constitutional justice is centred on „proceedings by referral“ (the German *konkrete Normenkontrolle*). In this type of procedure, the referring court must demonstrate that a decision in a specific case depends on a statute of dubious constitutionality. As a result, electoral legislation had become a „free zone“ (*zona franca*) of constitutional justice, i.e. it had remained in the shadow until 2014, and the legislature could act in this matter without any substantial constraint. In order to get out of such a situation, the Court had to overrule its settled case law by admitting the questions raised in the context of *lites fictae*, i.e. arising from proceedings that had been specifically initiated in order to trigger the intervention of the Constitutional Court. The Court justified the creation of this kind of new proceeding (a sort of an „electoral complaint“) by stressing the significance of the right to vote within the democratic system. Ultimately, the jurisprudential innovation of the „direct“ constitutional complaint in electoral matters set off a new chapter. It can be seen as a response to the need to supervise the legislature’s work on an extremely delicate field

⁵ Constitutional Court, Judgment No. 1 of 2014, https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/1-2014_en.pdf.

⁶ Matteo Garavoglia, Das neue italienische Wahlrecht: immer noch verfassungsrechtlich fragwürdig?, VerfBlog, 14.03.2014, <https://verfassungsblog.de/neue-italienische-wahlrecht-immer-noch-verfassungsrechtlich-fragwuerdig/>, <https://doi.org/10.17176/20170203-175301>.

⁷ Antonia Baraggia, Italian Electoral Law: A Story of an Impossible Transition?, Election Law Journal: Rules, Politics, and Policy, Vol. 16, Issue 2, 2017, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2983335>.

⁸ Giovanni Piccirilli, Maintaining a 4% Electoral Threshold for European Elections, in order to clarify access to constitutional justice in electoral matters: Italian Constitutional Court Judgment of 14 May 2015 No. 110, *European Constitutional Law Review* 2016, 12(1), 164-176, <https://doi.org/10.1017/S1574019616000109>.

where there is a strong risk that the majority in parliament will abuse its position to create its own tailor-made regulatory framework.

Referendums are not enough

So far on the Constitutional Court. But in Italy, when one thinks of ways to control and correct the legislature acting „in its own cause“, there is also another important actor: the electoral body. Indeed, the history of electoral legislation and party funding in Italy is also a history of referendums. The instrument of the referendum has frequently been used to attempt correcting a „captured“ legislature. The main case concerns the public financing of parties, which was repealed by a referendum in 1993. Another case can be seen in the 2011 referendum on „legitimate impediment“, i.e. the provision exempting the Prime Minister and the Ministers from appearing in court. The referendum is a theoretical alternative to the „juristocracy“ that is very appealing from a democratic point of view, and which perhaps has not been considered enough in other countries. However, it poses problems that are not easy to solve. The referendum is a straight „yes“ or „no“ answer. In complex areas of legislation such as party funding and electoral law, this dry answer is not enough; more complex reasoning is required, which only a Court can carry out.

The electoral body is the most appropriate subject to condemn the excesses of self-referentiality of the political-institutional bloc, but it does not really dispose of the tools to force the reluctant lawmaker to „course-correct“, laying the foundations for lasting reform. See the case of the public financing of political parties: while in Germany it was the Constitutional Court that intervened, with its well-known ruling of 9 April 1992⁹, in Italy the law on the public financing of political parties was repealed in its entirety by the electoral body in the referendum of 18-19 April 1993. Thirty years later the difference is there for all to see: in Germany, the principles dictated by the Constitutional Court have remained firm and the structure of the *Parteiengesetz* has not undergone any major changes since the 1994 amendment; in Italy the legislature has been free to ignore the outcome of the referendum, re-approving a law on the public funding of parties (just changing its name to „electoral reimbursement“). This created a greater distance between the people and political institutions and ultimately favoured the rise of populist parties. In other words, one of the main concerns of the Karlsruhe Constitutional Court seems to have come true in Italy, namely a crisis of confidence in political institutions, or rather a „loss of acceptance“ (*Akzeptanzverlust*) towards the political system. In conclusion, the Constitutional Court’s control of the legislature’s decisions „in eigener Sache“ may prove constructive, whereas the

⁹ BVerfGE 85, 264 ff, <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv085264.html>.

control of the electoral body by means of referendum is bound to be destructive and may paradoxically lead to a spiral of distrust.

The need for (some) judicial oversight of the political process

In light of these brief considerations, it can be argued that the Italian Constitutional Court has undertaken a journey that has not yet been completed. Its oversight role in the political process has so far been sketched out and applied in some areas, but not fully realised. Abrogative referendums are an important tool for getting the electoral body to express itself on issues where there may be a distance between representatives and voters, but they rarely succeed in laying the ground for durable reforms in the area of „the law of politics“. The Court’s reluctance to assume the role of an „arbiter of the political process“ is partly explained by a desire not to be perceived as a political actor. And yet, in an alarming context of a permanent crisis of confidence in representative institutions, constitutional judges should give serious thought to how they can contribute to safeguarding the credibility of the democratic process.

Parliamentary Decisions on its own Behalf and Spanish Constitutional Law

María Salvador Martínez¹

A phrase like „Parliament decisions on its own behalf“ („Entscheidungen in eigener Sache“) has not been codified in Spanish legal and political discourse. Nevertheless, it is acknowledged that there are certain issues where political parties within parliament possess distinct interests that may influence their legislative choices². To counter the potential hazards involved, various elements have demonstrated varying degrees of efficiency in ensuring that decision are being made for the common good, despite the influence of party-specific concerns.

The political arena

The *raison d'être* of political parties is to strive to gain power and, once achieved, to maintain it. Consequently, parties are bound by the rules and dynamics of the political arena, which inevitably frame their actions and decisions³. It is therefore reasonable to assume that when parliament makes legislative choices on matters that directly affect parties or their prospects in the political arena (such as their legal framework, funding, the electoral system, parliamentary regulations...), the inherent needs and interests of parties may influence their stance. The Spanish experience reveals three natural tendencies of parties in parliament when making decisions that affect them: they are reluctant to be subject to obligations or constraints that impede their freedom, they strive to maximize their benefits and exploit them to their advantage and, more specifically, most established parties show little inclination to carry out reforms that could jeopardize their position within the party system.

The first step in tackling this situation is to acknowledge that, in specific matters, parties within parliament do indeed decide on their own affairs. This does not suggest fostering a sense of mistrust towards parties, the democratic parliament and, ultimately, the democratic system. On the contrary, it is crucial to embrace

¹ Prof. Dr. María Salvador Martínez is Associate Professor of Constitutional Law, Director of the Political Parties Studies Centre at UNED University (Spain) and of the Research Project PID2021-124531NB-I00, El Estado de partidos: raíces intelectuales, rupturas y respuestas jurídicas en el marco europeo.

² That is generally acknowledged, for example, by J. J. González Encinar, *Democracia de partidos vs. Estado de partidos*, in: González Encinar (coord.), *Derecho de Partidos*, 1992, p. 17-40; and M. Salvador Martínez, *Partidos políticos. El estatuto constitucional de los partidos y su desarrollo legal*, 2021, p. 48-50.

³ *Ibidem*.

this reality in order to strengthen democracy. Only by confronting this intricate reality we can effectively address any issues that may arise from it. Law must not be naive if it aims to be effective and uphold its binding force⁴.

Secondly, law must act accordingly. This implies that in situations in which parties decide on their own matters, there should be an even stronger link between the legislator and constitutional principles, as well as enhanced supervision of the decisions made. It also means that in judging these decisions it will be necessary to consider the context in which they were made and the consequences they will have on the party system⁵.

There is no definitive formula that guarantees that the legislator will consistently make the best decisions in the interest of the general public, prioritizing the common good over the self-interest of the parties. Nevertheless, certain elements can contribute to this goal.

The procedural element

In matters where parties have a vested interest, decisions should be made with broad parliamentary consensus, involving as many parliamentary groups (political parties) as possible. Qualified majorities may be required for this purpose. Additionally, it is important to demand a stricter adherence of two types of safeguards during the legislative process: those that ensure the expression and defence of different positions at stake, and those that serve the quality of the law (preparatory reports, expert consultation...). Moreover, these decisions should ideally have a strong social support.

The Spanish constitution establishes a special category of legislation known as *ley orgánica*, which is reserved for certain matters and requires the approval of a qualified (absolute) majority⁶. In consequence, it necessitates a broader agreement among parliamentary groups. Most of the matters in which parties in parliament may have a particular interest (electoral system, party regulation, financing ...) must be regulated by this type of law.

Moreover, the initial legislative decisions concerning matters that affect the parties, such as the Party Law, the Electoral Law and the Parliamentary Rules of the two chambers, *Congreso* and *Senado*, were made in Spain almost at the same

⁴ Ibidem.

⁵ M. Salvador Martínez, *Partidos políticos. El estatuto constitucional de los partidos y su desarrollo legal*, 2021, p. 44-47.

⁶ Article 81 of the Spanish Constitution: 1. Organic laws are those relating to the development of fundamental rights and public liberties, those which establish Statutes of Autonomy and the general electoral system, and other laws provided in the Constitution. 2. The passing, amendment or repeal of the organic laws shall require an absolute majority of the members of Congress in a final vote on the bill as a whole.

time as the current constitution of 1978 and were based on an agreement among virtually all political parties. With these initial decisions, the groundwork for the new democratic system and its fundamental rules was being established, and there was a clear understanding that a broad consensus was necessary⁷.

Subsequently, the experience with reforming or replacing those initial legislative decisions has been inconsistent in terms of consensus. In 2002, the 1978 Party Law was replaced by a new Party Law, primarily aimed at regulating the illegalization of parties to address terrorist violence. This decision was immensely complex and posed one of the greatest challenges a democratic legislator can face. There were legal, political, and social debates on the matter⁸ and, subsequently, the new Party Law was approved with the support of the two major parties and some of the smaller ones, but it did not achieve the broad consensus that the 1978 Party Law had garnered. Regarding regulation on party financing, all legislative decisions and subsequent reforms have been approved with wide support across parties⁹.

In terms of electoral and parliamentary matters, there has been a high level of consensus in the reforms implemented for specific aspects (vote of Spaniards residing abroad, voting right of people with disabilities). However, there has been insufficient determination to approve other more far-reaching reforms¹⁰. This is partly due to a certain apprehension surrounding modifications of the foundational decisions of the democratic system, and partly due to the sense of security provided by regulations whose effects are already known and which favour political stability (that is, the majority and established parties).

Party constitutional law

The democratic legislator has a very wide margin of manoeuvre to make decisions, as long as they respect the constitution. The way to ensure that the decision

⁷ E. Linde Paniagua, *El régimen jurídico de los partidos políticos en España (1936-1978)*, in: R. Morodo Leoncio (ed.), *Los partidos políticos en España*, 1979, p. 76-155.

⁸ About the new Party Law' debates, for example: F. Bastida Freijedo, *Informe sobre el borrador de la LO de partidos políticos*, en *Debates Constitucionales* n° 5, 2003; F. Fernández Segado, *Algunas reflexiones sobre la Ley Orgánica 6/2002, de Partidos Políticos, al hilo de su interpretación por el Tribunal Constitucional*, *Revista de Estudios Políticos*, n° 125, 2004, p. 109-155; A. Martín de la Vega, *Los partidos políticos y la Constitución de 1978. Libertad de creación y organización de los partidos políticos en la Ley Orgánica 6/2002*, *Revista Jurídica de Castilla y León*, 2004, n° extraordinario (25 años de Constitución), p. 201-228; and J. M^a Porras Ramírez, *Comentarios acerca del estatus constitucional de los partidos políticos y su desarrollo en la Ley Orgánica 6/2002*, *Revista de las Cortes Generales*, n° 57, 2002, p. 7-36.

⁹ *Ley Orgánica 3/1987*, de 2 de julio, sobre financiación de los Partidos Políticos and then *Ley Orgánica 8/2007*, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos.

¹⁰ About the reform of the electoral system, see M. Garrote de Marcos, *El sistema electoral español. Memoria, balance y cambio*, 2020.

taken in a specific matter is not only constitutional, but constitutionally the best one, the most adequate, is to strengthen the theoretical constitutional framework. This explains the relevance of party constitutional law. In matters in which parties have a special interest, it is the scholar's task to contribute to the definition of the constitutional principles involved, to develop them as precisely as possible, and thus to guide the legislator towards, constitutionally, the best decision¹¹.

In matters that most directly affect parties, the Spanish legislator initially passed laws with minimal regulation, focusing on party freedom and including so-called „party privileges“ (such as generous state funding)¹². When defects of these laws became evident, scholars were clear in pointing out the need for specific reforms: especially, to establish requirements of internal democracy, to regulate the financing system completely and correctly, and to establish effective economic-financial control mechanisms¹³. The legislator, however, was not interested in pursuing these reforms, because they implied obligations, limits, and controls for parties; and scholarly opinion alone was not enough to push it to take these measures. These only came about when other elements also added pressure to the legislator: public opinion, recommendations of national technical bodies, and international reports.

The constitutional court

A firm and well-developed constitutional doctrine, widely supported by the legal community, also facilitates the task of another actor that plays a fundamental role in these matters: the constitutional court. It has a special responsibility for controlling the constitutionality of laws passed in matters in which parties have a specific interest. This court must act with awareness of this circumstance and ensure that such decisions respect constitutional principles.

The Spanish Constitutional Court has played a relevant role in defining the constitutional position of parties. It has stated how the rules regulating party registration should be interpreted, excluding any possibility of political control (SSTC 3/1981, 85/1986). It has developed the constitutional principle of internal democracy, requiring parties to adopt democratic organization and functioning rules and recognizing the rights of party members (SSTC 56/1995, 226/2016). And it has declared the parties illegalisation system constitutional while specifying how some of its regulations shall be interpreted (SSTC 48/2003, 5/2004,

¹¹ M. Salvador Martínez, *Partidos políticos. El estatuto constitucional de los partidos y su desarrollo legal*, 2021, p. 44-47.

¹² For an overview, see M. Salvador/J. Alguacil, *Parteienrecht in Spanien. Eine Perspektive*, *Zeitschrift für Parteienwissenschaften* n° 2, 2021, p. 137.

¹³ M. Satrústegui Gil-Delgado, *La reforma legal de los partidos políticos*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 46, 2006, p. 81 y ss.

6/2004, 31/2009 and 138/2012). Regarding the equal opportunities' principle, however, the work of the Court has been very undecided. This principle is hardly developed in its case law, and with respect to certain elements of the electoral system (such as electoral barriers) it has always recognized that the legislator has a very wide margin of decision (STC 75/1985, 225/1998 or 197/2014). This attitude explains why the Court has never declared any legal precept unconstitutional in matters affecting parties.

Additional factors

As noted above, the Spanish experience has shown that there are three additional factors that can encourage the legislator when there are decisions that it must, but does not want to make, usually because they involve more controls or obligations.

The first is the international input, which is increasingly important in matters affecting parties. At the supranational level, there are treaties, case law, soft law, guidelines, reports, papers, and other legal documents. From all of these certain binding and relevant standards can be derived in matters of electoral law, party fundings or fight against corruption among others. Moreover, the contribution of the international organizations is especially valuable because it comes from institutions far removed from the national political sphere and unaffected of the specific interests that parties of a particular country may have. In Spain, for example, reports of the Council of Europe's anti-corruption body GRECO (recommending that the legislator should intensify the regulation of the financing system and strengthen the economic-financial control mechanisms of the parties) contributed decisively to legal reforms approved in Spain in 2012 and 2015¹⁴. In a different way, the jurisprudence of the European Court of Human Rights on illegalisation of parties acted as a fundamental guide for the Spanish legislator when he decided in 2002 to establish a new system of illegalization and dissolution of parties¹⁵.

The second factor is the activity of internal technical bodies, such as the Tribunal de Cuentas (the Court in charge of auditing the economic and financial activities of parties). The annual reports of this Court, recommending certain legal reforms for several years, contributed to encouraging the legislator to improve regulation of

¹⁴ M. Iglesias Bárez, La reforma de la financiación de partidos políticos en España: modelo y anti-modelo, in: C. Garrido López/E. Sáenz Royo (coords.), *La reforma del Estado de partidos*, 2015, p. 87-107; and O. Sánchez Muñoz, La financiación de los partidos políticos en España: ideas para un debate, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2013, nº 99, p. 161-200, and La insuficiente reforma de la financiación de los partidos: la necesidad de un cambio de modelo, *Revista española de derecho constitucional*, nº 104, 2015, p. 49-82.

¹⁵ M. Iglesias Bárez, *La ilegalización de partidos en el ordenamiento jurídico español*, 2008.

the financing and economic control of political parties. It was clearly decisive in the approval of a new Party Financing Law in 2007 and its subsequent reforms¹⁶.

Finally, at certain times, citizens can push the legislator to adopt measures that the parties don't want taken. This has been the case in financing matters, where legal reforms have been taken at times of political crisis, usually after corruption scandals linked to party financing and when the public opinion turned against the ineffectiveness of control mechanisms. In fact, one widespread criticism of the Spanish legislation on financing is that the main measures have only been approved in response to specific moments of social reproval¹⁷. Also, in relation to internal party democracy, the most relevant reforms were approved in 2015 in a context of political crisis and due to the dissatisfaction of citizens with traditional parties and their behaviour¹⁸.

¹⁶ See, footnote 14 references.

¹⁷ J. J. González Encinar, *Democracia de partidos vs. Estado de partidos*, in: González Encinar (coord.), *Derecho de Partidos*, 1992, p. 17-40; and M. Salvador Martínez, *Partidos políticos. El estatuto constitucional de los partidos y su desarrollo legal*, 2021, p. 48-50.

¹⁸ An overview in M. Salvador/J. Alguacil, *Parteienrecht in Spanien. Eine Perspektive*, *Zeitschrift für Parteienwissenschaften* n° 2, 2021, p. 138, 140-141.