



MIP

Zeitschrift
für Parteienwissenschaften

Heft 2 / 2024

Sonderausgabe
"Das Parteiverbot in Deutschland und Europa"

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 user6702303 auf Freepik.

Redaktion und Layout

Dr. Alexandra Bäcker

Zitierweise: MIP 2024, 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-2024131-236>

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 „Das Parteiverbot in Deutschland und Europa“

Einerseits und Andererseits Warum es so schwer ist, die AfD zu verbieten	131
<i>Uwe Volkmann</i>	
Delegitimation durch Verfahren Warum ein AfD-Verbotsverfahren kontraproduktiv wäre.....	140
<i>Michael Koß</i>	
Party Bans and Populism in Europe	146
<i>Angela Bourne</i>	
Verbot und Ausschluss von der staatlichen Finanzierung auch für Teilorganisationen von Parteien Paradoxien und Anpassungsbedarf im BVerfGG.....	151
<i>Hermann Heußner/Arne Pautsch</i>	
Die Fallstricke der wehrhaften Demokratie.....	156
<i>Wolfgang Merkel</i>	
As Good as It Gets Party Bans and Democratic Militancy.....	165
<i>Gonçalo de Almeida Ribeiro</i>	
Wehrhafte Demokratie light oder doch Verbotsverfahren?.....	170
<i>Michaela Hailbronner</i>	
Luft holen Repression hilft nur bedingt.....	177
<i>Sarah Schulz</i>	

Between Legal Deficiencies and Political Restraint The Prohibition of Political Parties in France.....	183
<i>Augustin Berthout</i>	
Dilemma Demokratieschutz.....	189
<i>Günter Frankenberg/Wilhelm Heitmeyer</i>	
A Limping Militant Democracy.....	197
<i>Andrea Gatti</i>	
Still Alive? Party Bans in Spain.....	202
<i>Lluís Subiela</i>	
Why Party Bans Often Don't Work: How an Attempt to Ban Turkey's AKP Backfired	208
<i>Andrew O'Donohue/Cem Tecimer</i>	
Die Pflicht zum Demokratieschutz.....	214
<i>Katharina Hölzen/Nina Alizadeh Marandi</i>	
Staatliche Schutzpflichten gegen Rassismus statt AfD-Verbot.....	223
<i>Cengiz Barskanmaz</i>	
A Malfunctioning System The Limited Use of the Italian Legal Framework for Party Bans.....	232
<i>Giuseppe Donato</i>	

Einerseits und Andererseits

Warum es so schwer ist, die AfD zu verbieten

Uwe Volkmann¹

Die derzeitige Diskussion um ein Verbot der AfD ist ein anschauliches Beispiel dafür, wie sich die Wahrnehmung auch ganz grundlegender verfassungsrechtlicher Institute im Laufe der Zeit verändern kann. Bis in die siebziger und achtziger Jahre des letzten Jahrhunderts war das Parteiverbot bei vielen geradezu verschrien; es galt zusammen mit den Notstandsgesetzen und dem Radikalenerlass als weiteres Repressionsinstrument eines autoritären Staates, als sichtbarer Beleg für dessen immer nur vorgeschobene Liberalität. Heute, da über seinen möglichen Einsatz gegen die AfD diskutiert wird, fliegen ihm die Sympathien zu, und dies auch aus Richtungen, aus denen man es vorher nicht unbedingt erwartet hatte. Im Windschatten dieses Aufstiegs segeln mittlerweile auch die Behörden des Verfassungsschutzes, deren Ansehen sich ebenfalls auf eine wundersame Weise und in dem Maße gewandelt hat, wie sie statt primär diejenige von links verstärkt die Gefahr von rechts in ihr Visier nehmen. Tatsächlich bekäme man ohne sie schon gar nicht das Material zusammen, dessen es heute für die erfolgreiche Durchführung eines Verbotsverfahrens bedürfte, und jede Verlautbarung in diese Richtung – Landesverband XY „gesichert rechtsextrem“ – wird dankbar aufgenommen. Aber ob man den Antrag stellt oder nicht, ist eine schwierige Abwägungsentscheidung, die man auch nicht dadurch unterlaufen kann, dass man sie zu einer rechtlichen erklärt oder sie in der Verfassung schon vorweggenommen sieht. Im Einzelnen:

Das demokratische Grundproblem

Demokratiethoretisch – und verfassungsrechtlich sowieso – ist die Ausgangslage heute immerhin einigermaßen klar und das Instrument des Parteiverbots in der Sache gut begründbar. Soweit man es – wie einst Hans Kelsen² – für mit der Demokratie prinzipiell unvereinbar gehalten hat, weil diese grundsätzlich allen Auffassungen das gleiche Recht auf Entfaltung einräumt, zuletzt also auch solchen, die auf ihre eigene Abschaffung gerichtet sind, ist mittlerweile der Kategorien-

¹ Prof. Dr. Uwe Volkmann ist Professor für Öffentliches Recht und Rechtsphilosophie an der Goethe-Universität in Frankfurt am Main.

² Hans Kelsen, Verteidigung der Demokratie (1932), in: Demokratie und Sozialismus. Ausgewählte Aufsätze, 1967, S. 60, 68.

fehler erkannt, auf dem das beruht: Man darf nicht die Themen des politischen Prozesses gleichsetzen mit den Prämissen, unter denen er stattfindet. Das eine ist gleichsam das Spiel als solches, das andere sind die Regeln, nach denen gespielt wird. Die Spielregeln selbst stehen dann im Spiel nicht zur Disposition, sondern sind von allen zu akzeptieren, die daran teilnehmen wollen. Das ist gemeint, wenn das BVerfG die Demokratie zu einem „absoluten Wert“ erklärt hat, der gegen Angriffe „entschlossen“ verteidigt werden muss³. Die Notwendigkeit könnte sich gerade heute zeigen, wo nicht mehr Putsch und Revolution die größten Gefahren für demokratische Ordnungen sind, sondern die schleichende Aushöhlung von innen, nachdem autoritäre Führungsfiguren durch demokratische Wahlen einmal an die Macht gelangt sind. Um des Schutzes der künftigen Freiheit und Offenheit des politischen Prozesses willen wird dann diese Freiheit und Offenheit in der Gegenwart beschränkt.

Die Probleme liegen auf der praktischen Ebene und hier in der Bestimmung des Punktes, von dem an der sinnvolle Schutz der Demokratie in ihre mögliche Beschädigung umschlägt: Der Kreis der kanonisierten Prämissen kann im Vorfeld und je nach der gesellschaftlichen Stimmungslage zu eng gezogen werden; als Folge eines Verbots kann Protest innerhalb des politischen Systems nicht mehr legal artikuliert und dann nach dessen Regeln abgearbeitet werden; auch radikale Parteien erfüllen möglicherweise eine sinnvolle Funktion als Seismographen für die Ursachen des Protests, wie es Martin Morlok einmal beschrieben hat⁴. Gerade der weltweit zu beobachtende Aufstieg des Rechtspopulismus reagiert ja offenkundig auf ein Repräsentationsdefizit, weil sich viele Bürger mit ihren Anliegen und dem, was sie politisch für richtig halten, im etablierten Parteienspektrum nicht vertreten fühlen⁵; dieses Repräsentationsdefizit verschwindet nicht, wenn man die Partei verbietet, die es aufgreift und für ihre Zwecke nutzt. Das bedeutet nicht, dass man diese Anliegen in irgendeiner Weise für berechtigt halten oder für sie Sympathie haben müsste; man muss nur das Problem sehen, das sich damit verbindet, wenn man sie nun auch formell aus dem politischen System ausschließt.

Die politische Herausforderung

Die Schwierigkeiten nehmen ihrerseits in dem Maße zu, wie die Partei, um die es geht, in diesem System bereits verankert ist und einen entsprechend großen Anteil der Wählerschaft hinter sich versammelt. Dies führt auf die „Grundaporie“

³ BVerfG, Urteil vom 17.01.2017, 2 BvB 1/13, Rn. 516, https://www.bverfg.de/e/bs20170117_2_bvb000113.html (zuletzt abgerufen 18.06.2024).

⁴ Martin Morlok, Fragen des Rechts und der politischen Klugheit – Zur aktuellen NPD-Parteiverbotsdebatte, in: Zeitschrift für Rechtspolitik 2013, 46(3), S. 69 (70).

⁵ Siehe Armin Schäfer, Michael Zürn, Die demokratische Regression (2022), Bundeszentrale für politische Bildung, <https://www.bpb.de/shop/buecher/schriftenreihe/506792/die-demokratische-regression/> (zuletzt abgerufen 25.04.2024).

des Parteiverbots, wie es der große Konrad Hesse einmal genannt hat: Kleine und unbedeutende Parteien muss man nicht verbieten, große und bedeutende kann man nicht verbieten⁶. Das wird offensichtlich, wenn die jeweilige Partei bereits fest in den staatlichen Institutionen sitzt und gegebenenfalls dort sogar über eine Mehrheit verfügt; im schlimmsten Fall gibt es dann auch niemanden mehr, der überhaupt noch den entsprechenden Antrag stellen kann. Aber auch unterhalb dieser Schwelle sind Parteien, die wie die AfD in einigen Bundesländern ein Drittel der Stimmen oder auch mehr in Wahlen auf sich vereinigen könnten, ein politischer Faktor, den man nicht so umstandslos ausschalten kann wie die vielen rechts- oder linksradikalen Splittergruppen, die bei uns ebenfalls regelmäßig auf dem Wahlzettel stehen, ohne dass sie dort groß auffallen. Das verweist auf das alte und ebenfalls immer wieder gegen ein Instrument wie das Parteiverbot vorgebrachte Argument, dass mit einem Verbot der Organisation noch nicht die Einstellungen und Gesinnungen verschwinden, die diese getragen haben. Schon gar nicht verstärkt es die Sympathien für demokratische Verfahren, überhaupt jene Verankerung der Demokratie in den Köpfen, auf die gerade sie als politische Form angewiesen ist.

Auch dieses Dilemma verschärft sich naturgemäß umso mehr, je größer der Rückhalt für die betreffende Partei in der Bevölkerung ist. Wenn hinter ihr ein Drittel oder ein Viertel der Wähler steht, wird die Demokratie in der Konsequenz notwendig zu einer Zweidrittel- oder Dreiviertel-Demokratie. Auch das bedeutet wiederum nicht, dass man ein Verbotsverfahren als äußerstes Mittel von vornherein ausschließen muss. Es kann dann aber in einem nicht nur administrativ-technischen, sondern auch einem unmittelbar politischen Sinn überhaupt nur funktionieren, wenn es aus einer gemeinschaftlichen Kraftanstrengung entspringt, die die immer noch übergroße Mehrheit der Gesellschaft hinter sich versammelt, im Ergebnis also von *allen* demokratischen Gruppierungen und den wesentlichen Institutionen der Gesellschaft getragen wird. Die großen Demonstrationen gegen das immer weitere Erstarken der AfD könnten immerhin anzeigen, wie sich eine solche Kraft entwickeln und formieren könnte; man darf diese dann nur nicht dadurch torpedieren, dass man Vertreter von CDU und CSU von ihnen ausschließt, wie es in einigen Fällen törichterweise versucht worden ist.⁷

⁶ Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., Neudruck 1999, Rn. 715 mit Fn. 5.

⁷ Christoph Wiesel, "Völlig indiskutabel": Demo in München – warum es Kritik gibt (2024), ZDF, <https://www.zdf.de/nachrichten/politik/demo-rechts-extremismus-ampel-muenchen-100.html> (zuletzt abgerufen 25.04.2024).

Die Schwierigkeit der Prognose

Scheitert wiederum das Verfahren, verschärft sich andererseits das Problem, das man mit ihm adressieren wollte. Insoweit bedarf es keiner großen Phantasie, um sich vorzustellen, dass ein solches Scheitern der AfD einen weiteren Schub verleihen würde, zumal sie während des Verfahrens noch stärker ihr gängiges Narrativ bedienen könnte, Opfer einer liberalen und kosmopolitischen Elite zu sein, die sich gegen die wahren Interessen des Volkes verschworen hat. Auf den Weg bringen kann man das Verfahren daher nur dann, wenn man einigermaßen sicher ist, dass es zum Erfolg führen wird; man hat gleichsam nur diesen einen Schuss, und der muss sitzen. Gerade das kann aber derzeit niemand auch nur einigermaßen seriös prognostizieren, und zur Redlichkeit der Diskussion würde es gehören, sich dies zunächst einzugestehen. Dazu reicht es jedenfalls nicht aus, sich für einen halben Tag in Parteiprogramm und Website der AfD hineinzulesen, die Verfassungsschutzberichte zu studieren und die schlimmsten Äußerungen ihrer Vertreter zusammenzuklauben, die man mit ein bisschen Googeln im Internet findet. Stattdessen müsste der Verfassungsschutz das belastende Material, das er nach eigenem Bekunden gesammelt hat, zugänglich machen, die Verfassungsabteilungen in den Ministerien müssten sich unter Hinzuziehung externen Sachverständs – von der Verfassungsrechtswissenschaft bis zur Parteienforschung – darüber beugen, und dann müsste man dieses zusammenhängend darauf befragen, ob die Fülle der dort zusammengetragenen Einzelbeobachtungen für die Gesamtpartei repräsentativ ist.

Gerade diese Frage hat das VG Köln in seiner in diesem Zusammenhang vielzitierten Entscheidung zur Einstufung der AfD als „Verdachtsfall“ offenlassen können, weil es nach den für dafür maßgeblichen Ermächtigungsgrundlagen nur auf das „Vorliegen tatsächlicher Anhaltspunkte für eine verfassungsfeindliche Bestrebung“ ankam. Diese müssen sich dann nicht zu einem Gesamtbild runden und zur Selbstdarstellung im Programm oder auf der Website der Partei, aber auch zu gemäßigteren Positionierungen ins Verhältnis gesetzt werden. Wenn der Verfassungsschutz in seinem Bericht von 2022⁸ rund 10.000 von damals 30.000 Mitgliedern der Partei als rechtsextrem einordnete, bedeutet das eben auf der anderen Seite, dass der immer noch deutlich größere Teil es nicht ist oder es jedenfalls nicht nachgewiesen werden kann. Selbst wenn man aber alles belastende Material zusammengetragen und entsprechend geordnet hätte, wäre damit gleichsam nur erst die Anklageschrift formuliert, von der man sehen müsste, was ihr an entlastenden Momenten gegenübergestellt werden wird. Gerade das Verbotverfahren soll in diesem Sinne, wie es das BVerfG im Fall der NPD formuliert

⁸ Verfassungsschutzbericht 2022 (2023), Bundesministerium des Innern und für Heimat, https://www.verfassungsschutz.de/SharedDocs/publikationen/DE/verfassungsschutzberichte/2023-06-20-verfassungsschutzbericht-2022.pdf?__blob=publicationFile&v=9 (zuletzt abgerufen 25.04.2024).

hat, für die betroffene Partei die Chance bieten, „dem Vorbringen der Antragsteller, die ein Parteiverbot für erforderlich halten, das Bild einer loyalen verfassungsrechtlichen Institution entgegenzusetzen, deren weitere Teilnahme am Prozess der Volks- und Staatswillensbildung gerade im Interesse einer freiheitlichen demokratischen Grundordnung notwendig und legitim ist“⁹. Wie man an einem solchen Bild zeichnen könnte, hat gerade eben das Berufungsverfahren vor dem OVG Nordrhein-Westfalen demonstriert, als die AfD drei Mitglieder mit Migrationshintergrund aufmarschieren ließ¹⁰, die allesamt erklärten, wie wohl sie sich in der Partei fühlten. Jedenfalls eröffnen sich – gerade bei einer zu erwartenden mehrjährigen Dauer des Verfahrens – Spielräume für politische wie prozessuale Gegenstrategien, in die die AfD wahrscheinlich besser hineinstoßen wird als die am Ende doch zu tumbe NPD.

Die Probleme von Teilverboten

Erfolgsversprechender scheint es demgegenüber, das Verfahren vorerst auf diejenigen Landesverbände zu beschränken, die der Verfassungsschutz bereits derzeit als gesichert rechtsextrem einstuft, konkret also die von Thüringen, Sachsen-Anhalt und Sachsen. Ob das geht, ist bekanntlich umstritten; § 46 II BVerfGG erlaubt es dem BVerfG zwar, die Feststellung der Verfassungswidrigkeit auf rechtlich oder organisatorisch selbständige Teile der Partei zu beschränken, sagt aber nichts dazu, ob dann auch der Antrag selbst nur auf diese bezogen werden kann. Juristisch spricht eigentlich nichts dagegen, und wenn, käme es nicht darauf an, weil das BVerfG sich sein Prozessrecht sowieso zu großen Teilen selber macht, wie sich beispielhaft an der immer weiter – und ersichtlich *contra legem* – vorangetriebenen Erhöhung der Begründungsanforderungen an die Verfassungsbeschwerde beobachten lässt. Die Frage wäre dann nicht, was sich aus § 46 BVerfGG rechtlich alles ableiten lässt oder wie er richtigerweise zu verstehen ist, sondern was das Gericht tatsächlich tun wird. Dazu muss man freilich kein großer Prophet sein: Wenn ein, zwei oder sogar drei Verfassungsorgane nach monatelanger Vorbereitung vor das BVerfG ziehen, das gesamte verfügbare Material dazu akribisch aufbereitet wird, angesehene Verfassungsrechtler dazu mehrhundertseitige Schriftsätze verfassen und jeder einzelne Schritt dieses Verfahrens von einer politischen Öffentlichkeit mit angespannter Aufmerksamkeit begleitet wird, erscheint es schlechterdings nicht vorstellbar, dass der Antrag auf zwei oder drei Seiten mit der Begründung abgewiesen wird, er sei schon gar nicht zulässig.

⁹ BVerfG, Urteil vom 17.01.2017, 2 BvB 1/13, Rn. 405, https://www.bverfg.de/e/bs20170117_2_bvb000113.html (zuletzt abgerufen 18.06.2024).

¹⁰ Friederike Haupt, Zeugen im Prozess in Münster: Die drei Migranten der AfD (2024), F.A.Z., <https://www.faz.net/aktuell/politik/inland/zeugen-im-prozess-in-muenster-die-drei-migranten-der-afd-19589496.html> (zuletzt abgerufen 25.04.2024).

Dieses Risiko ist also überschaubar. Das enthebt aber nicht der anderen Frage, was ein auf die entsprechenden Landesverbände beschränktes Verbot politisch bedeuten und zur Folge haben würde. Es wirkt dann gerade und nur in den neuen Bundesländern, in denen sich viele als „Ostdeutsche“ sowieso und immer noch latent zurückgesetzt fühlen und den Eindruck haben, gerade sie werden mit ihren Anliegen politisch nicht ernstgenommen. Ein Verbot der AfD nur hier, wo sie gerade auch die größte Anhängerschaft hat und bald in einigen Landesparlamenten die stärkste Fraktion stellen könnte, dürfte dem sich darin ausdrückenden Unbehagen an der Demokratie kaum entgegenwirken. Möglicherweise wäre es deshalb die sinnvollere Lösung, den Antrag im Ausgangspunkt für die Gesamtpartei zu stellen und dann darauf zu hoffen, dass das BVerfG einen Verbotsausspruch von sich aus auf die betreffenden und besonders radikalen Landesverbände beschränkt. Dies müsste man dann im Verfahren durch eine entsprechende Spezifizierung des Vortrags flankieren, und es wäre am Ende immerhin ein Teilerfolg. Man könnte natürlich auch gleich sagen, dass man eine weitere Delegitimierung des politischen Systems in diesen Regionen als weiteren Kollateralschaden des Verfahrens in Kauf nimmt. So oder so wäre es jedenfalls ein Gesichtspunkt, der ebenfalls in die Abwägung einzustellen wäre und von dem man nicht so tun kann, als gäbe es ihn nicht.

Die Fragen der Opportunität

Die Einleitung des Verfahrens ist also mit einer Reihe von Unwägbarkeiten belastet und deshalb immer auch eine Frage politischer Opportunität. Sie muss deshalb auch politisch diskutiert und wie bei jedem anderen verfassungsgerichtlichen Verfahren am Ende politisch entschieden werden. Dies hat auch das BVerfG so gesehen, als es in der Entscheidung zum KPD-Verbot die Stellung eines Antrags ausdrücklich zu einer „Frage des politischen Ermessens“¹¹ erklärt hat. Blickt man dazu auf die bisherigen Verbotsverfahren zurück, so wird man nicht sagen können, dass die antragsberechtigten Organe von diesem Ermessen einen verantwortungslosen Gebrauch gemacht hätten; nur im Falle des – nun auch schon lange historischen – KPD-Verbots selbst hätte es sich vielleicht auch in die gegenteilige Richtung ausüben lassen. Im NPD-Verbotsverfahren hat das Gericht die letztlich getroffene Ermessensentscheidung allerdings dadurch korrigiert, dass es hier trotz flagranter Verfassungsfeindlichkeit keinen hinreichenden Anlass für ein Verbot gesehen hat¹². Die entsprechende Opportunitätseinschätzung der politischen Organe hat es damit im Ergebnis durch eine eigene ersetzt, indem es ein zusätzliches Kriterium in die Verfassung hineingelesen hat, das vorher dort niemandem aufgefallen war.

¹¹ BVerfGE 5, 85 (LS 2, 129).

¹² Zur sog. „Potentialität“ siehe BVerfG, Urteil vom 17.01.2017, 2 BvB 1/13, Rn. 585 ff., https://www.bverfg.de/e/bs20170117_2bvb000113.html (zuletzt abgerufen 18.06.2024).

Von der anderen Seite her gerät das Ermessen nun durch die Befürworter eines Verbotsverfahrens unter Druck, die aus der allen Staatsorganen obliegenden Treue zur Verfassung eine Verpflichtung zur Stellung des Antrags oder zumindest zu einer entsprechenden Prüfung ableiten wollen, wenn die Umstände es erfordern.¹³ Das knüpft an ein Grummeln in Teilen der älteren Literatur an, die der Ermessensthese, wenn auch aus anderen Gründen, ebenfalls kritisch gegenüberstanden. Wer demgegenüber einer verfassungsrechtlichen Verpflichtung das Wort redet, muss sich allerdings die Gegenfrage gefallen lassen, was damit praktisch erreicht werden soll. Mit einer reinen Prüfungs- und Befassungspflicht ist nichts gewonnen, wenn man am Ende nicht auch auf das Ergebnis zugreift. Eine Verpflichtung zur Stellung eines Antrags wiederum ist prozessual nicht durchsetzbar, und es wird sich auch niemand finden, der sie einklagt. Natürlich mag man sich hier theoretisch einiges einfallen lassen, etwa einen Organstreit einer anderen politischen Partei oder auch einer Bundestagsfraktion gegen den Bundestag. Aber selbst wenn man in diesen Fällen überhaupt ein subjektives Recht des jeweiligen Antragstellers bejaht, so könnte ein entsprechender Antrag überhaupt nur dann begründet sein, wenn die Verbotsvoraussetzungen einigermaßen sicher gegeben sind. Das Verfahren mutierte dadurch unter der Hand zu genau dem Verfahren, dessen Notwendigkeit erst geklärt werden soll. Darauf wird sich – mit welcher Begründung auch immer – kein Gericht einlassen. Warum redet man aber von einer Rechtspflicht, wenn es keine Möglichkeit gibt, sie rechtlich scharf zu stellen? Im Ergebnis wird damit moralischer Druck aufgebaut, den man nur mit verfassungsrechtlichen Argumenten überhöht. Das kann man natürlich machen, es machen ja alle und immerzu. Es verdeckt aber den politischen Kern der zu treffenden Entscheidung, die sich nicht ohne Folgeschäden zu einer rechtlichen umformulieren lässt.

Die Unsicherheit der Wirkungen

In die Abwägung wäre zuletzt auch die Frage einzustellen, was man mit einem Verbot, wenn es denn am Ende ausgesprochen würde, praktisch überhaupt erreichen würde. Blickt man dazu auf die möglichen Wirkungen eines solchen Verfahrens, so bietet es sich an, zwischen den rechtlichen und den symbolischen zu unterscheiden. Die rechtlichen Wirkungen liegen auf der Hand: Eine Partei mit mittlerweile bereits über 40.000 Mitgliedern würde als Organisation aufgelöst und das Vermögen beschlagnahmt, Landräte und Bürgermeister würden aus ihren Ämtern, die der Partei angehörigen Abgeordneten aus den Parlamenten

¹³ Siehe Andreas Fischer-Lescano, AfD-Verbotsverfahren als demokratische Pflicht (2024), Verfassungsblog, <https://verfassungsblog.de/afd-verbotsverfahren-als-demokratische-pflicht/> (zuletzt abgerufen 25.04.2024); Mathias Hong, Grundrechtsverwirkung und Parteiverbote gegen radikale AfD-Landesverbände, Teil III, (2024), Verfassungsblog, <https://verfassungsblog.de/grundrechtsverwirkung-und-parteeverbote-gegen-radikale-afd-landesverbaende-iii/> (zuletzt abgerufen 25.04.2024).

entfernt; insgesamt wäre die Gefahr einer Regierungsübernahme durch die AfD oder auch bloß einer schleichenden Kaperung der politischen Institutionen fürs erste gebannt. Dazu käme allerdings ein beachtliches Maß an nachfolgender Repression, über das man sich in der derzeitigen Diskussion ebenfalls erstaunlich wenig Gedanken macht: gegebenenfalls gewaltsame Durchsetzung der entsprechenden Maßnahmen, Untersagung und Niederschlagung von Protesten und Sympathiekundgebungen (vgl. § 1 II VersG), Säuberung des gesamten öffentlichen Dienstes von allen Parteimitgliedern und aktiven Sympathisanten, möglicherweise auch verstärkter Einsatz eines politischen Strafrechts wie bei der berüchtigten Kommunistenverfolgung der 1950er-Jahre.

Auch hier wird man sich überlegen müssen, ob man das alles tatsächlich so will und in Kauf zu nehmen bereit ist; es wären jedenfalls allesamt Folgemaßnahmen, die in der inneren Logik des Instruments liegen. Noch schwieriger einzuschätzen sind demgegenüber die Wirkungen auf der symbolischen Ebene, bei denen schon unklar ist, ob es sie überhaupt geben darf. Das BVerfG hat sie im NPD-Verbotsverfahren vollkommen ausgeblendet, als es trotz einer auch bei erneuter Lektüre erschütternden Zusammenstellung rassistischer und antisemitischer Äußerungen die NPD am Ende deshalb nicht verboten hat, weil es diese dafür für zu unbedeutend hielt. Dies führte nach einigen Schleifen und einer entsprechenden Grundgesetzänderung bekanntlich zu einem weiteren Verfahren, in dem diese Partei von einem Anspruch auf staatliche Mittel ausgeschlossen wurde¹⁴, die sie sowieso nicht mehr erhalten hatte und auch ohne die Entscheidung nie mehr erhalten würde.

Triumphe dieser Güteklasse versetzen die Gegner der Demokratie natürlich in Angst und Schrecken. Demgegenüber bleibt allerdings festzuhalten, dass ein Verbotsausspruch durchaus einen edukatorischen Effekt haben kann, weil mit ihm in der Sache auch die politische Gesinnung, für die die betreffende Partei steht, ganz grundsätzlich stigmatisiert wird. Im Falle der AfD könnte man auf diesen Effekt vor allem mit Blick auf den nicht offen rechtsextremen Teil der Anhängerschaft hoffen, den es nach allen Umfragen¹⁵ auch gibt und den man mit solchen Signalen möglicherweise noch erreichen kann. Auch das funktioniert aber nur eingeschränkt, wenn man wie das BVerfG ausdrücklich – und viel zu unreflektiert – erklärt, das Parteiverbot sei nur ein „Organisations-“ und eben gerade kein „Gesinnungsverbot“. Aber warum eigentlich nicht? Wären Antisemitismus und Rassismus denn in einer Ordnung, die die Menschenwürde in ihr Zentrum stellt, legitime Gesinnungen? Eher wäre es so, dass man auch diesen edukatorischen Effekt

¹⁴ BVerfG, Urteil vom 23.01.2024, 2 BvB 1/19, https://www.bverfg.de/e/bs20240123_2bvb000119.html (zuletzt abgerufen 25.04.2024).

¹⁵ Jörg Schönenborn, ARD-DeutschlandTrend extra: Wie rechts denkt Deutschland? (2023), Tagesschau, <https://www.tagesschau.de/inland/deutschlandtrend/deutschlandtrend-extra-afd-100.html> (zuletzt abgerufen 25.04.2024).

auf seine tatsächliche Wirksamkeit befragen und ihn gegen die problematischen Folgen abwägen müsste, die eine Verbotsentscheidung mit Blick auf die weitere Diskreditierung der Demokratie in wahrscheinlich nicht unbeachtlichen Teilen der Bevölkerung auch entfalten würde. Umgekehrt versichert sich die Mehrheitsgesellschaft im Ausspruch des Verbots ihrer gemeinsamen Werte und bekräftigt sie auf unmittelbar sichtbare Weise. All diese Folgen betreffen den Symbolhaushalt der Gesellschaft, und dass man über die meisten von ihnen nur spekulieren kann, bedeutet nicht, dass sie – gerade auf lange Sicht – weniger wichtig wären; es macht nur die vorzunehmenden Abwägungen noch einmal komplexer.

Zugegeben: Das ist viel Einerseits/Andererseits. Aber so einfach, wie es sich viele derzeit machen, ist die Sache eben nicht.

Delegitimation durch Verfahren

Warum ein AfD-Verbotsverfahren kontraproduktiv wäre

Michael Koß¹

Oft firmiert die Annahme, dass soziale Ungleichheit politisch umso umstrittener sei, je weiter die Angleichung zwischen den verschiedenen gesellschaftlichen Gruppen vorangeschritten ist, nach ihrem Entdecker als das Tocqueville-Paradox. Im Hinblick auf ein mögliches Verbotsverfahren gegen die AfD ließe sich weniger bildungsbürgerlich, aber durchaus treffend auf ein „Herr Tur Tur-Paradox“ verweisen. Ähnlich wie der Scheinriese aus dem Kinderbuch Michael Endes wirkt das Instrument des Parteiverbots aus der Entfernung sehr imposant – und schnurrt dann aber immer mehr zusammen, je besser sich die Eröffnung eines Verbotsverfahrens vor dem Bundesverfassungsgericht begründen ließe. Der Grund dafür, so die im Folgenden vertretene These, ist der neue Strukturwandel der Öffentlichkeit, der dazu geeignet ist, ein Parteiverbotsverfahren zum Schaden aller zu delegitimieren.

Demokratische Legitimität unter den Bedingungen der Digitalisierung

Um den Zusammenhang zwischen der Öffentlichkeit auf der einen Seite und politischen sowie juristischen Verfahren auf der anderen Seite nachvollziehen zu können, bietet sich als Ausgangspunkt ein Befund Niklas Luhmanns an. Luhmann hatte in seinem Klassiker „Legitimation durch Verfahren“ die bei näherem Hinsehen oftmals irritierend komplexen politischen und juristischen Verfahren einer „funktionalen Analyse“ unterzogen. Konkret warf er die nur vordergründig einfache Frage auf, welches Problem diese Verfahren eigentlich lösen.² Luhmanns Pointe: Es handelte sich um das Problem der Legitimität. Weil vor der Verkündung eines Gesetzes oder eines Gerichtsurteils sehr viele Akteure angehört werden und anderweitig kommunikativ eingreifen können, werde sichergestellt, dass am Ende dieser Verfahren möglichst alle deren Ergebnisse akzeptieren, anders formuliert: ihre Legitimität anerkennen. In der distinkten Diktion Luhmanns: „Legitimation durch Verfahren ist nicht etwa Rechtfertigung durch Verfahrensrecht [...]; vielmehr geht es um die Umstrukturierung des Erwartens durch den fakti-

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

² Niklas Luhmann, Legitimation durch Verfahren, 1993 (zuerst 1969).

schen Kommunikationsprozess, der nach Maßgabe rechtlicher Regelungen abläuft“³.

Luhmann selbst hat offen anerkannt, dass sich das Problem der Legitimität mit großer Dringlichkeit stellt, eben weil weder politische noch juristische Verfahren korrekte Entscheidungen gewährleisten können. Aus diesem Grund bezeichnet er Macht und Legitimität in Verfahren als funktionale Äquivalente zur Wahrheit in der Gesellschaft.⁴ Korrekte Verfahren sind in Politik und Recht das, was im sozialen Austausch als richtig (im Sinne von: wahr) und damit akzeptabel gilt. Was allerdings kann als wahr gelten? Diese Frage ist unter der Bedingung des neuen Strukturwandels der Öffentlichkeit immer schwerer zu beantworten.

Die Vorstellung eines neuen Strukturwandels der Öffentlichkeit ist mit einem anderen sozialwissenschaftlichen Klassiker verknüpft: Jürgen Habermas. Ganz ähnlich wie Luhmann erkennt Habermas nüchtern an, dass sich die Demokratie „aus sich selber legitimieren“ muss, „und zwar durch die Legitimität erzeugende Kraft des rechtlich institutionalisierten Verfahrens der demokratischen Willensbildung“⁵. Für Habermas ist die Pointe aber weniger das Verfahren selbst als vielmehr die konstitutive Rolle der Öffentlichkeit, die eine anspruchsvolle – in der Diktion Habermas: deliberative – Debatte ermöglicht, aus der dann die Legitimation des Ergebnisses folgt. Der „faktische Kommunikationsprozess“, von dem auch Luhmann spricht, ist bei Habermas also zusätzlich normativ aufgeladen. Und es ist just der normative Mehrwert der Deliberation, den Habermas durch die digitale Revolution der Gegenwart bedroht sieht. Ihm zufolge macht eine zusehends entgrenzte und fragmentierte Öffentlichkeit das anspruchsvolle Abwägen von Argumenten immer unwahrscheinlicher. Entgrenzt ist die Öffentlichkeit deshalb, weil zwischen privater und öffentlicher Kommunikation in den sozialen Medien immer weniger unterschieden werden kann. Dies erklärt die zunehmende Verrohung von Debatten, die damit strukturell kaum noch geeignet sind, sachliche Entscheidungen zu produzieren. Fragmentiert ist die Öffentlichkeit heute deshalb, weil der gemeinsame Raum des Politischen immer mehr in Echokammern parzelliert ist und so „zum Kampfplatz konkurrierender Öffentlichkeiten“⁶ degeneriert.

Schlechte Nachrichten für ein AfD-Verbotsverfahren

Dieser neue Strukturwandel der Öffentlichkeit hat fatale Folgen für die allgemeine Wahrheitsorientierung als Grundlage jeder öffentlichen demokratischen

³ Ibid., S. 37.

⁴ Ibid., S. 24–25.

⁵ Jürgen Habermas, Ein neuer Strukturwandel der Öffentlichkeit und die deliberative Politik, 2022, S. 20–21.

⁶ Ibid., S. 63.

Debatte – und damit auch für die Legitimation von politischen und juristischen Verfahren. Im Zuge des neuen Strukturwandels sind epistemische Selbstermächtigungen zu beobachten, in deren Zuge Laien versuchen, sich wieder auf Augenhöhe mit den (vor allem wissenschaftlichen) Experten zu bringen. Dieser Prozess, der sowohl Verschwörungstheorien als auch – und dies ist aus der Perspektive der Deliberation folgenreicher⁷ – einer Indifferenz der Wahrheit gegenüber Tür und Tor öffnet, war exemplarisch am Beispiel der Querdenken-Bewegung im Zuge der Covid-Pandemie zu beobachten.⁸ Auch die Wahrheit der Rechtswissenschaft selbst steht zur Disposition. Am sichtbarsten ist juristisches Gegenwissen der Laien gegen die Experten im Kreis der so genannten „Reichsbürger“.⁹

Wenn Verfahren legitimieren und dabei um die Wahrheit kreisende öffentliche Debatten eine wichtige Rolle spielen, dann hält der neue Strukturwandel der Öffentlichkeit sehr schlechte Nachrichten für ein AfD-Verbotsverfahren bereit. Der Grund dafür ist, dass die AfD, und vor allem ihr Spitzenpersonal, es mit der Wahrheit selbst nicht so genau nimmt. Genau diese Indifferenz der Wahrheit gegenüber dürfte in einem Verbotsverfahren ungebremst in die entgrenzten und fragmentierten Öffentlichkeiten überschwappen, die die AfD ohnehin schon sehr gekonnt bespielt.¹⁰ Dies wiederum dürfte die Legitimität aller an einem AfD-Verbotsverfahren Beteiligten weiter unterminieren.

Politiker der AfD verbreiten Lügen, Halbwahrheiten¹¹, alternative Fakten¹² und Verschwörungserzählungen über ihr unliebsame Gruppen, namentlich Migranten sowie die etablierten Parteien und ihr Personal. Alexander Gauland mahnte schon 2002 explizit den Rekurs auf Mythen an: Gauland zufolge gaben Mythen den Bürgern – verstanden als republikanische *Citoyens* – in der Zeit vor der Dominanz der (Natur-)Wissenschaften einen Kompass an die Hand. In seinen Worten schufen Mythen einen „Bürger, der seine Herkunft in die Zukunft mitnahm und für Politik, Moral und Kultur Regeln setzte, die zu brechen ein revolutionärer Akt und damit zugleich ein Akt der Anerkennung des Vorhandenseins dieser Regeln

⁷ Der Philosoph Harry Frankfurt hat bereits in den 1980er Jahren darauf hingewiesen, dass die Indifferenz gegenüber der Wahrheit noch problematischer ist als die Lüge, denn letztere erkennt ja zumindest den Primat der Wahrheit an, während alternative Fakten letztlich auf ebenso viele Wahrheiten wie Echokammern hinauslaufen. Vgl. Harry G. Frankfurt, *Bullshit*, 2005 (zuerst 1986).

⁸ Vgl. dazu z.B. Johannes Pantenburg/Sven Reichard/Benedikt Sepp, *Wissensparallelwelten der „Querdenker“*, in: Sven Reichardt (Hrsg.), *Die Misstrauensgemeinschaft der „Querdenker“*. Die Corona-Proteste aus kultur- und sozialwissenschaftlicher Perspektive, 2021, S. 29–66.

⁹ Christoph Schönberger/Sophie Schönberger, *Die Reichsbürger. Eine Geschichte von Macht und Ohnmacht*, in: *Merkur* 2023, Vol. 77, Nr. 893, S. 34–45.

¹⁰ Zur bemerkenswerten Anpassung der AfD an den neuen Strukturwandel der Öffentlichkeit vgl. Matthias Hoffmann/Julia Rone, *Interconnected Realities: The Hybrid Dynamics of Far-Right Online and Offline Mobilisation*, in: Manès Weisskircher (Hrsg.), *Contemporary Germany and the Fourth Wave of Far-Right Politics: From the Streets to Parliament*, 2024, S. 57–75.

¹¹ Dazu Nicola Gess, *Halbwahrheiten. Zur Manipulation von Wirklichkeit*, 2021, v.a. S. 86–100.

¹² Dazu Nils Kumkar, *Alternative Fakten*, 2022.

war“¹³. Für den späteren AfD-Gründer war es schon 2002 ausgemacht, dass es zu diesen gemeinschaftsprägenden Mythen zurückzukehren gelte. Angesichts dessen verwundert es nicht, dass Gauland sich in der Migrationskrise umstandslos auf die Verschwörungstheorie vom Großen Austausch bezog.¹⁴ Was immer hilft, künstlich eine ethnisch konnotierte Gemeinschaft zu erzeugen, ist Gauland ebenso recht wie seinen vermeintlich radikaleren Mitstreitern in der AfD. So viel zur häufig kolportierten Legende, das Beispiel Gaulands verdeutliche, dass konservative Positionen in Deutschland an den rechten Rand des ideologischen Spektrums gedrängt worden seien. Wenn es in Deutschland keinen Rechtsruck gegeben hat, dann weil Politiker wie Alexander Gauland schon vor der Euro-, Migrations- und Energiekrise sowie den Kriegen in der Ukraine und in Israel offen für rechtsradikale Positionen waren. Dies verdeutlicht zudem exemplarisch, dass die Demokratie an ihrer Spitze erodiert und weniger in der Wählerschaft.¹⁵ Genau dies belegen auch die Ergebnisse der umfangreichen empirischen Analyse von Steffen Mau, Thomas Lux und Linus Westheuser, die nur eine moderate ideologische Polarisierung der deutschen Bevölkerung nachweisen konnten.¹⁶

Gefahr der Selbstviktomisierung in fragmentierten Teilöffentlichkeiten

So erwiesen die antidemokratische Gesinnung der AfD-Führung auch sein mag, so viele Risiken birgt ein Verbotsverfahren unter den Bedingungen des von der Digitalisierung ausgehenden neuen Strukturwandels der Öffentlichkeit. Für Habermas ist die fundamentale Voraussetzung jedweder Deliberation ein „Konsens über die Grundsätze der gemeinsamen Verfassung“¹⁷. Genau dieser Grundkonsens wäre nachhaltig erschüttert, wenn ein Verbotsverfahren weithin als illegitim angesehen würde. Es sprechen mehrere Gründe dafür, dass ein AfD-Verbotsverfahren den Grundkonsens, der den demokratischen Prozess bedingt, erschüttern würde.

Zunächst ist die Legitimität juristischer Verfahren generell anfälliger als diejenige politischer. Während ein von einer Mehrheit verabschiedetes Gesetz anders als das Naturrecht veränderbar ist und sogar sein muss, liegen die Hürden für die Legitimation des Urteils im Zuge eines juristischen Verfahrens höher: Die Anwendung des Rechts ist ein *per se* deterministisches Unterfangen; bei gleichem Rechtsrahmen sollte sich stets eine gerichtliche Sichtweise durchsetzen. Im Fall

¹³ Alexander Gauland, Anleitung zum Konservativsein. Zur Geschichte eines Worts, 2017 (zuerst 2002), S. 63.

¹⁴ Heinrich Detering, Was heißt hier „wir“? Zur Rhetorik der parlamentarischen Rechten, 2020, S. 12.

¹⁵ Dazu Larry Bartels, Democracy Erodes from the Top. Leaders, Citizens, and the Challenge of Populism in Europe, 2023.

¹⁶ Steffen Mau/Thomas Lux/Linus Westheuser, Triggerpunkte. Konsens und Konflikt in der Gegenwartsgesellschaft, 2023.

¹⁷ Jürgen Habermas (Fn. 5), S. 25.

eines Parteiverbotsverfahrens ist das Urteil des Bundesverfassungsgerichts sogar unumkehrbar, denn es ist erste und letzte Instanz. Politische Entscheidungen hingegen haben nicht den Anspruch, die einzig richtige Lösung eines Problems darzustellen, denn sie sind dem Wesen der Demokratie gemäß revidierbar. Es handelt sich ja um Mehrheitsentscheidungen und weil in Demokratien aus Wahlen regelmäßig neue Mehrheiten hervorgehen, sind die Ergebnisse politischer Entscheidungen wesentlich flexibler als ihre juristischen Pendanten. Dies wiederum stellt an die Legitimität eines Gesetzgebungsverfahrens geringere Ansprüche als an ein Parteiverbotsverfahren. Wer in letzterem unterliegt, ist raus – und läuft die Gefahr der Selbstradikalisierung. In den meisten Gerichtsverfahren mag die Gefahr, dass Unterlegene zu Querulanten werden, überschaubar sein.¹⁸ Ein Verbot der AfD hingegen dürfte für die Aufrechterhaltung eines demokratischen Grundkonsenses entschieden zu viele Michael-Kohlhaas-Epigonen schaffen, insbesondere unter der Bedingung entgrenzter und fragmentierter Teilöffentlichkeiten.

Der letztgenannte Punkt wiegt umso schwerer, als dass die Radikalisierung der Protagonisten der AfD diejenige ihrer Anhängerschaft aktuell übertreffen dürfte. Insbesondere der Rechtsstaat wird selbst von der AfD-Führung weiterhin hochgehalten: Auch wenn für die AfD sonderbarerweise immer vorab festzustehen scheint, wer im Recht ist (sie selbst), richtet sie zumindest rhetorische Hoffnungen auf den Rechtsstaat. Selbst wenn hier falsche Hoffnungen enttäuscht würden, bliebe die Fallhöhe bei einem Verbot der AfD beträchtlich, zumal aktuell die Zahl derer, die wie Querdenker und Reichsbürger offen im Clinch mit dem Rechtsstaat leben, überschaubar ist. Im Hinblick auf die Querdenker gilt es zu berücksichtigen, dass die Covid-Pandemie der AfD – anders als Migrations-, Energie- und Ukraine Krise – einen bestenfalls gemischten Mobilisierungserfolg beschert hat.¹⁹ Die Anhängerschaft der AfD ist noch nicht in dem Maße an der Wahrheit verzweifelt wie ihr Führungspersonal, und deshalb steht im Fall eines AfD-Parteiverbots viel auf dem Spiel. Die Zahl derjenigen, die im Zuge eines solchen Verbots offen für eine epistemische Selbstermächtigung gegen juristische und politische Wahrheiten wären, dürfte ebenso beträchtlich sein wie deren technische Möglichkeiten, ihr juristisches und politisches Gegenwissen zu verbreiten und zu radikalieren. Gerade weil die Anhängerschaft der AfD weniger radikal ist als ihre Führung, sollte man anstelle eines Verbotsverfahrens darauf setzen, diese zurückzugewinnen statt sie zur Selbstradikalisierung zu verleiten.

Dass das antidemokratische Führungspersonal der AfD einem Verbotsverfahren gefasst entgegenblicken kann, geht eben nicht nur auf den von ihm permanent praktizierten *power move* der Selbstviktimsierung zurück, sondern auf die

¹⁸ Und zumal Querulanten nicht einseitig pathologisiert werden sollten, vgl. Rupert Gaderer, Querulieren. Kulturtechniken, Medien und Literatur 1700-2000, 2021.

¹⁹ Manès Weisskircher, Far-Right Parties and Divisions over Movement-Party Strategy: The AfD and the Anti-Corona Protests of Querdenken, in: Manès Weisskircher (Fn. 10), S. 159–173.

Struktur der Öffentlichkeit unter der Bedingung ihrer Digitalisierung. Der Kaninchenbau der sozialen Medien würde einen AfD-Jammerdiskurs – hier nur drei ganz spontan selbst ausgedachte Parolen: „Unrechtsstaat BRD“, „BRDDR“, „Volksgerichtshof BVerfG“ – aufnehmen, vervielfältigen und verstärken (im Sinne von radikalisieren). Dies wäre Wasser auf die Mühlen derjenigen, die Umsturzphantasien hegen.

In der Rückschau erklärt das, warum die beiden erfolgreichen Verbote von Parteien nur unter der Bedingung einer analogen Öffentlichkeit einfacher möglich waren. Es dürfte nicht zuletzt die Dominanz des öffentlich-rechtlichen Rundfunks gewesen sein, die eine einhellige und argumentbasierte öffentliche Debatte über das Für und Wider eines Verbots von SRP und KPD ermöglichte. Diese Debatte trug dann wiederum dazu bei, dass der Ausgang beider Verfahren weithin akzeptiert wurde.²⁰ Selbstverständlich wäre es verfehlt, sich insbesondere die 1950er-Jahre als Eldorado der Deliberation vorzustellen. Vielmehr existierten in der alten Bundesrepublik des Kalten Krieges mit Westbindung und Antikommunismus zwei diskursive Sanktionsmechanismen, mit deren Hilfe Rechts- und Linksradikale öffentlich in Schach gehalten werden konnten. Wer wollte schon aus dem westlichen Bündnis ausbrechen oder sich als Fünfte Kolonne Moskaus verdächtig machen?²¹ Auch in dieser Hinsicht lässt sich heute nur konstatieren: *tempi passati*. Unter der Bedingung der Digitalisierung droht den Befürwortern eines AfD-Verbots die Delegitimation durch Verfahren.

²⁰ Bezeichnenderweise wirbt Jürgen Habermas am Ende seiner Analyse des neuen Strukturwandels der Öffentlichkeit für eine Stärkung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, vgl. Jürgen Habermas (Fn. 5), S. 67.

²¹ Vgl. dazu Michael Koß, *Demokratie ohne Mehrheit? Die Volksparteien von gestern und der Parlamentarismus von morgen*, 2021.

Party Bans and Populism in Europe

Angela Bourne¹

In the latest episode in a decades-long conversation about militant democracy, the growing electoral success and radicalization of Alternative for Germany have relaunched debates about the appropriateness of restricting the political rights of those who might use those rights to undermine the liberal democratic order. While it is typical for dictatorships to ban parties, democracies also do so, but for different reasons and with compunction. Party bans respond to varying rationales which have evolved over time. However, as my research on responding to populist parties in Europe shows, a ban on the right-wing populist Alternative for Germany would be out of step with more general patterns of opposition to such parties in Europe. Those who disagree with populist parties typically deploy a wide repertoire of opposition initiatives which only rarely take the form of exclusionary measures of militant democracy like party bans.

What kinds of parties are banned in democracies?

Party bans can take several different forms, varying in the extent to which they exclude a party from the public sphere. The harshest form is *dissolving* a party, preventing it from participating in elections, and obtaining positions of authority, and denying it the right to participate in public life. Its assets will be seized by the state, its offices closed, membership of the party prohibited and efforts to reestablish the party punished. A party can also be banned from participating in political life through *non-registration*. Many democracies require new parties to be formally registered before acquiring permission to participate in elections, or access associated public goods such as party funding or broadcast time. Refusing to register means that the state *a priori* denies a new party the right to formally exist. A third form of prohibition involves the partial *denial of rights*. Such measures short of a ban can damage a party's ability to do well in elections; when the rights denial prohibits a party from participating in elections, it is the functional equivalent of banning a party. Party bans can also take the form of *lapsed bans* when a party is formally prohibited, but the state has failed to prevent its reemergence under a different name.

In a study I conducted with Fernando Casal Bértoa mapping variation in party ban practices, we found that 20 out of the 37 European democracies we studied

¹ Dr. Angela Bourne is Professor (With Special Responsibilities) in European Politics at Roskilde University in Denmark.

banned over 50 parties between 1945 and 2015.² Banned parties were antisystem parties clustering around a small number of ideological categories and usually minor in terms of their vote share. Parties of the extreme right and left were well-represented among banned parties in our study, including the Communist Party of Greece (1947), Socialist Reich Party in Germany (1952), the Communist Party of Germany (1956), the Dutch Peoples Union (1979), Centre Party '86 (1998), National Democratic Party in Austria (1988), Flemish Bloc (2004), and the Czech Workers' Party (2010). Substate nationalist parties, some of which were linked to terrorist groups, were also an important category of banned parties, including Sinn Féin banned in the UK (1956), the Serbian Democratic Party banned in Croatia (1995), the United Macedonian Organization Ilinden-Pirin banned in Bulgaria (2001), Herri Batasuna and successors banned in Spain (2003), and Kurdish parties such as the People's Democracy party banned in Turkey (2003). Several Islamist parties were banned in Turkey, notably the Welfare Party (1998) and the Virtue Party (2001). In terms of size, notable exceptions included bans on the radical Basque nationalist party Herri Batasuna and its successors; the Welfare Party in Turkey, and former fascist authoritarian parties banned by successor regimes, in Italy the National Fascist Party (1947) and in Austria German National Socialist Workers Party (1945), and following the fall of the Soviet Union, communist parties banned in Latvia, Lithuania, Moldova and Ukraine in 1991. More of the party banning we examined took place in "new" or "incomplete" democracies than in established ones.

Why ban parties?

Over the long period we studied, Casal Bértoa and I observed that official rationales for banning parties tended to evolve over time, from what Bligh has called the *Weimar paradigm* to the *legitimacy paradigm* of party ban rationales.³ According to Bligh, Weimar-inspired rationales justify banning "parties that seek to abolish democracy wholesale" and aim to "prevent anti-democratic parties from coming to power and implementing their anti-democratic agenda". This rationale also referred to as the *militant democracy paradigm*, captures bans on the Nazi, fascist, and communist parties in our study and, more recently, bans on Islamist parties in Turkey on the grounds that they sought to dismantle democratic regimes. According to Bligh, this rationale fails to capture the substantial number of bans on parties which do not openly promote such clearly anti-democratic ideologies, or which are banned even though they had very little chance of winning

² Angela Bourne/Fernando Casal Bértoa, Mapping 'Militant Democracy': Variation in Party Ban Practices in European Democracies (1945-2015), in: *European Constitutional Law Review* 2017, No. 13, p. 221-247.

³ Gur Bligh, *Defending Democracy: A New Understanding of the Party-Banning Phenomenon*, in: *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 2013, Vol 46 No. 5, p. 1335-1336.

the votes necessary to come to power. The *legitimacy paradigm*, he argues, better captures such cases, justifying bans on parties which do not pose an imminent threat to liberal democracy but nevertheless “threaten certain elements within the liberal constitutional order, such as the commitment to equality and non-discrimination, the absolute commitment to a nonviolent resolution of disputes or secularism”. Rather than regime protection, these bans aim to “to deny extremist parties the forum of institutional expression, legitimacy, and the aura of respectability that is naturally granted to political parties in modern democracy”. This rationale better captures party bans targeting contemporary parties of the extreme right, such as Flemish Block (2004), the Czech Workers Party (2004) the Slovak Community-National Party (2006) and the radical Basque nationalist party Herri Batasuna and its successors (2003).

While party bans may be more common than expected, there are still many democracies that never ban parties, even where parties of similar types to those banned elsewhere can be found. As such, it is important to look beyond official rationales for banning parties to find reasons why some democracies ban parties, but others do not. Studying this question, I identified four main reasons.⁴ Arguably, much depends on how the nature of the purported threat is framed in public debates. Parties seen to represent an existential threat to the physical security of individuals or the state, to the democratic community, prevailing social identities or the political system are more likely to be banned. That threat needs to be deemed sufficient to warrant emergency measures that clash directly with core democratic rights like free association and free speech. Parties with more-or-less open links to groups directly using political violence to pursue political goals, such as terrorist groups, or less indirectly linked to political milieu with a propensity for political violence, such as hooligan or neo-Nazi groups, are easier to frame as an existential threat than those stringently insisting on nonviolence. Party bans are regulated by law in all democracies, and as institutional theory tells us, it matters who the veto players are. Courts typically have the final say in party ban decisions, but partisan veto players represented in parliamentary majorities or party-controlled public authorities, like interior ministries, can prevent a potential candidate for party bans from coming to trial in some countries. The gravity of banning a party from a constitutional point of view and the possibility that it might backfire, calls for cautious use of party bans, typically as a matter of last resort. As such, parties are likely to be banned if alternative forms of marginalization are not effective.

⁴ Angela Bourne, *Democratic Dilemmas, Why Democracies Ban Political Parties*, 2018, Routledge.

Party bans and populist parties

Party bans are, however, rarely used to respond to populist parties like Alternative for Germany. In a project funded by the Carlsberg Foundation on Populism and Democratic Defence (CF20-08), my colleagues and I collected data on responses to governing populist parties Fidesz in Hungary and Law and Justice in Poland, to longer-standing parties like League in Italy, the Danish People's Party and the Sweden Democrats, and the new parties Vox and Podemos in Spain, the Five Star Movement in Italy and Alternative for Germany.⁵ Populist parties mobilize on claims to better represent the “common people” against “a corrupt elite”. They have become increasingly successful in Europe, winning an increasing vote share and often taking on a governing role. There is an ambiguous relationship between populism and democracy. Sometimes, appeals to popular sovereignty reflect projects which seem to genuinely seek to improve democracy. Sometimes elites are corrupt and should be opposed. Other times, populism seems to justify dismantling constitutional constraints on the will of the majority. Populists in power can damage the quality of democracy and dismantle liberal constraints on executive power by undermining the rule of law, controlling the media, and harassing political oppositions.

The electoral success and the ambiguous orientation of populist parties to liberal democracy make party bans unlikely. In some cases, populist parties or their supporters are veto players. While populists polarize politics, sharpening social divisions between the “good” people and the “corrupt elite” or “unworthy others”, they typically have many supporters. In most cases, populist parties in Europe win seats and come to office following internationally recognized free and fair elections. Together with doubts sowed by populist appeals to political sovereignty, the legitimacy obtained by winning over citizens in large numbers makes it difficult to persuade many that populist parties are an existential threat to the democratic community.

Instead, as our research has shown, the direction of travel is away from intolerant or *exceptional* measures like party bans, or even ostracism by political parties, towards what I call tolerant or *normal politics*.⁶ While *exceptional politics* suspends rights, privileges, and respect that political parties would usually enjoy, either by law or in practice, because of their representative role in a democratic society and/or as a governing party in the international sphere, *normal politics* observes or upholds them. Although Germany remains something of an exception,

⁵ See Angela Bourne/Tore Vincents Olsen, Tolerant and intolerant responses to populist parties: who does what, when and why?, in: Special issue Comparative European Politics 2023, Vol. 21, p. 725-741.

⁶ Angela Bourne, Responding to Populist Parties in Europe: The Populist People vs the Other People, 2023, Oxford University Press.

and those who disagree with populist parties still often use the language of democratic defence, opponents are much more likely to use *ordinary legal controls*, including the initiation of legal proceedings in both national and international courts, applying constitutional *checks and balances* to limit the ability of populist parties to implement illiberal or anti-democratic policies, and using *judicial controls* to safeguard rights of others, enforcing ordinary laws on racism, hate speech, or against corruption. Our research also shows just how far the political competitors of populist parties have travelled from the more-or-less systematic practice of *ostracism* to embracing collaborative relationships with populist parties in both government and parliament. While there are still important cases where parties refuse on principle to cooperate with mainly right-wing populist parties – in Germany, France, and Belgium, for example – more often than not, ostracism is contemplated when new populist parties emerge but soon dropped once their vote share grows. Such strategies may pursue many goals, but integration rather than exclusion may, in some cases, lead to political moderation, socialization to democratic norms, or even incumbency costs weakening voter support.⁷ Other parties may also use *oppositional politics* deploying ordinary parliamentary procedures to block legislation or pose no-confidence votes to limit the ability of populist parties to implement illiberal or anti-democratic policies. Although it varies from country to country, populist parties often face backlash from civil society actors, sometimes in mass public protests demonstrating the strength of disagreement and showing solidarity with vulnerable communities. Similarly, monitoring, investigating, and reporting on the activities and claim-making of anti-democratic parties by a wide range of national and international agencies, institutions, and civil society groups is used to cast a light on mismatches in what populist parties say and do, and the veracity of their claims. Presumably, this menu offers better alternatives for responding to parties like Alternative for Germany when they challenge liberal democracy principles and values.

⁷ See for example, Joost van Spanje, Keeping the rascals in: Anti-political-establishment parties and their cost of governing in established democracies, in: *European Journal of Political Research* 2011, Vol. 50, No. 5, p. 609-635; Tjitske Akkerman/Sarah L. de Lange, Radical Right Parties in Office: Incumbency Records and the Electoral Cost of Governing, in: *Government and Opposition* 2012, Vol. 47, No. 4, p. 574-596; Tjitske Akkerman/Sarah de Lange/Matthijs Rooduijn (Hrsg.), *Radical Right-Wing Populist Parties in Western Europe: Into the Mainstream?*, 2017, Routledge.

Verbot und Ausschluss von der staatlichen Finanzierung auch für Teilorganisationen von Parteien

Paradoxien und Anpassungsbedarf im BVerfGG

Hermann Heußner¹/Arne Pautsch²

Die Diskussion um ein Parteiverbot ist begleitet von politischen Bedenken vor allem hinsichtlich eines Scheiterns, das bei einem Antrag gegen die Gesamtpartei zumindest nicht ausgeschlossen werden kann. Möglicherweise kommt es demnächst zu einer Neubewertung bei der Einstufung der Bundespartei durch das Bundesamt für Verfassungsschutz³, nicht zuletzt vor dem Hintergrund der Berufungsentscheidung des OVG Münster vom 13.05.2024⁴. Gefestigt ist nur, dass sich die Einstufung der AfD-Landesverbände als „gesichert rechtsextremistisch“ durch die Landesverfassungsschutzbehörden bislang ausdrücklich nur auf die Teilorganisationen in Thüringen, Sachsen und Sachsen-Anhalt bezieht. Bereits wenige Anpassungen im BVerfGG sollten es ermöglichen, dass ein Verbotsantrag auch hinsichtlich der Teilorganisation einer Partei und dieser auch von einer Landesregierung gestellt werden kann.⁵ Dasselbe gilt für den Ausschluss von der staatlichen Finanzierung von Teilorganisationen.

Paradoxien im BVerfGG

Die überwiegend einfachrechtlich in den §§ 43 ff. BVerfGG erfolgte Ausgestaltung sowohl des Parteiverbots als auch des Ausschlusses von der staatlichen Parteienfinanzierung führt zu gewissen Paradoxien der wehrhaften Demokratie im einfachen Recht. Denn einerseits dürfte bei den AfD-Landesverbänden in Thüringen, Sachsen und Sachsen-Anhalt angesichts ihrer Einstufung als „gesichert

¹ Prof. Dr. Hermann K. Heußner ist Professor für Öffentliches Recht und Recht der Sozialen Arbeit an der Hochschule Osnabrück.

² Prof. Dr. Arne Pautsch ist Professor für Öffentliches Recht und Kommunalwissenschaften an der Hochschule Ludwigsburg. Dort ist er zugleich Co-Direktor des Ludwigsburger Demokratie Instituts (LDI).

³ Verfassungsschutz bereitet offenbar neue AfD-Einstufung vor, Tagesschau vom 26.02.2024, <https://www.tagesschau.de/inland/afd-bericht-gutachten-verfassungsschutz-100.html> (zuletzt abgerufen 25.04.2024).

⁴ OVG Münster, Urteil vom 13.05.2024, 5 A 1216/22, <https://dejure.org/ext/e501a48244ff396e9337caf73ff73d32> (zuletzt abgerufen 14.07.2024).

⁵ Dazu eingehend jüngst Hermann Heußner/Arne Pautsch/Esther-Magdalena de Haan, Zulässigkeits- und Verfahrensfragen der wehrhaften Demokratie – Zu den Verfahren nach Art. 21 Abs. 2 und Abs. 3 GG sowie Art. 18 GG, in: Neue Justiz 2024, Nr. 3, S. 97 ff.

rechtsextremistisch“ von hinreichenden Erkenntnissen über ihre Verfassungsfeindlichkeit auszugehen sein. In Anbetracht ihrer Umfragewerte sowie der bereits bestehenden Präsenz in den Landtagen dürfte auch die vom BVerfG geforderte „Potentialität“⁶ u.a. über den „Einflusskanal“ Bundesrat möglich erscheinen. Die Dominanz des lediglich formal aufgelösten sog. „Flügels“ gerade in Thüringen und die angestrebte Regierungsbeteiligung in den Ländern Thüringen, Sachsen und Brandenburg – mindestens aber das Erreichen einer Sperrminorität in Bezug auf Verfassungsänderungen – lassen erwarten, dass die Potentialitätsstufe nach den Landtagswahlen im Herbst 2024 bezogen auf die Wirkmöglichkeiten der dortigen Landesverbände überschritten wird. Andererseits sperrt das einfache Recht – nämlich das in Ausfüllung von Art. 21 Abs. 5 GG in den §§ 43 ff. entsprechende Regelungen betreffende BVerfGG – hingegen *de lege lata* eine Antragstellung durch die Verfassungsorgane der betroffenen Länder, vor allem die jeweilige Landesregierung. Denn selbst wenn es einen entsprechenden politischen Willen zur Antragstellung gäbe, könnte eine Landesregierung mangels Antragsberechtigung derzeit keinen Verbots- oder Finanzierungsausschlussantrag bezüglich eines AfD-Landesverbands an das BVerfG stellen, ohne bereits an dieser zentralen Zulässigkeitsvoraussetzung zu scheitern. Antragsberechtigt ist eine Landesregierung nach § 43 Abs. 2 BVerfGG nämlich nur dann, wenn sich der Antrag gegen eine Partei richtet, deren Organisation sich auf das Gebiet ihres Landes beschränkt. Die Antragsberechtigung einer Landesregierung ist deshalb derzeit nur gegeben, wenn die jeweilige Partei ausschließlich im jeweiligen Land existiert und es somit sowohl an einer Präsenz in anderen Ländern als auch an einer Gesamtorganisation im Bund fehlt.⁷

Die Konsequenz daraus ist allerdings, dass es allein an den in § 43 Abs. 1 BVerfGG abschließend aufgeführten üblichen Antragsberechtigten – Bundestag, Bundesrat oder Bundesregierung – wäre, einen Antrag nach Art. 21 Abs. 2 oder Abs. 3 GG an das BVerfG zu stellen, obschon die Verfassungswidrigkeit allein auf einen Landesverband – und damit im Sinne des PartG auf eine Untergliederung der Gesamtpartei – bezogen ist. Dessen Verfassungsfeindlichkeit wird sich zunächst vornehmlich im Verfassungsraum des jeweiligen Landes entfalten. Die Parteien könnten ihre Landesverbände zunächst als Versuchsfeld nutzen⁸, um die Toleranz des politischen Diskurses für radikale Entwicklungen einer Partei auszutesten, ohne dass für das Land bzw. seine Verfassungsorgane (die Landesregierung, vgl. § 43 Abs. 2 BVerfGG) derzeit eine verfassungsprozessuale Möglichkeit

⁶ BVerfG, Urteil vom 17.01.2017, 2 BvB 1/13, Rn. 585 ff., https://www.bverfg.de/e/bs20170117_2bvb000113.html (zuletzt abgerufen 19.06.2024) = BVerfGE 144, 20 (224 f.).

⁷ Hermann Heußner/Arne Pautsch/Esther-Magdalena de Haan (Fn. 5), S. 98.

⁸ Aziz Z. Huq/Tom Ginsburg, Subnational Politics and the Path of National Democracies: A Preliminary Look at Recent German and American Experiences, (2024), Verfassungsblog, <https://dx.doi.org/10.59704/eda6c914f5caa32b> (zuletzt abgerufen 25.04.2024).

bestünde, gegen den im eigenen Land agierenden extremistischen Landesverband vor dem BVerfG vorzugehen.

Landesregierung als Antragsberechtigte

Der Bundesgesetzgeber kann dieses Problem bereits mit einer kleinen, aber wirkungsvollen Anpassung des § 43 Abs. 2 BVerfGG auflösen. Dieser wäre dergestalt zu ergänzen, dass eine Landesregierung auch dann antragsberechtigt ist, wenn sich die Tätigkeit eines rechtlich bzw. organisatorisch selbständigen Teils einer Partei nicht nur auf das jeweilige Bundesland beschränkt bzw. sogar eine bundesweite Gesamtorganisation besteht und die Feststellung der Verfassungswidrigkeit sich nur auf den jeweiligen Landesverband bezieht. Denn nach derzeit geltendem Recht (§ 43 BVerfGG) wäre jede Landesregierung, die einen Antrag nach § 43 BVerfGG verfolgen will, stets auf den ungewissen Weg über den Bundesrat angewiesen, um eine verfassungsgerichtliche Feststellung über eine nur in „ihrem“ Land als gesichert extremistische Teilorganisation der Gesamtpartei vorzugehen. Dies verkehrt aber auch den von Art. 21 Abs. 2 bzw. Abs. 3 GG intendierten Schutz des sog. Parteienprivilegs in sein Gegenteil, wohingegen der Nutzen einer solchen Erweiterung gleich in doppelter Hinsicht auf der Hand liegt: Zum einen könnte bereits die Möglichkeit eines solchen Antrags durch einzelne Landesregierungen eine abschreckende Wirkung entfalten und die Gesamtpartei anhalten, extremistische Strömungen in den Landesverbänden mit Ordnungsmaßnahmen einzudämmen. Zum anderen wäre ein isoliertes Vorgehen nur gegenüber einzelnen – nachweislich verfassungsfeindlichen – Landesverbänden gegenüber einem Vollverbot oder Vollausschluss von der staatlichen Parteienfinanzierung der Gesamtpartei im Sinne des „Parteienprivilegs“ auch eine mildere, dessen Schutz dienende Minusmaßnahme. Denn ein solcher Antrag würde ein gezieltes Vorgehen gegen verfassungsfeindliche Strömungen innerhalb einer Partei ermöglichen, ohne dass die Gesamtpartei mit dem Vorwurf der Verfassungswidrigkeit belastet wird.

Den Kreis der Antragsberechtigten zu erweitern, leistet einer Kritik, wonach das Parteiverbotsverfahren dazu diene, sich demokratische Konkurrenz vom „Leibe zu halten“, keinen Vorschub. Denn es bleibt beim Entscheidungsmonopol des BVerfG. Nur wenn dieses die Verfassungsfeindlichkeit feststellt, kommt es zum Verbot oder Ausschluss von der staatlichen Finanzierung. Wenn Verfassungsfeindlichkeit gegeben ist, handelt es sich aber eben um keine demokratische Konkurrenz.

Möglichkeit der Antragsbegrenzung auf Teilorganisationen für Bundesverfassungsorgane

Bislang umstritten ist auch die Frage, ob sich der von den Antragsberechtigten nach § 43 Abs. 1 S. 1 BVerfGG – Bundestag, Bundesrat oder Bundesregierung – gestellte Antrag stets auf die Gesamtpartei beziehen muss oder ob ein Antragsberechtigter, der nur eine Teilorganisation einer Partei wie einen Landesverband für verfassungswidrig hält, den Antrag auf diese Teilorganisation beschränken kann. Zum Teil wird dies mit der Begründung angenommen, dass das BVerfGG gem. § 46 Abs. 2 BVerfGG in der Lage ist, das Verbot auf einen rechtlich oder organisatorisch selbständigen Teil einer Partei zu beschränken, weshalb ein derartiger Antrag im Umkehrschluss möglich sein müsste.⁹ Mehrheitlich wird allerdings davon ausgegangen, dass ein derartiger Antrag unzulässig sei: § 46 Abs. 2 BVerfGG beziehe sich lediglich auf die Entscheidungsmöglichkeiten des BVerfGG und nicht auf den Antrag.¹⁰ *De lege lata* ist die überwiegende Ansicht auch überzeugend: Schon nach dem Wortlaut des § 43 Abs. 1 BVerfGG ist ein Antrag nur gegen die Gesamtpartei denkbar. Im Gegensatz zu § 46 Abs. 2 BVerfGG lässt zudem § 43 Abs. 1 BVerfGG die Teilorganisationen unerwähnt, was systematisch gegen eine mögliche Beschränkung des Antrags spricht. Ausgehend vom Sinn und Zweck des Art. 21 Abs. 2 GG ist es deshalb notwendig, den § 43 Abs. 1 BVerfGG zu ändern, so dass ein Antrag hinsichtlich einer Teilorganisation möglich wäre. Auch hier würde wieder das bereits bemühte Argument durchgreifen, dass es sich um eine Minusmaßnahme handelt, die das Parteienprivileg in Bezug auf die Gesamtpartei schonen würde.

Ausschluss von Teilorganisationen von der Parteienfinanzierung

Im Hinblick auf den Ausschluss von Teilorganisationen von der staatlichen Parteienfinanzierung fehlt im BVerfGG jede Regelung. Auch dies ist unverhältnismäßig. Denn der Ausschluss von der Parteienfinanzierung ist das mildere Mittel gegenüber dem Verbot. Und sofern es an der Gefahrenpotentialität von gesichert verfassungsfeindlichen Teilorganisationen fehlt, ist es dennoch geboten, auch Teilorganisationen die staatliche Alimentierung entziehen zu können. Die notwendige Klarstellung entsteht für die antragsberechtigten Bundesorgane dadurch, dass die hier vorgeschlagene Erweiterung von § 43 Abs. 1 BVerfGG auf Teilorganisationen von Parteien es erlaubt, auch den Finanzausschluss von Teilorganisationen zu beantragen. Für die gem. § 43 Abs. 2 BVerfGG antragsberechtigten

⁹ Franz Wilhelm Dollinger, in: Burkiczak/Dollinger/Schorkopf (Hrsg.), BVerfGG, 2. Aufl. 2021, § 43 Rn. 26; Klaus Ferdinand Gärditz, Für ein Verbot der AfD – zum Schutz der Demokratie, in: Blätter für deutsche und internationale Politik 2023, Nr. 10, S. 40.

¹⁰ Christian von Coelln, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge (Hrsg.), BVerfGG, Stand: 63. EL Juni 2023, § 43 Rn. 11; Thomas Kliegel, in: Barczak (Hg.), BVerfGG, 1. Aufl. 2017, § 43 Rn. 22.

Landesregierungen ergibt sich die Klarstellung durch die auch für Abs. 2 vorgeschlagene Erweiterung auf Teilorganisationen. Denn Anträge aus Abs. 2 beziehen sich auf Anträge gem. Abs. 1, also auch auf Anträge auf Finanzausschluss. § 46a BVerfGG müsste zur Anwendung auf einen rechtlich oder organisatorisch selbstständigen Teil einer Partei ebenfalls angepasst werden. Zugleich wäre in § 46a Abs. 1 BVerfGG die Regelung des § 46 Abs. 2 BVerfGG für entsprechend anwendbar zu erklären. Damit wäre sichergestellt, dass das BVerfGG auf Antrag eines Bundesorgans seine Feststellung auf einen rechtlichen oder organisatorischen Teil einer Partei beschränken kann.

Fazit

Bereits wenige Anpassungen im BVerfGG können es ermöglichen, dass ein Verbandsantrag auch hinsichtlich der Teilorganisation einer Partei und dieser auch von einer Landesregierung gestellt werden kann. Ebenso muss der Finanzausschluss im Hinblick auf einen Landesverband einer Bundespartei ermöglicht werden und ebenfalls von einer Landesregierung beantragt werden können. Derlei würde aus aktuellem Anlass nicht nur zur einfachrechtlichen Präzisierung der wehrhaften Demokratie im BVerfGG beitragen, sondern darüber hinaus auch einen schonenderen (nämlich verhältnismäßigeren) Umgang mit dem Parteienprivileg sicherstellen.

Die Fallstricke der wehrhaften Demokratie

Wolfgang Merkel¹

Louis Antoine de Saint-Just wird auf dem Höhepunkt des jakobinischen Terrors der Satz zugeschrieben: „Keine Freiheit den Feinden der Freiheit!“ Nur wenig später fiel Saint-Just 1794 mit seinem Freund Robespierre dem revolutionären Fallbeil und damit der extremsten Ausdrucksform seines eigenen Satzes zum Opfer. Der berühmte Imperativ des französischen Revolutionärs wurde durch die Zeitläufe und politischen Lager hindurch tradiert, zitiert und moduliert. Die in Westdeutschland populäre Formulierung „Keine Toleranz den Feinden der Toleranz“ ist eine kurze Synthese von Zitaten Karl R. Poppers und des deutschen Politikwissenschaftlers Dolf Sternberger. Sie gehört seit den fünfziger Jahren zum Sprachschatz der wehrhaften Demokratie. Gegenwärtig erlebt sie eine neue Renaissance. Getrieben wird sie dieses Mal nicht von Konservativen, sondern paradoxerweise von jenem grün-linken Lager, das in den siebziger Jahren selbst Objekt illiberaler Observierung und beruflicher Diskriminierung war.

Revisiting Kelsen, Schmitt und Löwenstein

Der Begriff der „wehrhaften“ oder „streitbaren“ Demokratie jedoch ist älter. Nicht von ungefähr stammt er aus den späten 1930er-Jahren, als der rechte wie der linke Totalitarismus in den Terrorregimen Deutschlands und der Sowjetunion kurz vor dem Höhepunkt stand. Formuliert wurde er erstmals 1937 von dem deutschen Staats- und Verfassungsrechtler Karl Löwenstein, der auf der Flucht vor den Nazis in die USA emigriert war. Löwenstein führte den Begriff als „militant democracy“ in die politische und verfassungsrechtliche Debatte ein². Er muss nicht zwingend als „wehrhafte Demokratie“ übersetzt werden. „Streitbare Demokratie“ oder wörtlich „militante Demokratie“ wären mögliche Alternativen. Der Soziologe Karl Mannheim, ebenfalls vor den Nazis geflüchtet, griff den Terminus an der London School of Economics auf und deutete „militant democracy“ gesellschaftstheoretisch als einen „third way“ zwischen dem Neutralismus des liberalen

¹ Prof. (em.) Dr. Wolfgang Merkel war Direktor am Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung (WZB) und Prof. für Politische Wissenschaft an der Humboldt Universität zu Berlin. Eine kürzere Fassung des Textes ist in der Neuen Zürcher Zeitung am 21. März 2024 veröffentlicht worden: Debatte um AfD-Verbot: Intoleranz rettet nie die Demokratie, <https://www.nzz.ch/meinung/afd-verbot-intoleranz-rettet-nie-die-demokratie-ld.1822625> (zuletzt abgerufen 25.04.2024).

² Karl Loewenstein, Militant Democracy and Fundamental Rights, in: *The American Political Science Review* 1937, Vol. 31, No. 3, pp. 417-432.

laissez faire und einer etatistischen Durchplanung der Massengesellschaft³. Mannheims Ideen verblassten, Löwensteins Überlegungen blieben. Sie erleben gerade eine begriffliche Renaissance.

Die Beratungen zum Grundgesetz begleitete die Erinnerung an das Scheitern der vermeintlich schutzlosen Weimarer Republik und an die Machtergreifung⁴ der Nationalsozialisten als mahndendes Gebot, die zweite demokratische Republik des Landes nicht wehrlos den Feinden der Demokratie zu überlassen. Auch wenn heute sowohl in der verfassungsrechtlichen wie politikwissenschaftlichen Debatte die konstitutionelle Wehrlosigkeit der Weimarer Demokratie mit guten Argumenten bestritten wird⁵, fand der Gedanke der demokratischen Wehrhaftigkeit manifesten Ausdruck in mehreren Artikeln des Grundgesetzes der Bundesrepublik. Hans-Jürgen Papier, der ehemalige Präsident des Bundesverfassungsgerichts, und Wolfgang Durner sprechen von einer „Instrumententrias mit direkten Eingriffsbefugnissen gegenüber verfassungsfeindlichen Organisationen, Individuen und Parteien“⁶. Die Trias bezieht sich auf Art. 9 Abs. 2 GG (Verbot von Vereinigungen), Art. 18 (Verwirkung von Grundrechten) und insbesondere Art. 21 Abs. 2 (Parteienverbot). Während bei Art. 9 die Exekutive selbst entscheiden kann, wird bei den Artikeln 18 und 21 das Bundesverfassungsgericht auf politischen Antrag hin zum „Hüter der Verfassung“. Überwölbt wird dieser verfassungsrechtliche Kernbereich der streitbaren Demokratie durch Art. 79 Abs. 3, der u.a. die „Ewigkeit“ der in Art. 1 und 20 festgelegten Grundsätze statuiert und damit die Normen der Menschenwürde, des Demokratieprinzips und des Rechts wie Sozialstaats ewigkeitsfest der zukünftigen demokratischen Disposition entzieht. Damit wurden dem zukünftigen Souverän und der Mehrheitsdemokratie wenige, aber eherne Grenzen gesetzt.

Die Ursprünge und wirkungsmächtigen historischen Kontexte der „Instrumententrias“ sind leichter nachzuzeichnen als eine demokratietheoretische Würdigung der Ambivalenzen der wehrhaften Demokratie selbst. Wo liegen eigentlich die Segnungen, Paradoxien und Fallstricke des Konzepts aus demokratischer Perspektive? Wie können liberale Demokratien die legitimen Mechanismen demokratischer Selbstverteidigung etablieren, ohne dass sie ihre eigenen Grundprinzi-

³ Karl Mannheim. *Diagnosis of Our Time: Wartime Essays of a Sociologist*, Collected Works Volume III, 1943, London, pp. 4-8.

⁴ Rainer. M. Lepsius, *From Fragmented Party Democracy to Government by Emergency Degree and National Socialist Takeover: Germany*, in: Juan J. Linz/Alfred Stepan (Hrsg.), *The Breakdown of Democratic Regimes*, Baltimore 1978, pp. 34-78.

⁵ U.a. Gertrude Lübbecke-Wolff, *Wehrhafte Demokratie: Die Instrumente des Parteiverbots und der Grundrechtsverwirkung*, *VerfBlog* v. 13.10.2023, <https://dx.doi.org/10.59704/e29627dcada0af10> (zuletzt abgerufen 16.07.2024); Horst Dreier/Christian Waldhoff, *Das Wagnis der Demokratie*, München 2018.

⁶ Hans Jürgen Papier/Wolfgang Durner, *Streitbare Demokratie*, S. 353, in: *AöR* Vol. 128, No. 3 (2003), S. 340-371.

prien desavouieren? Da lohnt es sich, bei bedeutenden Adressen der Staatsrechtslehre, Hans Kelsen und Carl Schmitt nachzusehen und auch Karl Löwenstein als den Erfinder des Begriffs „militant democracy“ zu konsultieren. Alle drei stehen für eine je eigene Sicht auf den demokratischen Staat über das 20. Jahrhundert hinaus.

Hans Kelsen, vielleicht der bedeutendste Verfassungstheoretiker des vergangenen Jahrhunderts, gilt als Kronzeuge gegen die wehrhafte Demokratie. In seiner frühen Schrift vom „Wesen und Wert der Demokratie“ (1929) plädiert Kelsen für einen radikalen weltanschaulichen Relativismus, der den leichtfertigen Protagonisten wertegetränkter Diskurse den Atem stocken lässt. Kelsen schreibt: „Darum ist der Relativismus die Weltanschauung, die der demokratische Gedanke voraussetzt. Demokratie schätzt den Willen jedermanns gleich ein, wie sie auch jeden politischen Glauben, jede politische Meinung, deren Ausdruck ja nur der politische Wille ist, gleichermaßen achtet. Darum gibt sie jeder politischen Überzeugung die gleiche Möglichkeit sich zu äußern und im freien Wettbewerb um die Gemüter der Menschen sich geltend zu machen“⁷. Wenn aber, so muss man dem großen Staats- und Demokratiegelehrten entgegenhalten, eine Demokratie von ihren Feinden angegriffen, ausgehöhlt oder in ihrer Existenz bedroht wird, darf sie sich dann nicht wehren, mit allen ihren legalen Mitteln? Kelsens Antwort in seiner Schrift „Verteidigung der Demokratie“ (1932) ist klar: „Eine Demokratie, die sich gegen den Willen der Mehrheit zu behaupten, gar mit Gewalt zu behaupten versucht, hat aufgehört Demokratie zu sein ... d.h. wer für die Demokratie ist, darf sich nicht in den verhängnisvollen Widerspruch verstricken lassen und zur Diktatur greifen, um die Demokratie zu retten“⁸. Entwaffnet Kelsen damit die Demokratie, spricht er ihr ein Selbstverteidigungsrecht ab?

Jein. 1952 wird er in seiner Abschiedsvorlesung in Berkeley argumentieren, dass eine demokratische Regierung gewaltsamen Versuchen ihrer Beseitigung durchaus mit Gewalt entgegentreten könne. Aber eine tolerante Demokratie könne nur in dem Maße tolerant bleiben, „wie sie friedliche Äußerungen anti-demokratischer Anschauungen nicht unterdrückt. Gerade durch solche Toleranz unterscheidet sich Demokratie von Autokratie“. Die rote Linie sei die Gewalt, nicht aber schon Existenz, Programmatik und Äußerungen anti-demokratischer Parteien und einzelner Politiker.⁹ Schon gar nicht wäre die von nachrichtendienstlichen Exekutiven wie dem skandalumwitterten Verfassungsschutz geäußerte Vermutung des „gesicherten Rechtsextremismus“ oder problematischer noch der

⁷ Hans Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 1929, zit. nach der Reclam Ausgabe, Leipzig 2018, S. 132.

⁸ Hans Kelsen, *Verteidigung der Demokratie*, 1932, hier zit. nach Horst Dreier, *Hans Kelsen zur Einführung*, Hamburg 2023, S. 163.

⁹ Hans Kelsen, *Was ist Gerechtigkeit*, 1953, zit. nach Horst Dreier, *Hans Kelsen zur Einführung*, Hamburg 2023, S. 166.

„verfassungsschutzrelevanten Delegitimierung des Staates“ einer Partei die legitime Grundlage eines Verbotsverfahrens. Die Logik des wertrelativistischen radikalen Pluralismus schließt Verbotsmaßnahmen gegenüber antidemokratischen Parteien aus. Diese wären nicht nur intolerant, sondern auch undemokratisch. Kelsens Paradoxie-Verdacht lautet: In dem Versuch einer Regierung, die Demokratie gegen ihre intoleranten Feinde zu schützen, nähme diese selbst intolerante Züge an, würde ihren Feinden ähnlich und zerstörte die Grundlagen der Demokratie. Ein Parteienverbot der AfD, wie es heute in Deutschland diskutiert wird, wäre mit Kelsen nicht zu beglaubigen. In der öffentlichen Debatte würde der einflussreichste Verfassungstheoretiker des 20. Jahrhunderts vermutlich rasch als ein weltfremder Träumer oder gefährlicher Denker dastehen.

Der Antipode zu Kelsen in der Nachkriegsdebatte ist Karl Löwenstein. Er greift implizit auf Carl Schmitt zurück, um dann explizit Ideen zu entwickeln, wie die Demokratie durch Verbote ihren Bestand zu sichern vermag. Schmitt hat sich schon früh gegen Kelsens wertrelativistischen Prozeduralismus gewandt. Verfassungen fußten – so Schmitt – auf grundlegenden Prinzipien, die nicht legal zu beseitigen seien. Eine wertneutrale Interpretation der Verfassung sei „eine Neutralität bis zum Selbstmord“ schrieb er in „Legalität und Legitimität“ (1932). So sieht es auch Löwenstein. Im Gegensatz zu Schmitts abstrakter staatstheoretischer Argumentation entwickelt er seine praktische Idee der „militant democracy“ aus der konkreten Auseinandersetzung mit den (vermeintlichen) Ursachen des Untergangs der Weimarer Republik. Wo Kelsen davor warnt, die Intoleranz der Demokratiefeinde mit intoleranten Mitteln zu bekämpfen, empfiehlt Löwenstein genau diese. Der „Faschismus“ könne nur auf seinem eigenen Felde mit seinen eigenen Mittel geschlagen werden. Zu glauben, die normativ überlegene Idee der Demokratie werde über die faktische Gewalt obsiegen, ermutige den Faschismus ohne die Demokratie zu stabilisieren¹⁰. Der „demokratische Fundamentalismus“ und die „legalistische Blindheit“ seien weder willens noch in der Lage zu erkennen, dass es gerade die Prinzipien und Verfahren der Demokratie sind, die den Demokratiefeinden als Trojanisches Pferd dienen. Es ist der exzessive Formalismus des Rechtsstaats und die „Verzauberung der formalen Gleichheit“, der die Demokratie abhielte, „diejenigen Parteien aus dem Spiel zu nehmen, die dessen fundamentale Regeln nicht anerkennen“. Die Demokratie muss bereit sein, auch grundsätzliche Prinzipien aufzugeben, um letztlich genau diese Prinzipien zu retten: „Democracy has to become militant“¹¹.

¹⁰ Karl Loewenstein, *Militant Democracy and Fundamental Rights*, in: *The American Political Science Review* 1937, Vol. 31, No. 3, pp. 417-432.

¹¹ *Ibid.* 423.

Ein Parteiverbotsverfahren wäre riskant

Während Kelsens kompromisslose Prinzipientreue in ihrer intellektuellen Ästhetik fasziniert, in der Praxis aber deprimiert, entgeistert die normative Prinzipienlosigkeit Löwensteins, mit der dieser die Demokratie vor ihren Feinden schützen will. Beide Positionen erscheinen heute unter dem Eindruck einer sich transatlantisch aufbauenden Welle des Rechtspopulismus weder politisch hinreichend (Kelsen) noch demokratietheoretisch legitimierbar (Löwenstein). Das Grundgesetz ist feiner und ausgewogener normiert als dies Löwensteins illiberale Vorschläge befürchten lassen. Die wehrhafte Trias von Vereinigungsverbot, Verwirkung von Grundrechten und Parteiverbote wurde von den autorisierten Institutionen in der Regel mit Zurückhaltung gehandhabt. Während die normativ am wenigsten problematischen Vereinigungsverbote in beachtlicher Zahl verhängt und gerichtlich bestätigt wurden, wurden Parteiverbote in der Geschichte der Bundesrepublik Deutschland sechs Mal auf den Weg gebracht und nur zweimal durch das Bundesverfassungsgericht verhängt. Lediglich vier Anträge auf Verwirkung der Grundrechte wurden bisher gestellt. Kein einziger wurde vom BVerfG positiv beschieden. Der sich in einer fortgeschrittenen Agonie befindlichen „Heimat“ (vormals NPD) wurde mit Urteil des BVerfG vom Januar 2024 auf sechs Jahre die staatliche Finanzierung (§ 18 PartG) entzogen¹². Dies ist normativ nachvollziehbar, politisch bleibt es irrelevant.

Jüngst wurde die Forderung auf Aberkennung der Grundrechte des völkischen Rechtsextremisten Björn Höcke populär. Dieses Ansinnen mag im Falle Höckes substantiell begründbar sein. Aber eine Gefahr für die Demokratie der Bundesrepublik Deutschland im Sinne des „Potentialitätsarguments“ des Bundesverfassungsgerichts daraus abzuleiten, hieße die Stabilität unserer Demokratie zu unter- und die Bedeutung Höckes zu überschätzen. Das Potentialitätsargument, vom Bundesverfassungsgericht im zweiten NPD-Verbotsverfahren (2013-2017) formuliert, besagt, dass eine Partei auch das faktische Potential haben muss, die freiheitlich demokratische Grundordnung in Deutschland zu gefährden, um letztendlich verboten zu werden¹³. Für reine Symbolik darf eine solche einschneidende Verfassungsnorm nicht leichtfertig verschleudert werden.

Damit bleibt aus der wehrhaften Trias der freiheitlich demokratischen Grundordnung (FDGO) nur das Parteienverbot übrig. Wie ist der lauter werdende Ruf nach einem Verbot der AfD aus demokratietheoretischer Sicht zu bewerten? Pragmatisch wäre die Initiierung eines Verbotsverfahrens riskant. Die langwierigen Tatsachenerhebungen des Bundesverfassungsgerichts, die Prüfung der Material-

¹² BVerfG, Urteil vom 23.01.2024, 2 BvB 1/19, https://www.bverfg.de/e/bs20240123_2bvb000119.html (zuletzt abgerufen 19.06.2024).

¹³ BVerfG, Urteil vom 17.01.2017, 2 BvB 1/13, Rn. 585 ff., https://www.bverfg.de/e/bs20170117_2bvb000113.html (zuletzt abgerufen 18.06.2024).

sammlung des Bundesamts für Verfassungsschutz, Anhörungen von Experten, Beratungen und Urteil dürften zwei bis drei Jahre dauern. Ein sich hinziehendes Verfahren würde wie ein Konjunkturprogramm für die AfD wirken. Sie könnte sich in ihrer Lieblingsrolle präsentieren, als die von den „Systemparteien“ verfolgte wahre Opposition, und weitere Proteststimmen auf sich ziehen. Würde am Ende das Bundesverfassungsgericht ein Verbot ablehnen, entstünde ein Legitimationszuschuss mit unübersehbaren politischen Folgen. Würde das Gericht die Partei verbieten, wären damit noch längst nicht ihre Wähler verschwunden.

Und hier kommt die normative Frage ins Spiel. Ist das Verbot einer Partei, die in Umfragen im Bund auf 20%, in einzelnen ostdeutschen Bundesländern auf 30% der Wählerschaft kommen kann, nicht nur verfassungsrechtlich, sondern auch demokratietheoretisch zu legitimieren? Würde nicht ein signifikanter Teil des Demos, von dem die letztinstanzliche Macht in einer Demokratie auszugehen hat, seiner Wahlpräferenzen und gewählten Repräsentanz beraubt? Würde sich nicht ein Gericht anmaßen, den politischen Pluralismus der Gesellschaft paternalistisch einzuschränken? Würde der Gesellschaft nicht die Möglichkeit radikaler Opposition untersagt und der Pluralismus innerhalb des politischen Systems antipluralistisch gestutzt werden? Dies sind Fragen, die verfassungsrechtlich mit dem Artikel 21 Abs. 2 GG zwar als zulässig beantwortet werden können, für eine konsolidierte Demokratie aber etwa nach Ansicht der radikalen Demokratietheorie einen unverhältnismäßigen Eingriff in die Souveränität eines nicht unerheblichen Teils des Demos bedeuten würde.

Das Bundesverfassungsgericht entscheidet. Aber die Antragsteller wären letztlich doch politische Parteien in Regierung, Bundestag oder Bundesrat. Wenn aber politische Parteien Anträge auf Verbot einer Konkurrenzpartei stellen dürfen, beeinträchtigt dies den freien pluralistischen Parteienwettbewerb. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn der Niedergang der Volksparteien eine beachtliche Zahl der Wähler aus ihrer einstigen engen Parteienbindung entlassen hat. Viele dieser Wähler haben enttäuscht die Parteien an den politischen Rändern als neue Repräsentanten gesucht und auf der Rechten in der AfD gefunden. Auch wenn die demokratischen Parteien mit lauterer Motiven einen Verbotsantrag stellen würden, wäre es politikfern zu vermuten, wettbewerbliche Erwägungen blieben außen vor.

Last but not least entwendete ein AfD-Verbot der Demokratie einen wichtigen Vorteil, den sie gegenüber autoritären Regimen besitzt. Der Feedback-Mechanismus von Wahlen und insbesondere Wahniederlagen zwingt demokratische Parteien in der Regel nachzudenken, was die Ursache für die Wählerverluste sind¹⁴. Warum wurden so viele Wähler gerade an eine rechtspopulistische Partei zweifelhaften demokratischen Zuschnitts verloren? Eine solch kritische Selbstreflexion, die sowohl ihre Regierungsleistung wie ihre Responsivität verbessern

¹⁴ Robert Dahl, *Polyarchy. Participation and Opposition*, New Haven/London 1971.

könnte, würde den Antragstellern abgeschnitten. Die Kritik konzentrierte sich auf den rechtspopulistischen Konkurrenten als die Ursache allen Übels. Nichts an Einsicht in die eigenen Schwächen wäre gewonnen. Verloren hätte die Demokratie, die Ursachen blieben, die unzufriedenen Wähler auch. Dabei geht es nicht darum, selbst rechtspopulistische Politik vorwegzunehmen, sondern den Menschen wirtschaftliche Sicherheit zu geben, fair zu entscheiden und ihre Interessen zu repräsentieren.

Die Output-Dimension scharfstellen

Auch wenn man wie ich der Meinung ist, die pragmatischen und normativen Kosten eines AfD-Verbots überstiegen die politischen Gewinne, darf man die Demokratie nicht ihren Feinden überlassen. Der Preis wäre zu hoch. Will man weder dem rabiaten Illiberalismus Löwensteins noch der hyperliberalen Selbstentwaffnung Kelsens folgen, muss man einen dritten demokratischen Weg suchen. Die Grundlage ist nicht ein oberflächliches „wir müssen besser kommunizieren“, sondern wir müssen effizienter und fairer entscheiden. In Krisenzeiten verschiebt sich die politische Aufmerksamkeit der Bürger vom partizipatorischen Input zur Substanz des Outputs¹⁵. Aber neben der unbedingten Grundlage guten Regierens soll ein dritter Weg auch aus den argumentativen Ressourcen der Demokratie selbst befestigt werden.

Der demokratische Staat des Grundgesetzes ist normativ imprägniert im Sinne von Menschenwürde, Demokratie und Rechtsstaat und deshalb gerade nicht neutral gegenüber allen Einstellungen, sondern darf und soll aktiv jene fördern, die für diese Ordnung eintreten. Das hieße dann: Parteiverbot nein, aber auch keine finanzielle Förderung jener, die die liberale Demokratie abschaffen wollen, wie dies über Art. 21 Abs. 3 GG möglich ist. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts liegt zwischen dem Parteienverbot (Art. 21 Abs. 2 GG) und dem Entzug der Parteienfinanzierung (Art. 21 Abs. 3 GG) nur ein schmaler Grat. Wie es erst im Januar konkretisiert hat¹⁶, unterscheidet die beiden Instrumente lediglich das Potentialitätskriterium, also die Frage, inwiefern die Partei in der Lage ist, die freiheitlich-demokratische Grundordnung zu beeinträchtigen oder zu beseitigen.

Ich sehe aber einen erheblichen Unterschied zwischen dem Verbot einer aus dem gesellschaftlichen Raum entstandenen Partei und dem Entzug der aktiven staatlichen Finanzierung. Dies ist wie manches in der Verbotsdebatte nicht frei von einem Dilemma. Zum einen verletzt es das Parteienprivileg, wenn die Gleich-

¹⁵ Wolfgang Merkel, Zerbrechlichkeit und Resilienz der Demokratie im 21. Jahrhundert, Frankfurt 2023, S. 343 ff.

¹⁶ BVerfG, Urteil vom 23.01.2024, 2 BvB 1/19, https://www.bverfg.de/e/bs20240123_2bvb000119.html (zuletzt abgerufen 19.06.2024).

behandlung der Parteien gestört wird. Auf der anderen Seite wird die Organisationsstruktur nicht zerschlagen und die mit einem Verbot einhergehenden Repression und Überwachung muss nicht organisiert werden. Denn gerade eine solche dürfte es der AfD tagtäglich ermöglichen, sich als Opfer der repressiven Systemstrukturen zu stilisieren. Dem selbst schwer zu kontrollierenden Verfassungsschutz würden unterhalb des Verbots nicht noch zusätzliche Kompetenzen und Personal zuwachsen. Der Gesellschaft würde ein illiberaler Schub weiterer Überwachungsmaßnahmen erspart. Der demokratische Staat könnte zeigen, dass er mit einem Parteiverbot nicht tief in die Selbstorganisationsrechte der Bürger eingreift, aber auf der anderen Seite nicht aktiv seine Feinde finanziert.

Auch die AfD-nahe Desiderius-Erasmus-Stiftung darf nicht staatlich finanziert werden. Die frühe demokratische Bildung und die demokratische Zivilgesellschaft sollte unter Ausschaltung einseitiger parteiischer Vorteile intensiviert werden: Gleichbehandlung der AfD in parlamentarischen Verfahren ja, aber kein Zwang für MdBs, deren Vertreter in Ausschussämter zu wählen¹⁷. Damit wäre man relativ nah an Kelsen, ohne libertär oder autoritär zu werden.

Gefragt ist zudem eine Bürgerschaft republikanischen Zuschnitts. In ruhigen Normalzeiten häufig mit den demokratischen Tugendzumutungen der republikanischen Theorie überfrachtet, mag das für turbulente Krisenzeiten der Demokratie nicht gelten. Die Massenmobilisierungen auf den Straßen der Republik gegen AfD und Rechtsextremismus zeigen die erwachte demokratische Kompetenz und Passion der Bürger. Das ist Verfassungsschutz von unten bzw. „ziviler Verfassungsschutz“¹⁸.

Republikanische Tugenden müssen aber gleichzeitig in die demokratischen Parteien und Institutionen getragen werden. Die Straße vermag zwar die politische Agenda zu beeinflussen, bindende politische Entscheidungen werden aber von Parteien in staatlichen Institutionen getroffen. Auch dürfen die demokratischen Parteien die Nicht-Wähler nicht den Rechtspopulisten überlassen. Massendemonstrationen ersparen nicht den langwierigen Marsch durch die träge gewordenen Institutionen. Wenn gutes Regieren, faire Gewinn- und Lastenverteilung in Zeiten von Krisen die staatliche Politik bestimmen und die Bürger aus der Zuschauerdemokratie aussteigen, um auf die Straße, in Parteien und zivilgesellschaftliche Vereinigungen zu gehen, dann mögen Parteienverbote überflüssig

¹⁷ Dazu Benedict Ertelt, Das Ende des Parlamentarischen Konsensprinzips? Zur Mündlichen Verhandlung des Bundesverfassungsgerichts in Sachen AfD-Ausschussvorsitz, Verfblog v. 22.03.2024, <https://dx.doi.org/10.59704/47cfae841d22446> (zuletzt abgerufen 25.04.2024).

¹⁸ So Marie Müller-Elmau/Friedrich Zillessen, AfD-Proteste: Für einen zivilen Verfassungsschutz, Die Zeit v. 27.01.2024, <https://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2024-01/afd-proteste-verfassung-demokratie-zivilgesellschaft> (zuletzt abgerufen 25.04.2024).

werden. In der Verfassung können sie dann als *ultima ratio* verbleiben – wohl mehr als Drohung, denn als realer Vollzug.

Demokratien sind zerbrechlich, auch die unsrige. Aber sie ist nach 75 Jahren erfolgreichen Bestehens resilienter als der diskursive Alarmismus gegen den Rechtspopulismus suggeriert. Demokratisches Engagement, gelassene Aufmerksamkeit kompetenter Bürger, Liberalitas und gutes Regieren dienen der Demokratie mehr als der anschwellende Bocksgesang von Observierung, Verdacht und Verbot.

As Good as It Gets

Party Bans and Democratic Militancy

Gonçalo de Almeida Ribeiro¹

Contrasting the constitutional limitations on the freedom to establish political parties in Italy and Germany brings out two quite different conceptions of militant democracy: one is particularistic, retrospective, and provisional – preoccupied with the transition to democracy; the other is universalistic, prospective, and enduring – concerned with the degeneration of democracy. The Portuguese Constitution, true to its eclectic character and multiple influences, steers a seemingly middle course between these polar options.

Between retrospective and prospective militancy

The first paragraph of Section XII of the Transitional and Final Provisions of the Constitution of the Italian Republic provides that “[i]t shall be forbidden to reorganise, under any form whatsoever, the dissolved Fascist party”. Article 21(2) of the Basic Law of the Federal Republic of Germany provides that “[p]arties that, by reason of their aims or the behaviour of their adherents, seek to undermine or abolish the free democratic basic order or to endanger the existence of the Federal Republic of Germany shall be unconstitutional”.

Under the first, constitutional democracy curtails the freedom to establish a political party whose very purpose is to revert the course of political transition and restore the old regime; the ban is meant to prevent a return to the status quo ante. As if behind a veil of ignorance, under the second, a constitutional ban on political parties is meant to address the democratic iteration of the paradox of tolerance: it is self-defeating to bestow democratic legitimacy upon those committed to destroying or abolishing democracy. This is not to deny that the motivation for the German provision was intensely shaped by the traumatic memory of the collapse of the Weimar Republic – an experience, in any case, not of failed transition, but of institutional degeneration. It is simply to note that, unlike its Italian counterpart, the provision in the Grundgesetz is not a temporary expedient targeting a particular object, but a lasting feature of the constitutional order.

¹ Gonçalo de Almeida Ribeiro is the Vice-President of the Constitutional Court of Portugal and Professor of Law at Universidade Católica Portuguesa.

Article 46(4) of the Portuguese Constitution provides that “[a]rmed, as well as military, militarised, or paramilitary associations, and organisations that are racist or endorse fascist ideology, are not permitted”. Although the provision was included in the original version of the Constitution, enacted in 1976, it was amended in 1997 to include racist organisations. There are two obvious differences between the Portuguese and the German regimes. First, the former targets “associations and organisations”, which is why it is inserted in the article of the Constitution concerning freedom of association, while the latter contains two separate provisions, the previously mentioned Article 21(2), concerning political parties, and Article 9(2), which prohibits associations “whose aims or activities contravene the criminal laws or that are directed against the constitutional order or the concept of international understanding”. Apart from not having an identical scope (the requirements to ban a political party are notoriously narrower and stringer), the prohibitions on parties and associations are, under German law, subject to different procedures: according to Article 21(4), a political party can only be banned by the Federal Constitutional Court, at the request of one or more of the three constitutional bodies mentioned in § 43 of the Federal Constitutional Court Act, whereas ordinary law provides that an unconstitutional association can be dissolved by the minister of the interior of either a regional or the federal executive. Under Portuguese law, on the other hand, the single constitutional prohibition on some varieties of association and organisation is administered by the Constitutional Court according to a special procedure regulated by ordinary law.

The second difference between the two regimes is more interesting. The German ban is on parties seeking to undermine or abolish constitutional democracy (the “free democratic basic order”), an exceedingly abstract and contested concept. The Portuguese provision targets particular classes of association (“armed”, “military”, “militarised”, and “paramilitary”) and organisation (“racist” and “fascist”). This may seem to place it closer to the Italian regime. However, upon closer inspection, that is not exactly the case, for the prohibition does not target a particular object (“the dissolved Fascist party”), but types of object, albeit less general than that of associations seeking to undermine constitutional democracy. Indeed, the type “associations endorsing fascist ideology”, which stands out in the Portuguese provision, poses significant complications of its own. While it is clear that it is not co-extensive with the German ban, it can be read either very narrowly, as referring specifically to organisations seeking to restore the previous regime (referred to as “the fascist regime” in the Preamble to the Constitution) – in which case it would serve a function similar to that of the Italian provision –, or very broadly, along the lines of “fascism” as a political buzzword and term of abuse (recall that the Comintern official line in the 1930s was that social democracy was “socio-fascism”, and there is a long list of newly anointed neologisms employing the

damning F-word: “neofascism”, “islamofascism”, “postfascism”, “neoliberal fascism”, and so on).

The constitutional prohibition on fascist organisations is regulated by a statute of 1978² which, apart from attempting a definition of the term “organisation” (a challenge addressed rather mediocly, for on its own terms the law appears to proscribe – embarrassingly and problematically – a reading group devoted to fascist literature or an association of self-proclaimed fascist hunters of wild boar), contains in Article 3(1) an explanation of what it is to endorse fascist ideology: “adopting, defending, seeking to spread and effectively spreading the values, principles, exponents, institutions, and methods characteristic of fascist regimes in recorded history, namely bellicism, violence as a means of political struggle, colonialism, racism, corporatism, or the exaltation of the most representative personalities of those regimes”. This laundry list is not particularly useful, and the following provision, which aims to supplement a modicum of concreteness, rambles on, referring to “organisations that deploy antidemocratic means, namely violence, against the constitutional order, democratic institutions, and the symbols of sovereignty, or endorse and disseminate ideas or adopt forms of struggle incompatible with national unity”. In the only case in which the Constitutional Court was asked to rule on a request to ban an organisation for endorsing fascist ideology, the judges struggled to cash out these provisions, and dodged the bullet by arguing that, since the organisation at issue had been dissolved in the meantime, it was unnecessary to rule on the merits.³

That this old statute has never been effectively applied and was never reformed is symptomatic of the fact that the law in action ascribes to it a largely symbolic role as a condemnation of the old regime. That is neither surprising nor worrisome. There are ominous affinities between old-school fascism and some of the contemporary populist movements on the far right of the political spectrum that have grown at an alarming speed in many of the most consolidated constitutional democracies in the world, defying once widely practised norms of civility, assaulting once widely championed liberal values, and questioning once widely accepted representative institutions. But such affinities are typically neither straightforward nor overwhelming, much less are they explicitly embraced by leaders and adherents. Therefore, a ban on fascist organisations, along the lines pursued by the constitutional and statutory provisions nominally in force in Portugal, is unlikely to be any more useful as a means to protect constitutional democracies against current threats of internal dissolution than a ban on royalist organisations seeking to restore absolute monarchy would have been, a century ago, to prevent

² Lei No. 64/78, 06.10.1978, Diário da República No. 230/1978.

³ Portuguese Constitutional Court, 18.01.1994, Acórdão No. 17/94.

the rise of fascism. Proper avenues of democratic self-defence have to be sought elsewhere.

The dilemma of passiveness and partisanship

In this regard, the German ban on parties seeking to undermine or abolish “the free democratic basic order” appears to be considerably more promising. But appearances can be deceptive. There is no doubt that constitutional democracy is not a value-neutral procedure designed to channel the will of the people uncritically, conceived as a formless and primaevial political potency – a regime inherently deprived of the moral resources to judge the content or control the outcomes of politics. It is not neutral, for starters, with respect to the procedure itself, notably universal suffrage, parliamentary representation, loyal opposition, political accountability, and so on; the will of the people does not exist before and beyond this framework, but only as something that expresses itself through or under it. The framework itself is grounded in the substantive value of free and equal persons, from which other essential components of constitutional democracy, such as fundamental rights, the rule of law, and the separation of powers, can be derived with greater or lesser difficulty. Accordingly, there is nothing paradoxical about denying democratic legitimacy to those who seek democratic power to undermine constitutional democracy itself; on the contrary, the paradox is to bestow democratic legitimacy upon the enemies of constitutional democracy. In light of this, it is hard to resist thinking that the prohibition of anti-constitutional political parties – those committed to abolishing the constitutional order – is merely a logical consequence of the value-laden nature of the regime.

Yet it is not that simple. The prohibition has to be applied by someone, and that someone can use it not to defend democracy from its enemies but to silence democratic opposition. The main reason to entrust this role to the Federal Constitutional Court is precisely that an independent body removed from the ordinary political fray is less likely to abuse it. Alas, that is not the end of the story. The problem is greatly aggravated by the fact that the standards relevant to judging whether a party operates within or against democracy are ineradicably abstract and contested. The second-order question of where to draw the line between legitimate criticism of the constitutional system and seeking to overthrow its very foundations is itself subject to ongoing and interminable democratic controversy. Some lines can perhaps be drawn without substantial controversy (although I write this with trepidation): a party seeking to abolish free and open elections or to strip citizens in minority groups of their nationality is anti-constitutional; a party seeking to substitute a hereditary monarch for the office of a ceremonial president or expanding the scope of federal power to the detriment of “state’s rights” is arguing constitutional politics. But what about a libertarian

party seeking to suppress the social character of the state? Or a communist party vouching for the abolition of the right to private property? Or a populist party advocating the reintroduction of the death penalty? Or a nationalist party committed to an ethnically motivated immigration policy? There is reasonable democratic controversy about whether proposals such as these are reasonably democratic, and there is no Archimedean point above the cacophony of political debate from where the dispute can be objectively settled. It is controversy all the way down.

Undoubtedly conscious of the dilemma between passiveness and partisanship, the recent case law of the Federal Constitutional Court on the criteria to ban a political party under Article 21(2) of the Basic Law is a studious exercise in the art of judicial tiptoeing.⁴ Arguing that the measure is both the “sharpest” weapon against “organised enemies” of constitutional democracy and a “double-edged” one – an implicit acknowledgement of the dilemma –, the Court reasons that the concept of the “free democratic basic order” comprises solely “those central fundamental principles which are absolutely indispensable for the free constitutional order”; these are the majestic generalities of human dignity, democratic legitimacy, and the rule of law. Moreover, a party can only be banned if it “actively seeks” to undermine or abolish the constitutional order, and that requires conclusive evidence of planned action with at least the prospect of success. The bar is understandably set very high, rendering the prohibition largely ineffective against the most threatening form of democratic decay in our societies: the gradual rotting away of constitutional institutions instigated by unscrupulous agents and skilled demagogues operating in a toxic atmosphere of political alienation, shrillness, and anxiety. The only suitable remedy against this cultural malaise is what John Stuart Mill once called “a strong barrier of moral conviction” – intellectual militancy by concerned citizens in the public sphere, instead of institutional militancy by government officials in the courtroom. In the end, the fate of constitutional democracy is in the hands of ordinary people, not engraved on some perfectly contrived juridical formula. I am afraid this is as good as it gets.

⁴ BVerfG, Urteil vom 17.01.2017, 2 BvB 1/13 (*NPD-Verbot II*), https://www.bverfg.de/e/bs20170117_2bvb000113.html (zuletzt abgerufen 19.06.2024).

Wehrhafte Demokratie light oder doch Verbotsverfahren?

Michaela Hailbronner¹

Die Debatte um Parteiverbote scheint festgefahren.

Auf der einen Seite stehen jene, die Parteiverbote grundsätzlich ablehnen – aus prinzipiellen Gründen oder mit Blick auf die möglichen Folgen. Parteiverbote seien undemokratisch, einer offenen Gesellschaft nicht würdig und eine Form elitärer Zensur des Volks. Oder: Mit Parteiverboten lasse sich die Wurzel des Problems, nämlich die in der Gesellschaft zunehmend verbreiteten rechtsautoritären Auffassungen, nicht beseitigen. Und im Übrigen bestehe die Gefahr, dass Parteiverbote und womöglich auch bereits das Gespräch darüber entsprechende Bewegungen weiter radikalisierten.

Auf der anderen Seite stehen jene, die dringend ein Parteiverbot fordern, möglicherweise verbunden mit einem Verfahren auf Grundrechtsverwirkung gegen einzelne Politiker. Parteiverbote seien ein legitimes Instrument der wehrhaften Demokratie. Manche Kollegen argumentieren sogar, wenn die Voraussetzungen dafür vorlägen, bestehe eine Pflicht der entsprechenden Institutionen zur Einleitung eines solchen Verfahrens.²

Und so steckt die Diskussion fest, und das ist nicht selten unbefriedigend.

Denn zu jenen, die Parteiverbote aus prinzipiellen Erwägungen ablehnen, muss man sagen: Das Grundgesetz sieht dieses Instrument vor, auch wenn man es selbst gern anders hätte, und nicht nur das – das Instrument wurde und wird eben auch eingesetzt, zuletzt in abgemilderter Form gegenüber der NPD, die nun nicht mehr staatlich finanziert werden darf.³ Dass ein Instrument vorhanden ist, heißt natürlich nicht *per se*, dass man es auch gebrauchen muss. Aber wer Parteiverbote ganz grundsätzlich ablehnt, sollte sich im Klaren sein, dass dies angesichts der früheren Praxis dann eben durchaus nahelegt, dass es in Wirklichkeit kein Problem gebe und die AfD eben doch nicht so schlimm sei.

¹ Prof. Dr. Michaela Hailbronner, LL.M. (Yale), ist Professorin für deutsches und internationales öffentliches Recht und Rechtsvergleichung an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster.

² Siehe Mathias Hong, Grundrechtsverwirkung und Parteiverbote gegen radikale AfD-Landesverbände (Teil III), Verfassungsblog vom 08.02.2024, <https://dx.doi.org/10.59704/ba936071d64ebfc9> (zuletzt abgerufen 25.04.2024); Andreas Fischer-Lescano, AfD-Verbotsverfahren als demokratische Pflicht, Verfassungsblog vom 18.01.2024, <https://dx.doi.org/10.59704/c66cb99692acb885> (zuletzt abgerufen 25.04.2024).

³ BVerfG, Urteil vom 23.01.2024, 2 BvB 1/19, https://www.bverfg.de/e/bs20240123_2bvb0001119.html (zuletzt abgerufen 25.04.2024).

Umgekehrt sehen jene, die Parteiverbote als unproblematisches Instrument wehrhafter Demokratie betrachten, oft nicht die damit verbundenen Unsicherheiten und Missbrauchsrisiken ausreichend. Die Vorstellung, es ließe sich rechtlich glasklar darlegen, wann Parteien die freiheitlich demokratische Grundordnung bekämpfen, verweist zwar eindrucksvoll auf das schier endlose Vertrauen deutscher Juristinnen und Juristen auf das Recht, ist aber auch ein klein wenig naiv. Das heißt nicht, dass das Recht der Parteiverbote in Wirklichkeit nur Politik ist. Aber es heißt, dass die Differenzierung zwischen jenen, die tatsächlich die freiheitlich demokratische Grundordnung angreifen, und jenen, die scharfe Kritik an der aktuellen Regierung und anderen Parteien üben, schwierig ist – und schwierig bleiben wird.

Auch die Frage nach den möglichen Folgen eines Parteiverbots hilft nur bedingt weiter. Denn frühere Parteiverbote in Deutschland ebenso wie anderen Ländern betrafen überwiegend Parteien, die deutlich weniger Zustimmung in der Bevölkerung besaßen – und dies macht eine Folgeneinschätzung schwer.

Das Beispiel der Vorgängerparteien der türkischen AKP verweist auf die Problematik des Verbots einer Partei mit höherer Zustimmung in der Bevölkerung. Diese wurden vom türkischen Verfassungsgericht wegen ihrer islamistischen Ausrichtung verboten, die das türkische Verfassungsgericht für unvereinbar mit den Grundprinzipien moderner türkischer Staatlichkeit ansah – das Verbot wurde auch vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte aufrechterhalten.⁴ Die heutige AKP führte die politische Agenda dieser Parteien teilweise fort, aber in deutlich gemäßigter Form – auch wenn die Türkei heute in den entsprechenden internationalen Indizes⁵ nicht als freie Demokratie gilt.

In seiner Diskussion der Konsequenzen von Parteiverboten in der Türkei, Belgien und Spanien argumentiert der britische Politikwissenschaftler Tim Bale, dass diese weder zu einer Intensivierung der Bedrohungen durch entsprechende politische Kräfte führten noch zu einer nahtlosen Fortführung der entsprechenden Parteien.⁶ Parteiverbote seien jedenfalls aus praktischer Sicht zwar nicht die einzige oder stets richtige Antwort, sie seien aber umgekehrt auch nicht notwendigerweise stets ein Fehler, jedenfalls aus Sicht der Praxis.⁷ Auch die sonst vorhandene Literatur zu Parteiverboten legt jedenfalls nicht nahe, dass diese typischerweise zu einer unkontrollierbaren Radikalisierung führen.

⁴ Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, 13.02.2003, *Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey*, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60936> (zuletzt abgerufen 20.06.2024).

⁵ Turkey: Freedom in the World 2022 Country report. (2023), Freedom House, <https://freedomhouse.org/country/turkey/freedom-world/2022> (zuletzt abgerufen 25.04.2024).

⁶ Tim Bale, *Will it All End in Tears? What Really Happens when Democracies Use Law to Ban Political Parties*, in: Ingrid van Biezen/Hans-Martien ten Napel (Hrsg.), *Regulating Political Parties. European Democracies in Comparative Perspective*, Leiden University Press 2014, S. 196.

⁷ *Ibid.*

Richtig ist aber natürlich, dass nach einem Verbot ein erhebliches Maß an zusätzlicher staatlicher Repression erforderlich wäre – darauf hat u.a. Uwe Volkmann in seinem Beitrag bereits hingewiesen.⁸ Klar ist auch, dass man der Wurzel des Problems dadurch allein kaum begegnen würde. Wähler:innen würden auf andere Parteien mit ähnlicher Zielsetzung ausweichen bzw. womöglich neue Parteien gründen, die allerdings rein rechtlich keine Nachfolgeorganisationen darstellen dürften. Allerdings wäre auch eine Spaltung bzw. eine politische Mäßigung durchaus ein politischer Erfolg, auch wenn Deutschland damit kaum zu den Verhältnissen der alten Bundesrepublik zurückkehren dürfte, sondern sich auf eine dauerhafte Präsenz von politischen Strömungen am rechten Rand – ebenso wie andere europäische Nachbarstaaten – einrichten muss.

Sinnvoll erörtern lässt sich die Frage der Parteiverbote aber letztlich nur im Kontext anderer Strategien und Mechanismen.

Alternativen zum Parteiverbot

Denn ein Parteiverbot ist nicht die einzige Möglichkeit im Umgang mit der AfD – nicht nur, aber auch, weil ein Verbotsverfahren lange Zeit dauern würde. Daneben stehen andere politische und rechtliche Strategien, deren Diskussion deshalb wichtig ist, weil sie deutlich macht, dass es im Umgang mit Rechtsautoritären nicht um ein „Entweder-oder“ geht.

1. Politische Strategien

Politische Auseinandersetzung bedeutet vor allem Festhalten an bzw. eine Reparatur der sogenannten Brandmauer: Koalitionen oder auch eine politische Zusammenarbeit mit der AfD kommen nicht in Betracht und in öffentlichen Äußerungen distanzieren sich andere Parteien von ihren Positionen, statt diese zu übernehmen. Das bedeutet nicht, dass vorhandene Probleme nicht adressiert werden können oder dass die Politik nicht zur Kenntnis nehmen kann, dass in weiten Teilen der Bevölkerung Migration zunehmend kritisch gesehen wird. Es bedeutet aber, wie in den Politikwissenschaften immer wieder betont wird, sich nicht treiben zu lassen und an den bestehenden rechtsstaatlichen und menschenrechtlichen Maßstäben festzuhalten.

⁸ Uwe Volkmann, Einerseits und Andererseits: Warum es so schwer ist, die AfD zu verbieten, Verfassungsblog vom 25.03.2024, <https://dx.doi.org/10.59704/85df321c1af862e5> (zuletzt abgerufen 25.04.2024), und in diesem Heft, S. 131-139.

2. Wehrhafte Demokratie light

Für den Umgang mit rechtsautoritären Parteien und Personen kommen darüber hinaus eine Reihe von rechtlichen Instrumenten in Betracht, die unterschiedlichen Zielen dienen. Ein Beispiel dafür ist das Maßnahmenpaket des Innenministeriums⁹; die Reaktionsmöglichkeiten erschöpfen sich darin aber nicht.

Rechtliche Regelungen können zunächst dazu beitragen, die Gefahren einer Machtübernahme durch Rechtsautoritäre zu begrenzen. Zu denken ist an „ideologisch neutrale“ Maßnahmen wie etwa zur Sicherung von Verfassungsgerichten, etwa durch eine Konstitutionalisierung der bisherigen einfachgesetzlichen Regelungen zur Wahl und Amtszeit von Richter:innen des Bundesverfassungsgerichts. Ähnlich könnte man auch mit Blick auf wahlrechtliche Regelungen eine Konstitutionalisierung diskutieren bzw. für eine Abänderung von wahlrechtlichen Regelungen grundsätzlich parlamentarische Zweidrittelmehrheiten verlangen (wie es etwa in der Hamburger Verfassung geregelt ist¹⁰). Für solche Maßnahmen spricht vieles, aber auch sie haben aber einen Preis: Man erschwert dadurch entsprechende Ernennungen bzw. Wahlrechtsänderungen, und dies kann wiederum Blockademöglichkeiten in der Politik schaffen bzw. notwendige Rechtsänderungen schlicht erschweren und zu Dysfunktionalitäten führen.

Daneben sind Maßnahmen zur Begrenzung des Einflusses rechtsautoritärer Parteien auf staatliche Institutionen insgesamt denkbar. Beispiele sind etwa Änderungen in parlamentarischen Geschäftsordnungen etwa zur Besetzung bestimmter Ausschüsse, wie sie kürzlich im Spiegel unter dem passenden Titel „Tricksen für die Demokratie und gegen die AfD?“ beschrieben wurden.¹¹ Bei Vorschlägen wie diesen geht es im Kern nicht um den Einsatz spezifischer Instrumente der wehrhaften Demokratie, sondern um normale politische Instrumente, die freilich im Interesse des langfristigen Schutzes der deutschen Verfassungsordnung eingesetzt werden. Unproblematisch sind solche Rechtsänderungen aber ebenfalls nicht, da mit ihnen eine Destabilisierung bestehender Praktiken und Regelungen einhergeht, die bei einer Veränderung der Machtverhältnisse gerade jenen zugutekommen kann, deren Einfluss man begrenzen möchte.

⁹ Bundesministerium des Innern und für Heimat, Rechtsextremismus entschlossen bekämpfen. Instrumente der wehrhaften Demokratie nutzen, Februar 2024, https://www.bmi.bund.de/Shared-Docs/downloads/DE/publikationen/themen/sicherheit/REX-entschlossen-bekaempfen.pdf?__blob=publicationFile&v=4 (zuletzt abgerufen 25.04.2024).

¹⁰ Hamburgische Bürgerschaft, Das Wahlrecht der Hamburgischen Bürgerschaft, <https://www.hamburgische-buergerschaft.de/neues-wahlrecht/> (zuletzt abgerufen 25.04.2024).

¹¹ Matthias Bartsch et al., Vorkehrungen in Landesparlamenten. Tricksen für die Demokratie und gegen die AfD?, Der Spiegel vom 16.02.2024, <https://www.spiegel.de/politik/afd-mit-welchen-kniffen-politiker-in-den-landtagen-rechtsextremisten-auflaufen-lassen-a-7a4b3881-160b-4d7b-9995-b2467c6e22bd> (zuletzt abgerufen 25.04.2024).

Spezifischer auf den Schutz der Verfassung ausgerichtet sind Maßnahmen zur Entfernung von Extremist:innen aus dem öffentlichen Dienst bzw. Maßnahmen, die darauf zielen, ihre Einstellung von vornherein zu verhindern – etwa durch eine Regelanfrage beim Verfassungsschutz bei Beamteneinstellungen, wie sie manche Bundesländer durchführen. Auch hier geht es um die Freihaltung staatlicher Institutionen von bestimmten Einflüssen – und auch hier sind die Missbrauchspotentiale erheblich. Dies gilt vor allem für die Institution des Verfassungsschutzes, dessen Kompetenzen mit der zunehmenden Verunsicherung von Bevölkerung und Politik stetig wachsen. Zwar sind die Rechtsgrundlagen für die Tätigkeit der Verfassungsschutzämter in den letzten Jahren zunehmend stärker verrechtlicht worden (siehe etwa das Urteil des BVerfG zu Bayern¹²). Trotzdem lassen die Begrifflichkeiten doch erhebliche Auslegungsspielräume offen. Dies zeigt auch die Diskussion um die Einrichtung des neuen Phänomenbereich „Delegitimierung des Staates“, die von einigen Rechtswissenschaftler:innen als zu weitgehend kritisiert wird.¹³

Neben den genannten Instrumenten zur Begrenzung des politischen Einflusses werden verschiedene weitere Maßnahmen zur Begrenzung des Einflusses entsprechender rechtsautoritärer Überzeugungen in der Gesellschaft diskutiert. Jenseits einer besseren Vollziehung bestehender Gesetze mag man hier an die Ermöglichung von schärferen Kontrollen etwa im Waffenrecht denken oder von Vereinsausschlüssen bei rechtsextremen Aktivitäten oder Äußerungen einzelner Mitglieder sowie auch an die finanzielle Förderung bestimmter Institutionen, die sich auf zivilgesellschaftlicher Ebene gegen Rechtsextremismus oder Rassismus einsetzen. Bei manchen solcher Maßnahmen kann man freilich mit guten Gründen darüber streiten, wie weit der Staat in der Gesellschaft für bestimmte Auffassungen werben darf (siehe etwa Rostalski für eine Grundsatzkritik¹⁴). Dabei stehen klassisch liberale Auffassungen, die eine weitestmögliche Zurückhaltung fordern, solchen gegenüber, die auf eine stärkere positive Rolle des Staates bei der Freiheitssicherung und beim Abbau von Ungleichheiten in der Gesellschaft drängen. Es geht damit um eine alte Debatte, in der es neue Antworten braucht, die ein Kurzbeitrag freilich nicht liefern kann. Wichtig ist aber zu betonen, dass sich beide Positionen auf zentrale Verfassungsprinzipien berufen können.

¹² BVerfG, Urteil vom 26.04.2022, 1 BvR 1619/17, https://www.bverfg.de/e/rs20220426_1bvr161917.html (zuletzt abgerufen 25.04.2024).

¹³ Siehe z.B. Dietrich Murswiek, Verfassungsschutz: Wer delegitimiert hier wen?, Legal Tribune Online vom 24.11.2022, <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/verfassungsschutz-kritik-extremismus-delegitimierung-verfassung-bericht/> (zuletzt abgerufen 25.04.2024).

¹⁴ Frauke Rostalski, Verletzlichkeit: Verletzlichkeit macht unfrei, Die Zeit vom 17.03.2024, <https://www.zeit.de/2024/12/verletzlichkeit-gesellschaft-philosophie-staerke-risiko> (zuletzt abgerufen 25.04.2024).

Keine guten Lösungen

Problematisch sind aber eben auch manche Elemente der aktuellen Strategie einer wehrhaften Demokratie *light*. Denn was sich zunächst als milderes und deshalb scheinbar passenderes Mittel im Umgang mit Kräften wie der AfD darstellt, stellt auf den zweiten Blick doch eine Veränderung und letztlich eine Einschränkung des freien demokratischen Wettbewerbs dar. Das gilt vor allem für die Langzeitbeobachtung einer Partei durch den Verfassungsschutz, und die gezielte, teils durch Rechtsänderungen ermöglichte Fernhaltung ihrer Funktionäre von öffentlichen Ämtern und Kommissionen, die normalerweise pluralistisch mit Vertreter:innen aller Parteien bzw. entsprechend ihren Stimmenanteilen besetzt werden. Es werden dann eben nicht mehr alle nicht verbotenen Parteien rechtlich und politisch gleichbehandelt. Das macht entsprechende Maßnahmen nicht zwingend falsch – es gibt ja gute Gründe dafür, die AfD von Verfassungsgerichten oder bestimmten parlamentarischen Ausschüssen fernhalten zu wollen. Auch sind die entsprechenden Maßnahmen nicht ganz neu – manches wurde vielmehr bereits in den letzten Jahrzehnten gegenüber der Linken praktiziert. Aber was kurzfristig notwendig erscheinen mag, führt auf lange Sicht doch zu einer Veränderung der demokratischen Kultur in Deutschland in eine schmittianische Richtung, in der die Opposition als Feind erscheint, die deshalb mit allen zur Verfügung stehenden politischen und rechtlichen Mitteln bekämpft werden darf (siehe zur Diskussion, wenn auch mit anderen Schlussfolgerungen, Philipp Manow¹⁵, zu ähnlichen Entwicklungen in den USA auch Mark Tushnet unter dem Stichwort „constitutional hardball“¹⁶). Und je mehr deshalb entsprechende Ausgrenzungen und Ungleichbehandlungen rechtlich ermöglicht und untermauert werden, desto mehr wird das Recht damit auch zum Instrument des politischen Kampfs und macht sich dadurch angreifbar.

Dass es überhaupt solcher Strategien bedarf, ist freilich nicht unumstritten. Denn wer die AfD als legitime Oppositionspartei ansieht, die ihre Opposition und Kritik nur eben etwas radikaler formuliert, der wird jegliche „Sonderbehandlung“ der Partei ablehnen. Das geht aber nur, wenn man entweder Teile der Partei ausblendet oder ihren zunehmenden Rassismus eben nur als politisches Problem ansieht und nicht als verfassungsrechtliches. Dann muss man konsequenterweise auch den Umgang mit der NPD für falsch halten. Denn jedenfalls Teile der AfD haben sich traditionellen NPD-Positionen stark angenähert. Das ergibt sich nicht erst aus der correctiv-Recherche¹⁷, sondern aus vielfachen sonstigen Äußerungen und

¹⁵ Philip Manow, (Ent-)Demokratisierung der Demokratie, Suhrkamp Verlag 2020.

¹⁶ Mark Tushnet, Constitutional Hardball, Georgetown Law Faculty Publications and Other Works 2004, <https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/555> (zuletzt abgerufen 25.04.2024).

¹⁷ Maximilian Bornmann, Geheimplan gegen Deutschland, Correctiv vom 10.01.2024, <https://correctiv.org/aktuelles/neue-rechte/2024/01/10/geheimplan-remigration-vertreibung-afd-rechtsextreme-november-treffen/> (zuletzt abgerufen 25.04.2024).

Aktivitäten der Partei, belegt in Verfassungsschutzberichten, richterlichen Urteilen und Berichten von Aussteiger:innen. Ob all das für ein Parteiverbot reicht und ob dieses nur für Landesverbände oder die Bundespartei in Betracht käme, ist damit natürlich noch nicht gesagt und kann letztlich auch nur durch umfassendere Ermittlungen der Aktivitäten der Partei und ihrer Mitglieder über die letzten Jahre festgestellt werden.

Aber ein Parteiverbot hätte gegenüber vielen anderen Instrumenten der wehrhaften Demokratie *light* den Vorteil, dass es klare Schnitte ermöglichen würde – auf dessen Grundlage dann weitere Sanktionen möglich wären. Nicht alle Parteiverbote funktionieren, das ist klar, und um politische Antworten kommt man nicht herum, so oder so. Die politische Brandmauer bleibt wichtig. Aber es spricht doch vieles dafür, in der Politik zumindest mit einer Materialsammlung und -auswertung zu beginnen und ein Parteiverbotsverfahren nicht von vornherein als „undemokratisch“ oder „bringt nichts“ auszuschließen.

Luft holen

Repression hilft nur bedingt

Sarah Schulz¹

Die Recherchen von correctiv² über ein Treffen von AfD-Mitgliedern, Identitären³ und Mitgliedern der Werteunion in Potsdam haben einen Stein ins Rollen gebracht. Viele Menschen, die bisher schwiegen, aber dennoch mit Sorge auf eine erstarkende extreme Rechte blickten, konnten nun ihrer Meinung Ausdruck verleihen. Gerade in kleineren Gemeinden sind diese Kundgebungen und Demonstrationen ein ermutigendes Zeichen. Neben den vielen Demonstrationen findet auch die Forderung nach einem AfD-Verbot mehr Gehör. Von einem Parteiverbot darf man sich jedoch nicht mehr erhoffen als eine institutionelle Atempause – allerdings nicht in diesem Wahljahr.

Demokratie unter Druck – und das nicht erst seit gestern

In Potsdam wurden rassistische Pläne zur Deportation von Menschen aufgestellt. Nazis brüsteten sich mit Gewalt gegen Linke⁴. Das ist schockierend, zugleich ist es weder neu noch überraschend. Seit Bestehen der AfD entwickelt sie sich weiter nach rechts. Innerhalb der Partei erringen die immer offensichtlicher rassistischeren und faschistischeren⁵ Strömungen die Hegemonie. Sie springt auf Verschwörungstheorien auf, lässt extrem rechte Gruppen in ihre Organisationsstrukturen kommen, forciert Geschichtsrevisionismus, treibt die anderen Parteien mit einem rassistischen Migrationsdiskurs vor sich her.

¹ Dr. Sarah Schulz ist Wissenschaftliche Mitarbeiterin im Fachgebiet Sozial- und Gesundheitsrecht, Recht der Rehabilitation und Behinderung an der Universität Kassel.

² Maximilian Bornmann, Geheimplan gegen Deutschland, Correctiv vom 10.01.2024, <https://correctiv.org/aktuelles/neue-rechte/2024/01/10/geheimplan-remigration-vertreibung-afd-rechtsextreme-november-treffen/> (zuletzt abgerufen 25.04.2024).

³ Rechtsextremismusforscher: Identitäre schon immer im AfD-Milieu unterwegs, rbb vom 11.01.2024, <https://www.inforadio.de/rubriken/interviews/2024/01/11/rechtsextremismus-forschung-remigration-correctiv-recherche-geheimtreffen.html> (zuletzt abgerufen 25.04.2024).

⁴ Update: Die Correctiv-Recherchen und der Fall Lina E., mdr vom 30.01.2024, <https://www.ardaudiothek.de/episode/die-fascho-jaegerin-der-fall-lina-e-und-seine-folgen/update-die-correctiv-recherchen-und-der-fall-lina-e/mdr-aktuell/13111243/> (zuletzt abgerufen 25.04.2024).

⁵ Christoph Kopke/Felix Korsch/Friedrich Burschel/Gideon Botsch (Hrsg.), Rechte Ränder. Faschismus, Gesellschaft und Staat, 2023, <https://www.verbrecherverlag.de/shop/rechte-raender-faschismus-gesellschaft-und-staat/> (zuletzt abgerufen 25.04.2024).

Um es einmal salopp zu formulieren: Eigentlich hätte man 2019/20 schon den Schuss hören können. Denn 2019 wurden in Sachsen und 2021 in Sachsen-Anhalt notgedrungen Koalitionen aus drei Parteien gebildet. Einige mögen sich auch an den Fall des FDP-Mitglieds Thomas Kemmerich erinnern, der sich 2020 im dritten Wahlgang mit den Stimmen der AfD zum thüringischen Ministerpräsidenten wählen ließ.⁶ Aufgrund der allgemeinen Empörung trat er kurz darauf zurück. Seitdem regiert in Thüringen eine Minderheitsregierung aus der Linken, der SPD und den Grünen. Immer wieder kommt es vor, dass die Brandmauer bröckelt⁷ und Parteien mit der AfD gemeinsam für Gesetze stimmen. Eine Regierungsminderheit erfordert mehr Kompromissbereitschaft in verschiedene Richtungen und beständiges Aushandeln mit den anderen Parteien. Beispielsweise wurde der Thüringer Haushalt hart verhandelt.⁸ Regierungsarbeit wird so immer wieder blockiert, dringende Projekte sind schwerer zu realisieren.

Nun ist man ähnlich aufgeregt und in den Jahren zwischen den Wahlen mussten Landes- und Kommunalpolitiker:innen ihre Politik auf eine prekäre Grundlage stellen oder gar Bedrohungen und Anfeindungen aushalten, so wie erst jüngst in Gotha und Suhl.⁹ Seit Jahren haben Engagierte oder Menschen mit Rassismuserfahrungen und Personen aus der queeren Community in Landkreisen und Kommunen mit rechten Angriffen zu kämpfen. Demokratiprojekte und Opferberatungen müssen jedoch immer wieder um ihre finanzielle Unterstützung bangen.¹⁰ Wen interessiert es schon, wenn irgendwo in Mecklenburg-Vorpommern Scheiben zu Bruch gehen oder ein rechter Konsens so bleiern ist, dass sich niemand mehr traut etwas zu sagen? Im Zweifel sind gar die alternativen Jugendlichen noch das Problem, weil sie bunte Haare haben und die ruhige Idylle stören und das Nest beschmutzen.

Kurz nach dem Kemmerich-Eklat im Thüringer Landtag brach im März 2020 die Corona-Pandemie über die Welt herein, 2022 überfiel Russland die Ukraine und darauffolgende Preissteigerung von Energie, Lebensmitteln und Mieten macht(e) den Menschen zu schaffen. Währenddessen wusste die AfD die Angst der

⁶ Sarah Schulz, Demokratie, geschmiedet wie ein Hufeisen?, in: PROKLA, Zeitschrift für Kritische Sozialwissenschaft 2020, 50(199), 363–370, <https://doi.org/10.32387/prokla.v50i199.1877> (zuletzt abgerufen 20.06.2024).

⁷ Steven Hummel, Anika Taschke, Hält die Brandmauer?, Rosa-Luxemburg-Stiftung 2024, <https://www.rosalux.de/publikation/id/51762/haelt-die-brandmauer-1> (zuletzt abgerufen 25.04.2024).

⁸ Stefan Locke, Haushalt in Thürigen. „Haben die schlimmsten Verfehlungen von Rot-Rot-Grün verhindert, F.A.Z. vom 13.12.2022, <https://www.faz.net/aktuell/politik/inland/cdu-in-thueringen-haben-die-schlimmsten-verfehlungen-verhindert-18531999.html> (zuletzt abgerufen 25.04.2024).

⁹ Anschläge auf Wohnhaus und Politiker-Büros in Thüringen – „Angst im eigenen Bett“, mdr vom 20.02.2024, <https://www.mdr.de/nachrichten/thueringen/west-thueringen/gotha/brandstiftung-spd-poltiker-polizei-100.html> (zuletzt abgerufen 25.04.2024).

¹⁰ Annett Mängel, Nachhaltig gegen Rechts: Demokratiprojekte sichern, in: Blätter für deutsche und internationale Politik 2020, 9-12, <https://www.blaetter.de/ausgabe/2020/januar/nachhaltig-gegen-rechts-demokratieprojekte-sichern> (zuletzt abgerufen 25.04.2024).

Menschen zu nutzen und Ressentiments zu mobilisieren. Antisemitische Vorfälle sind während der Pandemie sichtbarer geworden¹¹ und unerwartete Querfront-Bündnisse haben sich gegründet. Insbesondere beim Thema Migration werden Interessen von marginalisierten Gruppen gegeneinander ausgespielt und rassistische Stereotype gestärkt.

Die Geister, die man rief

Was bringt wohl ein Verbot der AfD gegen all das? Eventuell eine Erleichterung für Regierungsbildungen – allerdings noch nicht in diesem Superwahljahr. Das Verbot der AfD könnte eine, nennen wir es, institutionelle Atempause schaffen, um Koalitionen überhaupt noch bilden zu können. Auch kommunale Gremien könnten ihre Arbeit wieder leichter verrichten. So sitzen AfD-Vertreter:innen beispielsweise in Aufsichtsräten von kommunalen Wohnungsbaugesellschaften, Verkehrsbetrieben oder Wasserwerken und erschweren dort die Arbeit¹².

Ein Parteiverbot ist jedoch eine repressive Maßnahme, keine Demokratieförderung. Die Geschichte dieses Instruments der wehrhaften Demokratie ist ambivalent. Die Verbote der Sozialistischen Reichspartei (SRP) 1952¹³ und der KPD 1956¹⁴ waren getragen von einem antitotalitaristischen Zeitgeist. Die im Kalten Krieg entwickelten Instrumente der wehrhaften Demokratie hatten eine starke antitotalitaristische, viel mehr noch antikommunistische, Schlagseite.

Der späte Wandel der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung im Urteil zur NPD 2017¹⁵ deutete jedoch eine Liberalisierung an. Die freiheitliche demokratische Grundordnung wurde hier als ein Dreiklang aus Menschenwürde, Demokratie und Rechtsstaatsprinzip definiert. Vor allem sollen Demokratie und Rechtsstaat die Basis bilden, auf der sich die Würde des Menschen und seine Subjektqualität überhaupt erst entfalten könne. Das impliziert, dass rassistische Deportationspläne und ein biologisches Volksverständnis der freiheitlichen demokratischen Grundordnung widersprechen, mithin die wehrhafte Demokratie nicht mehr als Staats-, sondern als Demokratieschutz gedacht wird. Die wehrhafte Demokratie der frühen 1950er Jahre hatte einen etatistischeren Vorbau, der den Staat vor seinen Bürger:innen und nicht Bürger:innen vor Deportation schützen wollte.

¹¹ Bundesverband der Recherche- und Informationsstellen Antisemitismus e.V., Jahresbericht: Antisemitische Vorfälle in Deutschland 2020, https://report-antisemitism.de/documents/Antisemitische_Vorfaelle_in_Deutschland_Jahresbericht_RIAS_Bund_2020.pdf (zuletzt abgerufen 25.04.2024).

¹² Anja Stehle/Zacharias Zacharakis, Alternative für Deutschland: Mein rechter, rechter Platz ist frei, Die Zeit Nr. 08/2024, <https://www.zeit.de/2024/08/alternative-fuer-deutschland-einfluss-aufsichtsorgane-sparkasse-stadtwerke> (zuletzt abgerufen 25.04.2024).

¹³ BVerfGE 2, 1 ff. – SRP-Verbot.

¹⁴ BVerfGE 5, 85 ff. – KPD-Verbot.

¹⁵ BVerfGE 144, 20 ff. – NPD-Verbot.

Diese inhaltliche Verschiebung ergibt sich aus Deutungskämpfen um Hegemonie und Definitionsmacht. Ein Sieg in diesen Kämpfen ist aber nicht ausgemacht. In der Geschichte der Bundesrepublik wurde schon vielfach um eine liberalere oder antifaschistische Auslegung der wehrhaften Demokratie und ihres Kerns, der freiheitlichen demokratischen Grundordnung, gerungen.¹⁶ Aktuell ist die extreme Rechte mehr im Fokus. Nicht lang jedoch ist es her, dass sich – vor allem in Sachsen – Demokratiprojekte gegen Extremismusvorwürfe verteidigen mussten.

Die institutionellen Grundlagen der wehrhaften Demokratie sind zudem behäbiger als der politische Diskurs. Ehe sich eine Behörde wie der Verfassungsschutz wandelt, braucht es viel Zeit, eine klare Personalpolitik und politischen Willen. Der Fokus kann sich von der AfD schnell wieder weg bewegen und zurück in bekannte Muster fallen. Die Stichworte sind hier der Radikalenbeschluss der 1970er Jahre oder die Extremismusklausel der 2010er Jahre. Ein aktuelles Beispiel ist die Resolution der CDU (DS/1114/VI) in der Bezirksverordnetenversammlung von Friedrichshain-Kreuzberg vom 20. März 2024. Während der laufenden Fahndung nach flüchtigen mutmaßlichen Mitgliedern der RAF, die sich jahrelang in Berlin versteckt haben sollen, stimmte die AfD dieser Resolution mit dem Titel „Wir sind die Brandmauer – #ZusammenGegenLinks#“ zu. Das Hufeisen schlägt zurück. Die zarte Liberalisierung der wehrhaften Demokratie und ihre Ausrichtung auf die extreme Rechte ist nicht nachhaltig. Stärkt man die repressiven Instrumente der wehrhaften Demokratie, wird man die Geister, die man rief, vielleicht nicht mehr los.

Institutionelle Erleichterung, aber keine Lösung für das Wahljahr 2024

Bei aller Skepsis: Ein Antrag auf Verbot der AfD wird sich gut begründen lassen.¹⁷ Ein Antrag auf ein Parteiverbot hat jedoch wenig Bestand, wenn er sich in seiner Begründung nach den Konjunkturen der medialen Berichterstattung richtet. Was heute die Schlagzeilen bestimmt, ist oft binnen weniger Wochen vergessen. Ein verfassungsgerichtliches Parteiverbot muss der juristischen Prüfung standhalten. Dazu müssen Informationen gerichtsfest aufbereitet sein.

Doch auch wenn mediale Aufmerksamkeit noch keine juristischen Argumente schafft, scheint die Zeit günstig und die politischen Argumente passen zu den juristischen. Weder die „Potentialität“, wie im Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur NPD 2017 als Bedingung genannt¹⁸, noch das Verhalten oder Äußerun-

¹⁶ Prominent wären hier zu nennen: Axel Azzola, Peter Römer oder Gerhard Stuby. Skeptisch demgegenüber waren stets: Ulrich K. Preuß, Ingeborg Maus und Helmut Ridder.

¹⁷ Hendrik Cremer, Warum die AfD verboten werden könnte. Empfehlungen an Staat und Politik, Deutsches Institut für Menschenrechte, 2023.

¹⁸ BVerfG, Urteil vom 17.01.2017, 2 BvB 1/13, Rn. 585 ff., https://www.bverfg.de/e/bs20170117_2bvb000113.html (zuletzt abgerufen 20.06.2024).

gen der Anhänger:innen der Partei lassen aktuell viele Zweifel an den Zielen der AfD. Das Bundesverfassungsgericht wird sich jedoch nicht auf Medienberichte oder Informationen der Verfassungsschutzämter allein berufen, sondern auch eine eigene Beweisaufnahme vornehmen.

Die Wahlprognosen für die Europa-, Kommunal- und Landtagswahlen 2024 sind beunruhigend. Ein Parteiverbot ist jedoch keine realistische Antwort auf diese Sorge. Ein Verbotsverfahren braucht viel Zeit. Zunächst müssten sich die Antragsteller:innen finden und dann einen begründeten Antrag mit Belegen erstellen, die gerichtsfest sind. Die Verhandlungstermine müssen anberaumt werden und das Gericht benötigt Zeit zur Entscheidungsfindung. Die AfD wird jede juristische Möglichkeit zur Prozessverzögerung und – selbstverständlich – Verteidigung nutzen. Für dieses Jahr, ist ein Verbot keine realistische Option, schon gar nicht bis zu den Wahlterminen im September. Ein Parteiverbot ist ein repressives Instrument, das nicht für kurzfristige Wahlmanöver taugt und auf das man nicht zu den nächsten Wahlterminen hoffen sollte. Vielmehr gilt es, politische Antworten zu finden.

Das Verbot einer Partei lässt ohnehin ihre Anhänger:innen nicht von heute auf morgen anders denken. Man könnte sogar das Gegenteil vermuten: Die Beobachtung der AfD durch die Verfassungsschutzbehörden hat die Menschen nicht davon abgehalten, die Partei zu wählen. Die Zustimmung ist seither sogar gestiegen. Ein Verbot könnte diese Stimmung weiter stärken. Das heißt nicht, dass man sich argumentativ auf den Opfermythos der „Antisystem“-Partei einlassen muss. Doch ein Verbot ist eine repressive Maßnahme, eine Abwehr, keine in die Zukunft gerichtete Politik. Es wird die Menschen, die die AfD wählen, nicht überzeugen. Ein Verbot zielt auf die Organisationsstruktur und staatliche Finanzierung. Das kann ein sinnvolles Vorgehen sein. Aber es löst das gesellschaftliche Problem nicht. Es hält die rechte Mobilisierung im günstigsten Fall institutionell etwas auf.

Nachhaltige soziale und kulturelle Förderung in der Fläche

Neben der sicheren finanziellen und ideellen Grundlage für Demokratie- und Aufklärungsprojekte braucht es eine infrastrukturelle Stärkung von Kommunen und ländlichen Räumen.¹⁹ Hier sind Projekte zur politischen Bildung angesprochen, für Schüler:innen genauso wie für ihre Lehrer:innen oder auch die Justiz, die rassistische Gewalt erkennen muss, wenn gegen sie strafrechtlich vorgegangen werden soll.²⁰ Viel zu lang sind Bildung und soziale Infrastruktur, aber auch Mobilität

¹⁹ Deutscher Bundestag, Demokratiefördergesetz: Fachleute sehen Verbesserungsbedarf, 2023, <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2023/kw13-pa-familie-demokratieforderung-938952> (zuletzt abgerufen 25.04.2024)

²⁰ Nele Austermann/Andreas Fischer-Lescano/Heike Kleffner/Kati Lang/Maximilian Pichl/Ronen Steinke/Tore Vetter (Hrsg.), Recht gegen rechts. Report 2024, 2024.

und schlicht Versorgung des ländlichen Raumes vernachlässigt und einer rein ökonomischen Kosten-Nutzen-Rechnung unterworfen worden. Doch nur tatsächliche Selbstwirksamkeit, ob an Schulen, in Unternehmen²¹ oder Pflegeheimen lässt Menschen nicht ohnmächtig vor Krisen und Umbrüchen kapitulieren, sondern gemeinsam Wege suchen. Jedes selbstverwaltete Jugendzentrum, jede Stadtbibliothek, jeder Lebensmittelladen und jedes Rufbussystem sind Möglichkeiten von Kontakt, Austausch, Lernen, Gestalten.

Das gilt für Ost wie West und Nord wie Süd. Dennoch sehen wir, dass der Osten eine Vorreiterrolle hatte. Die Ergebnisse der AfD sind hier als erstes nach oben geschneilt. Die Erklärungsansätze dafür sind vielschichtig und gerade in den letzten Jahren sind einige literarische²² und wissenschaftliche²³ Auseinandersetzungen dazu veröffentlicht worden, auch soziologische Studien zu anderen Ländern²⁴ hat die Wissenschaft zu bieten. Bundes- und Landespolitik muss sich dem annehmen und Brüche in Biographien ernstnehmen. Hier muss kulturelle und soziale Förderung nachhaltig verankert werden. Es gibt Mut machende Beispiele, die mit der Kraft des Theaters die komplexen politischen Entwicklungen und die individuelle Verwobenheit mit Systemumbrüchen verdeutlichen, annehmen und besprechbar machen²⁵. Diese Arbeit ist deutlich nachhaltiger als das Verbot einer Partei, aber auch viel weniger effekthascherisch und beugt sich nicht medialen Konjunkturen. Sie ist oft nur prekär finanziert und wenig institutionalisiert²⁶. Sie braucht vor allem einen langen Atem. Wenn man rechter Hegemonie begegnen will, ist der nötig.

²¹ Hans-Böckler-Stiftung, Betriebsverfassung für die Zukunft, 2022, <https://www.boeckler.de/de/boeckler-impuls-eine-betriebsverfassung-fur-die-zukunft-40452.htm> (zuletzt abgerufen 25.04.2024).

²² Grit Lemke, Kinder von Hoy, 2023.

²³ Steffen Mau/Lütten Klein, Leben in der ostdeutschen Transformationsgesellschaft, 2019; Klaus Dörre, Arbeiter*innen und die radikale Rechte, 2023.

²⁴ Arlie Russell Hochschild, Fremd in ihrem Land. Eine Reise ins Herz der amerikanischen Rechten, 2018.

²⁵ Michaela Kumkar, Frauen laden zu einer biographischen Zeitreise ein, Nordkurier vom 11.12.2023, <https://www.nordkurier.de/regional/uckermark/frauen-laden-zu-einer-biographischen-zeitreise-ein-2118398> (zuletzt abgerufen 25.04.2024).

²⁶ Losmachen e.V., Zivilgesellschaft in Ostdeutschland braucht deine Unterstützung, betterplace.org, <https://www.betterplace.org/de/projects/132846-zivilgesellschaft-in-ostdeutschland-braucht-deine-unterstuetzung> (zuletzt abgerufen 25.04.2024).

Between Legal Deficiencies and Political Restraint

The Prohibition of Political Parties in France

Augustin Berthout¹

Traditionally, it is Germany, not France, which is presented as the model example of militant democracy. Among the various provisions of the German Basic Law, Article 21 (2), setting out the procedure for banning political parties, is perhaps one of the clearest expressions of the basic constitutional decision in favour of a *streitbare Demokratie*². Nevertheless, setting concepts aside and examining empirical data, it is interesting to note that Germany has banned fewer political parties than France since the end of the Second World War. Indeed, while Germany only banned the *Sozialistische Reichspartei* and the *Kommunistische Partei Deutschlands* respectively in 1952 and 1956, no fewer than seven parties have been dissolved in France since the beginning of the 5th Republic in 1958.

A prohibition mainly used for small parties

Soon after the attempted coup in May 1958, the *Parti nationaliste* was dissolved in 1959 as a violent anti-republican party and as the successor of the organisation *Jeune Nation*, which was forbidden shortly after the failed coup attempt.³ While it was preparing to discuss the question of independence for French Polynesia, the *Rassemblement démocratique des populations tahitiennes* was dissolved in November 1963.⁴ A few years later, following the riots of May 1968, several far-left parties were also dissolved. These included the Trotskyist *Parti communiste internationaliste* and the Maoist *Parti communiste marxiste-léniniste de France*, both dissolved in June 1968.⁵ Similarly, the successor of the *Parti communiste internationaliste*, known under the name of the *Ligue communiste* was dissolved in 1973 because of a violent demonstration against the far-right organisation

¹ Augustin Berthout is Doctor of Public Law from the University of Montpellier and works particularly on the notion of militant democracy.

² BVerfGE 5, 85 (139) – KPD-Verbot. More recently, see also BVerfG, Urteil vom 17.01.2017, 2 BvB 1/13, https://www.bverfg.de/e/bs20170117_2bvb000113.html (last visited Apr 25, 2024) = BVerfGE 144, 20 (164) – NPD-Verbotsverfahren; BVerfG, Beschluss vom 13.07.2018, 1 BvR 1474/12, https://www.bverfg.de/e/rs20180713_1bvr147412.html (last visited Apr 25, 2024) = BVerfGE 149, 160 (194) – Vereinsverbote; BVerfG, Urteil vom 23.01.2024, 2 BvB 1/19, https://www.bverfg.de/e/bs20240123_2bvb000119.html (last visited Apr 25, 2024).

³ Decree of 13 February 1959, Journal Officiel of 15 February 1959, p. 2023.

⁴ Decree of 5 November 1963, Journal Officiel of 6 November 1963, p. 9887.

⁵ Decree of 12 June 1968, Journal Officiel of 13 June 1968, p. 5625.

Ordre Nouveau, which was dissolved on the same day.⁶ In 1987, the *Mouvement corse pour l'autodétermination* which was a party with an electoral activity, was also forbidden due to its independentist agenda.⁷ For a long time, it was the last political party to have been dissolved in France. However, on 4 October 2023, the small fundamentalist Catholic party *Civitas* was dissolved for racism and appeal to violence against the Republic.⁸ This latest ban occurs in the context of a significant increase⁹ in the number of dissolutions of ordinary associations since 2016. However, it differs from these previous dissolutions in that it targeted a political party, which had achieved an insignificant electoral score in the 2017 legislative elections.¹⁰

Despite these precedents, there are no public opinion movements in France calling for the banning of a political party, as currently in Germany¹¹ against the *Alternative für Deutschland*. At the turn of the 2000s, some intellectuals contemplated the dissolution of the *Front National* and legal scholars, without saying that this solution was necessarily *politically desirable*, pointed out that it was, in any case, *legally possible*¹². However, in today's political debate, there is no discussion about the legality of what are usually considered to be France's main far-right parties, such as the *Rassemblement national* or *Reconquête!*¹³. It follows

⁶ Decree of 28 June 1973, Journal Officiel of 29 June 1973, p. 6957.

⁷ Decree of 22 January 1987, Journal Officiel of 24 January 1987, p. 861.

⁸ Decree of 4 October 2023, Journal Officiel of 5 October 2023.

⁹ Noé Amsallem/William Audureau/Romain Geoffroy, Trente-quatre associations visées par une dissolution sous la présidence Macron, une annulation par le Conseil d'Etat, 2023, *Le Monde*, https://www.lemonde.fr/les-decodeurs/article/2023/11/10/trente-quatre-associations-visees-par-une-dissolution-sous-la-presidence-macron-une-annulation-par-le-conseil-d-etat_6184932_4355771.html (last visited Apr 25, 2024).

¹⁰ See Madeleine Meteyer, Législatives: Alexandre Gabriac, Marie d'Herbais... voici les premiers candidats de Civitas, 2017, *Marianne*, <https://www.marianne.net/politique/legislatives-alexandre-gabriac-marie-d-herbais-voici-les-premiers-candidats-de-civitas> (last visited Apr 25, 2024); Juliette Vienot de Vaublanc, Civitas, à la croisée de l'extrême droite et de l'intégrisme catholique, 2023, *La Croix*, <https://www.la-croix.com/Religion/Civitas-croisee-lextrême-droite-lintegrisme-catholique-2023-08-08-1201278232> (last visited Apr 25, 2024).

¹¹ Kjeld Neubert, Germany Wrestles with Calls to Ban AfD – Again, 2024, *Euractiv*, <https://www.euractiv.com/section/politics/news/germany-wrestles-with-calls-to-ban-afd-again/> (last visited Apr 25, 2024).

¹² Thomas Hochmann, Auflösung des Front National: Eine Anleitung, *Verfassungsblog* vom 16.10.2014, <https://verfassungsblog.de/aufloesung-des-front-national-eine-anleitung/> (last visited Apr 25, 2024); See also, Pierre Esplugas-Labatut, L'interdiction des partis politiques, 1999, *Revue française de droit constitutionnel*, No. 36, p. 675.

¹³ Recently, several politicians from the presidential party and the right-wing party Les Républicains have made calls to ban La France Insoumise, the main-left wing party: Libération, October 11, 2024, Des élus LR et Renaissance souhaitent la dissolution de LFI après le communiqué sur l'attaque du Hamas, https://www.liberation.fr/politique/des-elus-lr-et-renaissance-souhaitent-la-dissolution-de-lfi-apres-le-communique-sur-lattaque-du-hamas-20231011_W2LJRAASJFFY3K22BORD2HMNR4/; Libération, May 14, 2024, Eric Ciotti veut dissoudre La France insoumise, https://www.liberation.fr/politique/eric-ciotti-veut-dissoudre-la-france-insoumise-20240514_SDY4C4SW5NFL3HE_S6CHWPENTO4/ (both last visited July 16, 2024). However, these calls remain isolated.

from this overview that in France, the ban on political parties has mainly been used against small political parties and never against parties with significant electoral support. This can be explained for three main reasons. First, from a legal point of view, dissolving a political party is easy. This explains the number of small parties dissolved since 1958. Second, from a political point of view, it is a risky decision to take and not necessarily a useful one for the protection of democracy. This is why banning the main political parties with an authoritarian agenda has never really been considered. Third, from a constitutional point of view, it is not entirely certain that the banning mechanism complies with the Constitution. This last reason may also explain why the banning of political parties is rarely envisaged.

A prohibition legally easy to adopt

If so many parties have been dissolved in France since 1958, it is primarily because the banning mechanism is easy to activate. In reality, there are two dissolution mechanisms in France, but only one of the two is easily activated. The first one is the judicial dissolution which is pronounced by the civil Tribunal on the basis of the 1901 law on freedom of association. However, due to the slowness of this procedure, a second mechanism known as the “administrative dissolution” was adopted with the law of 10 January 1936. This law has since been repealed but is reproduced almost entirely in article L. 212-1 of the Internal Security Code¹⁴. It is on this legal basis that all dissolutions of political parties were adopted after 1958. The special feature of the French mechanisms for dissolving political parties is that they are, in fact, the same as the mechanisms for dissolving ordinary associations.¹⁵

From a procedural point of view, administrative dissolution has very few requirements. It must be adopted by a decree of the Council of Ministers (*décret en Conseil des ministres*), which means that it is the President of the Republic and the Prime Minister who decide on the dissolution in light of the information provided by the Minister for the Interior. Since 1979 and 1983, the decree must be justified and be issued after giving the party’s leaders the opportunity to provide their observations. The legality of the decree may then be challenged before the *Conseil d’Etat*, which will judge on the first and last hearing. Therefore, the French procedure is more similar to the German procedure for banning associations than to the judicial procedure for banning political parties. The main difference is only

¹⁴ Code de la sécurité intérieure, Article L212-1, Légifrance, https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000043982161 (last visited Apr 25, 2024).

¹⁵ For a more detailed analysis, see Romain Rambaud, La loi du 10 janvier 1936 sur les groupes de combat et milices privées (article L. 212-1 du code de sécurité intérieure: l’arme de dissolution massive, 2015, *Revue des Droits et Libertés Fondamentaux* (RDLF) No. 20.

that in Germany, ban decisions upheld by the *Bundesverwaltungsgericht* can be challenged before the Federal Constitutional Court. In France, there is no such remedy before the *Conseil constitutionnel*.

From a substantial perspective, the number of grounds for dissolution has increased since 1936. Initially, the philosophy underlying the grounds for dissolution differed significantly from that of Article 21 (2) of the German Basic Law. Violent and paramilitary activities could lead to a ban, but not political organisation's ideas *per se*. Thus, it was less about banning anti-republican organizations than those intending to undermine the Republic "by force". The sole exception to this liberal philosophy was the ground of protecting the State's territorial integrity, which targeted independence and anti-colonial movements, including their ideology, regardless of whether they engaged in violent activities. However, this ground has not been invoked since 1987, likely because it conflicts with the European Court of Human Rights' case law on party bans.

After the Second World War, the legislator added new grounds for dissolution. The underlying philosophy shifted from a focus on violent activities to political ideas. Henceforth, organisations promoting France's collaboration with the Third Reich or disseminating racist ideas are subject to bans. Moreover, in 2021, the legislator expanded the grounds for dissolution related to armed street violence by including provocation of violent actions against property, not just against individuals.

The combination of these expanded grounds and a very loose procedure has made it legally easy to ban political parties. However, the issue presents itself differently from a political perspective.

A prohibition politically challenging and potentially ineffective

While banning a political party in France may be relatively easy from a legal perspective, it is a much more complex decision from a political standpoint. Since the executive power is responsible for making such a decision, it is a highly politicized authority, and its decision may always be viewed as biased. Specifically, there is a risk that it will be seen as an authoritarian move to ban a party that opposes the current majority. The political calculation becomes even more complicated because the *Conseil d'Etat* may annul the decree if it deems the measure to be illegal.

In addition to the political difficulty, it is worth noting that banning a political party in France may not be the most effective way to protect democracy. A better and more effective institutional guarantee may be the two-round majority voting system used in presidential and legislative elections. This system can prevent candidates with political agendas that could undermine the liberal and democratic

nature of the regime from being elected. In theory, it allows citizens to vote “against” an anti-democratic candidate by supporting their opponent in the second round of elections. This means that the second round of elections acts as a kind of safety valve for democracy. However, this assumes that a majority of voters will always support liberal democracy. But as it is often said, it is challenging to maintain a democracy without democrats.

The risky nature of the decision, combined with the availability of alternative means to prevent anti-democratic forces from gaining power, likely contributed to the lack of serious consideration given to banning far-right political parties with significant electoral support. This political strategy may be further reinforced by uncertainty surrounding the constitutionality of the legal prohibition mechanism.

A prohibition constitutionally uncertain

An additional reason why banning political parties is not seriously considered in France, particularly for significant parties with an authoritarian agenda, may be the uncertainty surrounding the constitutionality of the banning mechanism. The dissolution instrument mostly dates back to the Third Republic and predates Article 4 of the 1958 Constitution, which guarantees the freedom of activity of political parties. To date, the mechanism has not been reviewed in light of this constitutional provision. In 2014, when the mechanism had regulatory value (*valeur réglementaire*), the *Conseil d'Etat* ruled that it complied with the constitutional principle of freedom of association.¹⁶ Similarly, the *Conseil constitutionnel* has always upheld the constitutionality of the new grounds for dissolution when referred to it.¹⁷ However, firstly, it has never had the opportunity to review the entire dissolution mechanism. And secondly, its reviews have always been conducted in the light of the constitutional principle of freedom of association, and never in the light of Article 4 of the Constitution. While it is certainly possible to restrict political parties' freedom insofar as Article 4 requires them to respect “*the principles of national sovereignty and democracy*”, it is questionable whether it is consistent with their freedom for the President of the Republic and the Prime Minister to have the authority to ban them.

The recent dissolution of the *Civitas* party highlighted the delicacy of leaving such a decision to an authority as political as the Executive. The three-page justification¹⁸ for banning the micro-party stands in stark contrast to the 349-page

¹⁶ Conseil d'Etat, 30.07.2014, No. 370306, Association “Envie de rêver” et autres.

¹⁷ Conseil constitutionnel, 13.08.2021, No. 2021-823 DC, Loi confortant le respect des principes de la République, §36-40.

¹⁸ Decree of 4 October 2023, *supra* fn. 7.

decision¹⁹ of the *Bundesverfassungsgericht* explaining why an anti-democratic party like the NPD should not be banned. Furthermore, the reasoning lacks legal consistency, notably in its failure to mention the case law of the European Court of Human Rights on the prohibition of political parties. In this respect, it is possible to wonder whether the dissolution decree is compatible with this case law, which requires States to dissolve political parties only if the risk they pose to democracy is “*sufficiently and reasonably imminent*”²⁰. The party’s insignificant electoral results and the very weak echo it has in the French public opinion cast doubt on this.

Given these conditions, it is possible to conclude that in France, the practice of banning political parties is perhaps not the best way to protect democracy. Yet, as the law currently stands, it could certainly be one of the most effective ways of undermining democracy.

¹⁹ BVerfG, Urteil vom 17.01.2017, 2 BvB 1/13, https://www.bverfg.de/e/bs20170117_2bvb000113.html (last visited Apr 25, 2024) = BVerfGE 144, 20 ff. – NPD-Verbotsverfahren.

²⁰ European Court of Human Rights, 30.6.2009, *Batasuna*, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-93475> (last visited 25 Apr, 2024), § 83.

Dilemma Demokratieschutz

Günter Frankenberg¹/Wilhelm Heitmeyer²

Ein Dilemma zeichnet sich durch einen Entscheidungszwang zwischen mehreren Varianten aus, ohne dass es eine unzweifelhaft richtige Lösung gibt. In ein Dilemma scheint auch die Abwehr des „Autoritären Nationalradikalismus“ der AfD zu führen. Die AfD zu verbieten, um ihre auf Destabilisierung gesellschaftlicher und staatlicher Institutionen und „Systemwechsel“ angelegte Politik zu unterbinden, wäre ebenso misslich wie die Augen vor ihrer Gefährlichkeit, ihren Erfolgen und Wahlaussichten zu verschließen und allein auf die demokratische Resilienz der Bevölkerung zu vertrauen.

Entscheidungsvarianten

Weder allein auf ein Parteiverbot zu setzen noch ausschließlich auf die Mobilisierung der gesellschaftlichen Abwehrkräfte zu hoffen, ist risikolos. Bei einem Verbotsantrag – würden sich denn Antragsteller finden – muss ein Scheitern ins Kalkül gezogen werden. Jedenfalls ist nach den bisherigen Erfahrungen mit einer langen Verfahrensdauer zu rechnen, die wohl über die nächste Bundestagswahl 2025 hinausreichen wird. Wie die Anhängerschaft reagierte, wäre ungewiss. Nicht auszuschließen sind eine aggressive Mobilisierung bis hin zu gewalttätiger Radikalisierung von Teilgruppen. Und selbst bei einem Verbotserfolg wäre das Problem nicht vom Tisch, denn staatliche Repression erzeugt rechtsextremistische „Innovation“: Man erfindet sich immer wieder neu, wie die zahlreichen Verbote rechtsextremistischer Gruppierungen³ gezeigt haben. Zudem senden die antragstellenden Institutionen (Bundestag, Bundesregierung, Bundesrat jeweils allein oder gemeinsam) an die Bevölkerung unweigerlich ein Signal des Misstrauens aus: Die Bevölkerung sei möglicherweise doch nicht so demokratiefest, dass ihr bei fortlaufenden Krisen und der auflaufenden Bereitschaft, die AfD zu wählen, über den Weg zu trauen wäre. Eben dieser Umstand ließe sich von der AfD wiederum emotional ausbeuten und als „antidemokratischer Akt gegen das deutsche Volk“ instrumentalisieren. Das gesellschaftliche und politische Problem in eine juristische Bearbeitung zu verschieben, hat eine schwergewichtige unbeab-

¹ Prof. Dr. Günter Frankenberg war Professor für öffentliches Recht, Rechtsphilosophie und Rechtsvergleichung an der Goethe-Universität Frankfurt/Main.

² Prof. Dr. Wilhelm Heitmeyer war Direktor des Instituts für interdisziplinäre Konflikt- und Gewaltforschung der Universität Bielefeld. Seitdem ist er dort als Seniorprofessor tätig.

³ Bundesministerium des Innern und für Heimat, Vereinsverbote, <https://www.bmi.bund.de/DE/themen/sicherheit/extremismus/vereinsverbote/vereinsverbote-artikel.html;jsessionid=C68AFC522C7E5CD8DBB307B8A464D928.live891?nn=9391476> (zuletzt abgerufen 25.04.2024).

sichtigte Nebenfolge: Die politischen Parteien und auch die Bevölkerung sind raus aus dem Klärungsprozess und es ist anzunehmen, dass dann alles weitergeht wie bisher.

Wer stattdessen den politischen Weg geht, muss bei der Mobilisierung der Zivilgesellschaft – beispielhaft die Großdemonstrationen zu Beginn des Jahres 2024 – mit unsicheren Wirkungseffekten rechnen und längeren, kaum überschaubaren Zeiträumen rechnen. Zudem wären Repräsentationslücken⁴ im politischen Raum und in den Repräsentativorganen vor allem in Ostdeutschland durch eine stärker sozialintegrative Politik zu schließen und zugleich die autoritären Treibsätze primär der Migrationspolitik zu entschärfen. Selbst wenn das gelänge, müsste bei anhaltenden AfD-Wahlerfolgen berücksichtigt werden, dass die verschiedenen Verfassungen und parlamentarischen Geschäftsordnungen auf Länderebene dem „Autoritären Nationalradikalismus“ institutionelle Machtoptionen eröffneten. Insgesamt hat diese Variante den Vorteil, dass Parteien, Verbände und auch die Zivilgesellschaft die drängende Verantwortung spüren, dass ein „Weiter so“ nicht zukunftsfähig ist für eine pluralistische Gesellschaft und die liberale Demokratie und neue, verstetigte Formen politischer Partizipation entwickelt werden müssen – zumal die „Treiber des Autoritären“⁵ global Wirkung erzielen.

Überlegungen zum Parteiverbot

Die hier erörterten Bedenken betreffen ausdrücklich nur die dem Bundesverfassungsgericht (BVerfG) vorbehaltene Feststellung der Verfassungswidrigkeit einer Partei gemäß Art. 21 Abs. 2 GG. Sie gelten nicht für ein Verbot von Vereinigungen, das Art. 9 Abs. 2 GG der Exekutive, also der Bundesministerin des Innern, überantwortet. Nach dem Beschluss des VG Köln, die AfD-Jugend (JA) könne als „gesichert rechtsextrem“ eingestuft werden, gibt es vorerst keinen zwingenden rechtlichen Grund, den völkisch-abstammungsmäßigen Volksbegriff und die xenophobe Agitation der JA als pubertäre Jugendsünden abzubuchen⁶.

⁴ Andrea Szukala, Repräsentationslücken, Responsivitätsprobleme und Wahlen, 2017, 5-10; Markus Linde/Winfried Thaa (Hrsg.), Krise der Repräsentation, 2011.

⁵ Ausführlich Günter Frankenberg/Wilhelm Heitmeyer (Hrsg.), Zur Theorie und Empirie des Autoritären, in: dies., Treiber des Autoritären. Pfade von Entwicklungen zu Beginn des 21. Jahrhunderts, 2022.

⁶ VG Köln, Beschluss vom 05.02.2024, Az. 13 K 3219/23, https://www.vg-koeln.nrw.de/behoerde/presse/Pressemitteilungen/03_06022024/index.php (zuletzt abgerufen 20.06.2024); vgl. auch VG Köln, Urteil vom 08.03.2022, Az. 13 K 208/20, https://www.justiz.nrw/nrwe/ovgs/vg_koeln/j2022/13_K_208_20_Urteil_20220308.html (zuletzt abgerufen 20.06.2024).

Zur Geschichte der Parteiverbote

Vier Verbotsverfahren sind zu registrieren, zwei davon endeten mit einem Verbotsausspruch, zweimal scheiterte der Verbotsantrag. Gleichsam als Morgengabe für die Alliierten wurden die Sozialistische Reichspartei (SRP) 1952 und die Kommunistische Partei (KPD) 1956 für verfassungswidrig erklärt⁷. Wegen des Drucks der Alliierten im Fall der SRP und des nicht überzeugenden Begründungskonvoluts im KPD-Urteil liefern beide Entscheidungen keine überzeugenden Maßstäbe. Die der AfD ideologisch nahestehende SRP ließ sich wegen ihrer „Wesensverwandtschaft“ mit der NSDAP umstandslos verbieten. Im KPD-Urteil erging sich das BVerfG in einer mäandrierenden Analyse des Marxismus-Leninismus und der Programmatik der KPD und endete beim Verbot, obwohl die bloße Ablehnung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung des GG in Gestalt des Programms einer „Diktatur des Proletariats“ – also eine ideologische Agenda – als Verbotgrund nicht ausreichen sollte. Hinzukommen müsse, so das BVerfG, eine „aggressiv kämpferische Grundhaltung“. Nach heutigen Vorstellungen von Verhältnismäßigkeit wäre die KPD schwerlich verbotswürdig gewesen⁸. Im Leitsatz Nr. 4 der NPD-Entscheidung von 2017 führt das BVerfG dazu aus:

„Der Begriff des Beseitigens der freiheitlichen demokratischen Grundordnung bezeichnet die Abschaffung zumindest eines ihrer Wesenselemente oder deren Ersetzung durch eine andere Verfassungsordnung oder ein anderes Regierungssystem. Von einem Beeinträchtigen ist auszugehen, wenn eine Partei nach ihrem politischen Konzept mit hinreichender Intensität eine spürbare Gefährdung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung bewirkt.“⁹

Von den beiden gescheiterten Verbotsverfahren gegen die NPD wurde das erste 2003 wegen mutmaßlicher Unterwanderung der Partei durch den Verfassungsschutz eingestellt¹⁰. Im zweiten Verfahren sah das BVerfG wegen der mangelnden Bedeutung der Partei und fehlenden Aussicht auf Durchsetzung ihrer verfassungswidrigen Ziele von einem Verbot ab¹¹. In einer Entscheidung von 2024 zum neu eingeführten Art. 21 III 1 GG bekräftigte das BVerfG den Ausschluss „verfassungsfeindlicher“ Parteien von der staatlichen Finanzierung als verfassungskonforme Option¹². Im Zweifel ist und im konkreten Fall der NPD war diese Option gewiss leichter zu begründen als die *ultima ratio*, das Parteiverbot gemäß Art. 21 II GG.

⁷ BVerfGE 2, 1 (SRP), und 5, 85 (KPD).

⁸ Die KPD war im ersten Bundestag mit 5,7 und im zweiten mit 2,2 Prozent vertreten.

⁹ BVerfG, Urteil vom 17.01.2017, 2 BvB 1/13, Leitsatz 4, https://www.bverfg.de/e/bs20170117_2bvb000113.html (zuletzt abgerufen 20.06.2024) = BVerfGE 144, 20 (LS 4).

¹⁰ BVerfG, Beschluss vom 18.03.2003, 2 BvB 1/01, https://www.bverfg.de/e/bs20030318_2bvb000101.html (zuletzt abgerufen 20.06.2024).

¹¹ BVerfGE 144, 20 = Urteil vom 17.01.2017, 2 BvB 1/13, https://www.bverfg.de/e/bs20170117_2bvb000113.html (zuletzt abgerufen 20.06.2024).

¹² BVerfG, Urteil vom 23.01.2024, 2 BvB 1/19, Rn. https://www.bverfg.de/e/bs20240123_2bvb000119.html (zuletzt abgerufen 20.06.2024).

Verhältnismäßigkeit und Schutzgut

Aus der Perspektive des Rechts der EMRK und des GG ist das Prinzip der Verhältnismäßigkeit von zentraler Bedeutung. In der Rechtsprechung des EGMR hat dieser Grundsatz eine unscharfe Kontur und bleibt abstrakt: Verbotsgründe müssen „überzeugend und zwingend“ sein¹³. In der zweiten NPD-Entscheidung verlangte das BVerfG, dass „eine Partei nach ihrem politischen Konzept mit hinreichender Intensität eine spürbare Gefährdung eines der Wesenselemente der freiheitlichen demokratischen Grundordnung bewirkt“¹⁴. Die Verfassungswidrigkeitserklärung sei kein „Gesinnungs- oder Weltanschauungsverbot“¹⁵, es sei auch auf die Erfolgsaussichten („von Gewicht“¹⁶) abzustellen. So vermittelt sich die Gefährlichkeit einer Partei der Verhältnismäßigkeit eines Verbots. Mit dieser Akzentverschiebung werden Verbotsanträge, von dem die Vorstellungswelt der 50er Jahre prägenden, heute wenig realistischen Bild der staatsgefährdenden Umsturzpartei abgelöst und justiert auf die gebotene, restriktive Auslegung von Art. 21 Abs. 2 GG. In den Mittelpunkt rückt das Verhalten einer Partei und ihrer Anhänger gegenüber Andersdenkenden. Es bedarf nicht des Nachweises von Umsturzversuchen oder manifesten Gewaltakten.

Hinsichtlich des Schutzgutes freiheitliche demokratische Grundordnung (FdGO) ist nicht ausgemacht, welchen Weg das BVerfG einschlagen könnte. Die Achtung der Menschenrechte sollte gegenüber dem Aspekt von Ordnung und Stabilität Vorrang haben. Eine „Verfassungsstörung“ ließe sich dann überzeugender auf die Sicherung der Offenheit und Freiheitlichkeit eines demokratischen Meinungs- und Willensbildungsprozesses stützen. Aktuell wäre also nachzuweisen, dass die AfD konkret erwarten lässt, Individuen und Gruppen mit Drohungen und Gewalt aus dem öffentlichen Raum zu vertreiben (Stichwort: „Remigration“) oder ihnen ihren persönlichen Lebensraum zu nehmen¹⁷.

Zurechnung

Ein solcher Nachweis setzt voraus, dass die AfD *in ihrem Kurs* aggressiv-kämpferische Militanz gegenüber Minderheiten zum Ausdruck bringt. Schwierig zu

¹³ Foroud Shirvani, Parteiverbot und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, in: JZ 2014, 1074-1083.

¹⁴ BVerfGE 144, 20 (LS 4 und 213) = Urteil vom 17.01.2017, 2 BvB 1/13, Leitsatz 4 und Rn. 556 https://www.bverfg.de/e/bs2017_0117_2bvb000113.html (zuletzt abgerufen 20.06.2024).

¹⁵ BVerfGE 144, 20 (LS 6a und 219) = Urteil vom 17.01.2017, 2 BvB 1/13, Leitsatz 6a und Rn. 570 https://www.bverfg.de/e/bs2017_0117_2bvb000113.html (zuletzt abgerufen 20.06.2024).

¹⁶ BVerfGE 144, 20 (LS 9c und 225) = Urteil vom 17.01.2017, 2 BvB 1/13, Leitsatz 6a und Rn. 585 https://www.bverfg.de/e/bs2017_0117_2bvb000113.html (zuletzt abgerufen 20.06.2024).

¹⁷ Die NPD setzte dazu an mit der Schaffung von „Angsträumen“. Dazu Rudolf van Hüllen, Der kommunale Rechtsextremist als „Stimme des Volkes“, KAS, <https://www.kas.de/de/web/extremismus/rechtsextremismus/der-kommunale-rechtsextremist-als-stimme-des-volkes/> (zuletzt abgerufen 20.06.2024).

beantworten ist, was einer Partei nach welchen Kriterien zugerechnet werden kann. Die Antwort von Art. 21 II GG ist unbestimmt: eine Partei muss „nach ihren Zielen oder nach dem Verhalten ihrer Anhänger“ darauf ausgehen, das Schutzgut FdGO teilweise oder ganz zu beseitigen. Der erste Schritt dieser Prüfung gestaltet sich schwierig, weil eine Partei schwerlich sehenden Auges ihre verfassungswidrigen Ziele offenlegt. Auch die AfD bedient sich in ihrem Programm verfassungsrechtlich unangreifbarer Formulierungen und Codierungen¹⁸.

Die Zurechnung von einzelnen Äußerungen der Funktionäre zum Kurs einer Partei ist gleichfalls heikel. Zunächst muss die sich äussernde Person kraft Status, Funktion oder Publikation in einem Parteiorgan legitimiert sein, für die Partei zu sprechen. Demgemäß sind Mandatsträger und leitende Parteikader, exemplarisch der thüringische Landespartei- und Parteichef Björn Höcke, unstreitig legitimiert. Allerdings müssten zuständige Parteigremien die Äußerungen zur Programmatik unterstützen oder durch Nicht-Distanzierung dulden¹⁹. Eine Zurechnung kommt nicht in Betracht, wenn es sich um nach dem Erscheinungsbild und der Programmatik der Partei erkennbare Entgleisungen („Ausreißer“) handelt, von denen sich die zuständigen Parteigremien eindeutig und plausibel distanziert haben²⁰.

Besonders problematisch ist, inwieweit sich eine Partei die Verhaltensweisen von Anhänger:innen zurechnen lassen muss. Zwar umfasst der weite Anhängerbegriff alle Personen, die sich für eine Partei einsetzen und ihren Kurs mittragen. Doch je weiter sich der Kreis der Handelnden von der Parteispitze entfernt und die Einflussmöglichkeiten auf den Kurs der Partei schwinden, desto strenger ist der Nachweis der Zurechnung zu führen. So werden Straftaten und insbesondere Gewaltakte einzelner Anhänger:innen bei der Verbotsprüfung nur dann berücksichtigt, wenn sie eine *Grundtendenz* der Partei manifestieren.

¹⁸ Beispiel: B. Höckes Codierung des Rassismus in seiner Äußerung zum „lebensbehaltende[n] afrikanische[n] Ausbreitungstyp auf den selbstverneinenden europäischen Platzhaltertyp“, dazu Andreas Kemper, Die neurotische Phase überwinden, in der wir uns seit siebzig Jahren befinden. Zur Differenz von Konservatismus und Faschismus am Beispiel der „historischen Mission“ Björn Höckes (AfD), Rosa-Luxemburg-Stiftung, 2016, S. 60 f., www.tinyurl.com/rosalux-hoecke (zuletzt abgerufen 20.06.2024).

¹⁹ Zum Beispiel Höckes Forderung, Kinder mit Behinderung nicht mehr an Regelschulen zu unterrichten, Ann-Katrin Müller/Maik Baumgärtner, Höcke sorgt mit Äußerungen zu Schülern mit Behinderungen für Entsetzen, Der Spiegel vom 09.08.2023, <https://www.spiegel.de/politik/deutschland/afd-bjoern-hoecke-entsetzt-mit-aeusserungen-zu-schuelern-mit-behinderungen-a-3f3f98b3-59f5-4e73-97af-67104fe24f9d>. Weitere Beispiele: Acht Zitate zeigen, wie gefährlich der AfD-Rechtsaußen wirklich ist, Focus vom 24.01.2017, https://www.focus.de/politik/deutschland/bjoern-hoecke-sieben-zitate-zeigen-wie-gefaehrlich-der-afd-rechtsaussen-wirklich-ist_id_6536746.html/ (zuletzt abgerufen 20.06.2024).

²⁰ Zum Beispiel: Distanzierung der AfD von B. Höckes Kritik am Holocaust-Gedenken 2017, AfD-Mann Höcke löst mit Kritik an Holocaust-Gedenken Empörung aus, F.A.Z. vom 18.01.2017, <https://www.faz.net/aktuell/politik/inland/afd-geht-nach-umstrittener-rede-auf-distanz-zu-hoecke-14686499.html> (zuletzt abgerufen 20.06.2024).

Eine Zurechnung scheidet häufig daran, dass sie zugeschnitten ist auf die Situation *nicht-taktischen* Verhaltens und auf Parteiorganisationen, die mehr oder weniger dem Muster einer Mitglieder- und Wahlpartei mit zentralisierten Verantwortungsstrukturen entsprechen. Dem widerspricht die Taktik einer extremistischen, vom Verbot bedrohten Partei. Sie ist in aller Regel gerade darauf ausgerichtet, verfassungswidrige Parteiziele zu verschleiern und/oder durch Sympathisanten, locker assoziierte Organisationen und Netzwerke verfolgen zu lassen.

„Wesensverwandtschaft“ der AfD?

Ob sich die AfD – wie seinerzeit die SRP – die „Wesensverwandtschaft“ mit der NSDAP entgegenhalten lassen muss, ist zweifelhaft. Zum einen ist ungewiss, ob das BVerfG an diesem Verbotstopos festhält oder neue verfassungsrechtliche Maßstäbe, wie die erwähnte menschenrechtliche Begründung, entwickelt. „Wesensverwandtschaft“ verlangt den Nachweis, dass es sich bei der AfD schon gar nicht nur um eine „rechtspopulistische“, sondern eine rechtsextremistische und spezifisch neo-nationalsozialistische Partei handelt. Hier trägt auch die Verlegenheitsformel des Verfassungsschutzes, die AfD sei eine „in Teilen“ rechtsextremistische Partei, nicht wirklich zur Klärung und Absicherung der Erfolgsaussichten eines Verbotsantrages bei. Im Gegenteil: sie wirft die Frage auf, wie denn die anderen Teile der Partei zu charakterisieren seien.

Probleme der gesellschaftlich-politischen Abwehr

Der Weg über die zivilgesellschaftliche und politische Abwehr des „Autoritären Nationalradikalismus“ ist kein Garant für den Schutz von Pluralität und Demokratie, zumal die AfD mit ihrem Kulturkampf eine neue, für erhebliche Teile der Bevölkerung attraktive Erfolgsspur gelegt hat. Die autoritären Versuchungen der AfD-Strategie mit ihren Ingredienzen „gruppenbezogene Menschenfeindlichkeit“ und „rohe Bürgerlichkeit“ lassen sich keineswegs mit der politischen Selbsttäuschung als „Protest“ wegfabulieren.

Autoritäre Versuchungen

Das *Autoritäre* zielt auf ein Gesellschaftsmodell mit traditionellen Lebensweisen und Geschlechterrollen, durchsetzt von Hierarchien, Kontrollpolitik und ethnischer Homogenität. Pluralität und Diversität werden abgelehnt. Es verbrüdet sich mit dem *Nationalistischen* im Konzept der AfD, das die Überlegenheit deutscher Kultur betont, eine Untergangsrhetorik des deutschen Volkes und ausgrenzende Identitätspolitik forciert, Deutsch-Sein als Identitätsanker in entsicherten Krisenzeiten und eine Neudeutung deutscher Geschichte anbietet. Wirtschaftspolitisch heißt dies: Deutschland zuerst. Und schließlich machen die Ideen einer

brachialen Remigrationspolitik – zunächst insgeheim – die Runde. Das *Radikale* zeigt sich in aggressiven, auf Feindbildern und Angriffsmodi aufbauenden Kommunikations- und Mobilisierungsstilen, deren Wirkung sich durch Zugriff auf digitale Medien wie Meta, X oder Tiktok entfaltet.

Die AfD hat sich in diesem immer wichtiger werdenden Terrain – insbesondere für jüngere Personen – im Unterschied etwa zur NPD als moderne Partei entwickelt. Dabei macht sie sich auch den „neuen Strukturwandel der Öffentlichkeit“ (Jürgen Habermas) zunutze. Digitale Medien fragen nicht nach Ideologien. Sie bedienen auch das rechte Spektrum mit einem eigenständig gestaltbaren und nutzbaren Mobilisierungs- und Resonanzraum, zusätzlich munitioniert mit Verschwörungsideologien. Das Entscheidende: Ein Parteiverbot könnte diesen Raum weder schließen noch eindämmen; die autoritären Versuchungen könnten weiter propagiert werden. Überdies hat die mit Hass, Verachtung und Ressentiments aufgeladene Rhetorik längst außerhalb des Lagers der AfD bei den etablierten „Volksparteien“ ihre Abnehmer gefunden. Diese Konstellationen und Tendenzen müssten eine gesellschaftliche und politische Abwehr berücksichtigen.

„Gruppenbezogene Menschenfeindlichkeit“ und „rohe Bürgerlichkeit“

„Gruppenbezogene Menschenfeindlichkeit“ war bereits vor der Gründung der AfD vorhanden. Und Wechselwähler waren schon früher wahlpolitisch „vagabundierend“ zwischen den großen Volksparteien unterwegs. Aber spätestens 2015 mit der Flüchtlingsbewegung erhielten sie einen (partei-)politischen Fixpunkt, den vor allem die AfD besetzen konnte. Inzwischen scheint ihre Wählerschaft stabil zu sein, jedenfalls ist länderübergreifend die Vergrößerung des Resonanzraumes bis in die „rohe Bürgerlichkeit“ hinein offensichtlich. Und selbst die Aufdeckung der anvisierten millionenfachen, brachialen „Remigration“ und die Großdemonstrationen gegen die AfD haben die Quoten der Wahlaussichten bis zum Februar 2024 nur unwesentlich beeinträchtigt. Offen ist, wie sich die Konkurrenz von Werteunion und BSW (Bündnis Sarah Wagenknecht) an der Wahlurne und in der Praxis auswirken werden.

Was tun?

Krisen sind Treiber des Autoritären. Sie führen enttäuschte Erwartungen im Gepäck und lösen Verunsicherung und Ängste aus. Die Instrumente zu ihrer Bewältigung wirken weder automatisch noch sind sie frei von Kosten – und die sicherheitsspendenden Zustände vor Krisen sind nicht ohne weiteres wieder herstellbar. Umso mehr muss Politik darauf ausgerichtet werden, weitere Kontrollverluste zu vermeiden und im Alltagsgeschäft Krisendynamiken – und auch die Konsequenzen der AfD-Politik – zu erklären und ihnen Rechnung zu tragen, nicht aber

Klientelpolitik zu betreiben und den Blick obsessiv auf Wahlkämpfe zu richten. Nicht das Gerede von „Brandmauern“ wehrt den Autoritarismus ab, das kann nur mit einer konfliktfähigen Zivilgesellschaft gelingen, die für Demokratie eintritt, und mit Medien, die Aufklärung ernst nehmen.

Der anspruchsvolle demokratische Weg ließe sich von präventiven Maßnahmen flankieren, um demokratisch-rechtsstaatliche Errungenschaften – sollte die „Stunde des Autoritären“ schlagen – nicht umstandslos an einfache Mehrheiten auszuliefern. Zu denken wäre daran, die institutionelle Struktur und zentrale Kompetenzen des Bundesverfassungsgerichts in das Grundgesetz einzustellen. Das Parlamentsrecht von Bund und Ländern wäre durchzumustern wie es das „Thüringen-Projekt“²¹ des Verfassungsblogs tut, um autoritären Versuchungen welcher Art auch immer mit den Mitteln des Rechts den Weg zu verlegen. Das zentrale Ziel der AfD besteht darin, zum autoritären Systemwechsel von „innen“ in gesellschaftliche und staatliche Institutionen einzudringen, um über Delegitimierung und Destabilisierung ihre politische Agenda zu normalisieren. Folglich ist eine intensive Durchmusterung zentraler Institutionen dringend vonnöten, zumal nicht alle Institutionen die gleiche eindeutige Resilienz gegenüber autoritären Versuchungen aufweisen: Justiz, Kultureinrichtungen, Gewerkschaften, Medien, Polizei, Bundeswehr, Verbände, Einrichtungen der Politischen Bildung. Eine demokratische Öffentlichkeit hat Anspruch darauf zu erfahren, was in ihren Institutionen vor sich geht, die zur Sicherung einer demokratischen sozialen Ordnung geschaffen worden sind.

²¹ Verfassungsblog: Das Thüringen-Projekt. Was wäre wenn? <https://verfassungsblog.de/thuringen-projekt/> (zuletzt abgerufen 25.04.2024).

A Limping Militant Democracy

Andrea Gatti¹

Sanctioning Neo-fascist Demonstrations in Italy

Images of hundreds of men gathering outside the former headquarters of the Italian post-fascist party (Movimento Sociale Italiano – MSI), giving the Roman salute in Acca Larentia (Roma) on the 8th of January 2024, have sparked numerous controversies in Italy. A genuine ceremony was taking place that night to celebrate the 46th anniversary of the killing of two militants in 1978. The men belonged to different groups but mostly to Forza Nuova, the current Italian neo-fascist party. The Roman salute was paired with the Fascist ritual of the “roll call”, whereby a leader calls out the name of a fallen soldier and his comrades shout “*presente!*”.

Political institutions and civil society reacted by strongly condemning the salute. PM Giorgia Meloni has distanced her party (Fratelli d’Italia) from “fascism” allegations.² After explaining that Fratelli d’Italia “has nothing to do with it”, the President of the Senate, Ignazio La Russa (himself a member of the MSI in his youth), also added: “So far there have been conflicting sentences on whether the Roman salute on the occasion of celebrations for deceased people is a crime or not.”³

While one would expect the President of the Senate, facing an incident that stirred political controversy, to reason in more institutional terms rather than strictly legally, La Russa was partially correct in stating that the current Italian legal framework is (still) not sufficiently clear and coherent on the matter.

In contrast to Germany, which has a broader protection system, “militant” anti-extremism in Italy is articulated in two major areas: the criminalization of fascism apologia and the banning of political movements that refer to fascism. Moreover, in Italy, unlike Germany, banning formal parties (and not just political groups) is still a controversial issue although the Constitution, at least in theory, would admit its feasibility. There is no precedent. Although the legal regulation of the aforementioned instruments differs in some respects from the German system,

¹ Andrea Gatti is a Research Fellow in Constitutional Comparative Law at the University of Teramo.

² Yuliya Talmazan, Outrage in Italy after hundreds give fascist salute at a rally in Rome, NBC News, Jan 9, 2024, <https://www.nbcnews.com/news/world/italy-fascist-salute-rome-rally-acc-larentia-killings-giorgia-meloni-rcna132992> (last visited Apr 25, 2024).

³ Fascist salute not always a crime – La Russa, ANSA English, Jan 9, 2024, https://www.ansa.it/english/news/politics/2024/01/09/fascist-salute-not-always-a-crime-la-russa_40fcd4da-272c-40ba-90a0-b708e6c6b696.html (last visited Apr 25, 2024).

one thing is certain: to some extent and under certain conditions, Italy can also be described as a militant democracy.

Italian militant democratic main provisions

First, it should be noted that the militant approach of the Italian system, due to its totalitarian past, is explicitly aimed at far-right extremism. There are two major legal frameworks that encompass punitive norms towards fascist behaviors. Both derive their constitutional legitimacy from the XII Transitory and Final Provision⁴ of the Constitution, which explicitly prohibits *any form* of revival of the dissolved Fascist National Party.

This clause permitted the enactment of Law nr. 645/1952, commonly known as “Scelba Law”⁵. This Law ensures sanctions for conducts that could contribute to the re-establishment of the disbanded Fascist National Party. It criminalizes the reorganization of the fascist Party (Article 1), any apologia for fascism – *i.e.* for its principles, methods or actions (Article 4) – and any fascist demonstration (Article 5). Moreover, according to Article 1, political movements “inspired by fascism” can be banned either through a Government Decree (an emergency tool never used) or by the Minister of the Interior following a criminal sentence against individual members of a political movement establishing their intention to reconstitute the fascist party (a tool used three times so far).

The main issue raised by the provision is the definition of a “fascist party” and which entities are covered by the prohibition: for the majority opinion⁶, it refers not to “a” fascist party but to “the” Fascist Party, *i.e.*, that well-defined historical entity that manifested itself in the country’s political reality from 1919 to 1943. Only for a few scholars⁷, “fascist” might point to any party that seeks to establish dictatorships or diminish the currently existing democratic principles.

The second important legal framework for combating political extremism is Law No. 205 of June 25, 1993, also known as the “Mancino Law”⁸, which broadened the scope of application of the XII Transitory and Final Provision of the

⁴ Senato della Repubblica, Constitution of the Italian Republic (1947), https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione_inglese.pdf (last visited Apr 25, 2024).

⁵ Gazzetta ufficiale, 20.06.1952, <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/1952/06/23/052U0645/sg> (last visited Apr 25, 2024).

⁶ Giulio Enea Vigevani, *Origine e attualità del dibattito sulla XII disposizione finale della Costituzione: i limiti della tutela della democrazia*, 2019, *Rivista di diritto dei media*, https://www.astrid-online.it/static/upload/pape/paper1_vigevani.pdf (last visited Apr 25, 2024).

⁷ C. Esposito, *I partiti nella Costituzione italiana*, Padova, 1954, 215 ff.

⁸ Law No. 205 of Italy referred to as the “Mancino Law”, 1993, *Legislationline*, <https://legislationline.org/taxonomy/term/23389> (last visited Apr 25, 2024).

Constitution by including racist and discriminatory ideologies among those deemed unconstitutional.

The recent decisive intervention of the Supreme Court on the fascist salute

Since the 1950s, there has been a rich but equally inconsistent jurisprudence, both from the Constitutional Court and ordinary courts (including the Supreme Court), on the meaning to be attributed to the fascist salute and the necessary conditions for such an act to fall within the scope of the aforementioned laws.

Since the Constitution does not impose “ideological” limits on the freedom to express one’s thoughts, even when the expression concerns fascism, the Courts concluded that praising fascism should not be criminalized *per se*.⁹ In order to sanction the Roman salute, a genuine (although not immediate) risk of a reorganization of the fascist party has been proven.

However, the practical application of these principles has not been consistent.

In 2017, a Court in Varese¹⁰, basing its decision on the Mancino Law, convicted a teacher who exchanged a Roman salute with one of his students upon leaving school, because of the “inherent gravity” of the gesture performed by an educational figure. Conversely, in Milan four individuals were acquitted for the same gesture, arguing that, despite the clear reference to fascist symbolism, it did not pose a serious and concrete danger of reorganizing the fascist party.¹¹

In some cases, the Roman salute was penalized using the Scelba Law (Article 5, fascist demonstrations), while in others, it has been addressed through the Mancino Law (Article 2, discriminatory or racist demonstrations), arguing that racism was an implicit element of fascist ideology.

The relationship between these two offences remained unclear: was the Mancino Law subsidiary to the Scelba Law or were they independent of each other, meaning each had a different scope of application? This legal issue was resolved on January 18th 2024 by the *en banc* session of the Corte di Cassazione with reference to a case bearing the same dynamics of the gathering in Acca Larentia.¹²

The Court of Appeals in Milan convicted some individuals under the Mancino Law. The *en banc* session overturned the verdict, specifying in the provisional

⁹ Italian Constitutional Court, decision n. 1/1957 and n. 74/1958 and, *ex multis*, Corte di Cassazione, decision n. 38686/23.

¹⁰ Tribunal of Varese, 26.07.2017, decision n. 167/2017, <https://www.iltuoforo.net/cerca.php?fts=saluto+romano&textCriteria=Testo+libero> (last visited Apr 25, 2024).

¹¹ Tribunal of Milan, 20.02.2019, decision 2488/19

¹² Italian Supreme Court of Cassation, 18.01.2024, decision 1/2024, https://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2024/01/Informazione-_240120_101906-1.pdf (last visited Apr 25, 2024).

information two concepts: first, concerning the Roman salute, the applicable offense is the promotion of fascism (Article 5 of the Scelba Law), and not (only) the promotion of discriminatory and racist ideas (Article 2 of the Mancino Law); second, the two offences are independent of each other without one overriding the other.

This decision does not represent an exoneration of the neo-fascists, as some provocatively claimed¹³, but rather that they can be prosecuted for two offences, rather than one. Conversely, the judges clarify the substantive and structural core of the Italian democratic value system: what is being stated is that praising fascism and spreading discrimination are attitudes that are distinctly unconstitutional.

Comparative remarks on the German case

The foregoing considerations help to establish some lines of differentiation and similarities with the German case. A first point of convergence may occur in the 2024 decision of the BVerfG¹⁴ on blocking the funding of the neo-Nazi party *Die Heimat*, based on the party's continuous and overt discriminatory attitude towards those who are not considered members of the people (*Volksangehörige*), in blatant violation of the principles of human dignity and democracy. It is true that these are partly different scenarios (dissemination of extremist ideas on the one hand, and unconstitutional political association on the other). They do, however, share the belief that the violation of the democratic principle is manifested precisely through the denial of citizenship and fair participation in the decision-making process of immigrants who become Germans.

The comparison with the German case is particularly interesting with regard to the offence of disseminating extremist ideas itself: the legal framework in Italy is quite similar to the one in Sections 86 and 86a of the German Criminal Code towards the use of signs and symbols considered unconstitutional. However, two differences persist: First, in Germany, the prohibitions do not only apply to Nazi-fascist symbolism but are extended to all unconstitutional organizations such as terrorist, communist, Islamist, Russian militarist groups, etc. Second, unlike in Italy, even the mere trade of material containing symbols of unconstitutional organizations is banned.

¹³ Barbie Latza Nadeau, Fascist Salute Legal at Rallies Unless It Threatens Public Order, Says Italy's High Court, CNN, Jan 19, 2024, <https://www.cnn.com/2024/01/19/europe/italy-fascist-salute-legal-court-intl/index.html> (last visited Apr 25, 2024).

¹⁴ BVerfG, Urteil vom 23.01.2024, 2 BvB 1/19, https://www.bverfg.de/e/bs20240123_2bvb000119.html, Press Release No. 9/2024, Jan 23, 2024, <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2024/bvg24-009.html> (last visited Apr 25, 2024).

Conclusion

Restrictions on political associations or individuals that “celebrate” the dissolved national fascist party (the very party that existed between 1921 and 1943) are in line with the XII Transitory and Final Provision. Nevertheless, in practice, these tools have not found a wide and clear use. For instance, is it legitimate to ban formal parties? The answer is not clear.

Fascism has become a word that carries various meanings. Inflationary use of the term can lead to a semantic shift that may actually result in ambiguity or, at least, impair our focus and ability to recognize real forms of fascism when they arise. In this respect, Italy is not fully equipped to defend itself against extremist ideologies other than literal “fascism”: given its limited framework, the use of the term “fascism” can sometimes be inappropriate and other times ineffective. On top of that, Italy is also afflicted by a “judicial policymaking” issue: when faced with cases bearing a certain ambiguity level, the degree of militancy of the system is left to the decision of judges, based on their personal interpretation of the conditions and limits of the two laws against unconstitutional ideologies. The very existence of these provisions demonstrates that Italy is a militant democracy, but their ambiguity makes it a limping one.

A final, brief consideration of the perspectives. It is true that extreme right is arising in Europe. However, the Acca Larentia episode should not worry too much: Italy is a noisy and vibrant democracy and there is no danger that fascism might appear just around the corner. Nevertheless, the real danger requires attentive supervision from public institutions and societies as a whole: that some extremist ideas, if tolerated beyond measure, may regain strength and legitimacy on the political stage, normalizing the abnormal and finally slowly jeopardizing the democratic debate.

Still Alive?

Party Bans in Spain

Lluís Subiela¹

Party banning was developed in Spain in 2002, with the aim of combating the terrorism of ETA (1958-2018), an extreme left-wing and separatist Basque organisation that murdered more than 800 people. This instrument proved useful in defeating the terrorist group and its network of support organisations, including several parties².

Currently, democracies must face several challenges, such as polarisation, the deterioration of the rule of law, populism, demagoguery and illiberalism, the deterioration of pluralism and the rise of a decisionist, personalist and plebiscitary conception of democracy. There is less mutual tolerance and less institutional restraint on the part of those in power³. And, particularly in Spain, there are strong separatist or pro-independence movements in Catalonia, the Basque Country and, to a lesser extent, Galicia, and other regions. This territorial crisis reached its peak in October 2017 with the illegal and unconstitutional declaration of independence in Catalonia. Faced with this, there are parties (PP and Vox) that have proposed using the mechanism of banning parties. But is this viable, and would it be useful? In my opinion, it is very difficult (although not technically impossible) for a party ban to be useful in Spain in contexts other than terrorism.

¹ Lluís Subiela is a predoctoral fellow and PhD candidate on Constitutional Law at the Political Department of the UNED and the Centre for Studies on Political Parties (*Ayudas para contratos predoctorales para la formación de personal investigador de la UNED 2022*). This text has been carried out within the framework of Research Project PID2021-124531NB-I00: “El Estado de partidos: raíces intelectuales, rupturas y respuestas jurídicas en el marco europeo”.

² Eduardo Vírjala Foruria, La exclusión política como instrumento de la lucha antiterrorista en España, in: Ignacio Gutiérrez Gutiérrez (coord.), *Mecanismos de exclusión en la democracia de partidos*, Madrid 2017, pp. 42, 60.

³ Among others, Carlos Fernández Esquer, La democracia interna en los partidos políticos y su medición, in: María Salvador Martínez (coord.), *Estudios sobre la función y el estatuto constitucional de los partidos políticos*, Madrid 2022, pp. 175 ff.; Alicia González Moro, Plebiscitarismo y crisis del paradigma representativo. Una aproximación desde los procesos de democratización de los partidos políticos, in: *Revista general de derecho público comparado*, No. 31 (2022); Adam Krzywón, El iliberalismo constitucional ha llegado para quedarse. Las experiencias centroeuropeas, in: *Revista de Derecho Político*, No. 113 (2022), pp. 16 ff., <https://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/33570/25054> (last visited July 11, 2024); Steven Levitsky/Daniel Ziblatt, *How democracies die*, Harlow 2018. For a wider context on democracy: Freedom in the World 2023: <https://freedomhouse.org/report/freedom-world/2023/marking-50-years> (last visited Apr 25, 2024).

Development of the prohibition of political parties in Spain

With the expansion of terrorism, violence and harassment by ETA that took place in the 1990s (“socialisation of pain”⁴), Article 515 of the Penal Code on unlawful association was considered insufficient, and the focus was put on the *Herri Batasuna* party (HB), which gave direct support to ETA, e.g. by providing social support, facilitating the use of its headquarters or by targeting⁵. Therefore, in 2002 a new Organic Law on Political Parties was passed and incorporated a judicial process of declaring a political party illegal before the Spanish Supreme Court.

Two new non-criminal causes for banning were included (Articles 10.2.b, c). The first is grave and repeated non-compliance with the requirement of internal democracy. Its lack of specificity has prevented it from being applied⁶. The second was expressly related to terrorism. The assumption is that the party’s activity violates democratic principles, with the aim of deteriorating or destroying freedoms, making the democratic system impossible or eliminating it. According to it, specific conducts must be carried out repeatedly and gravely, for example: express or tacit political support for terrorism, proposing electoral candidates or having leaders convicted of terrorist crimes or who have not publicly rejected terrorism, among others. The ruling can be appealed before the Constitutional Court⁷.

According to Article 6 of the Spanish Constitution, the creation and activity of political parties must be carried out with respect for the Constitution and the law. Activities of terrorism, violence and harassment are understood as contrary to the Constitution and cannot be included in the freedom of ideology. Moreover, parties must express political pluralism, which is enshrined in the Constitution as a higher value (Articles. 6 and 1). These activities would also be contrary to this idea of pluralism and, in general, to the idea of democracy.

However, Article 6 cannot be understood as the consecration of militant democracy⁸. This concept has, in fact, been ruled out by the Spanish Constitutional Court⁹. According to the Constitutional Court, the regulation of this model of

⁴ César García, The Strategic Communication Power of Terrorism: The Case of ETA, in: *Perspectives on Terrorism*, October 2018, Vol. 12, No. 5, p. 30, <https://www.jstor.org/stable/26515429> (last visited July 11, 2024).

⁵ Vírgala Foruria (Fn. 2), p. 41.

⁶ Fernández Esquer (Fn. 3), p. 182.

⁷ Eduardo Vírgala Foruria, Los partidos políticos ilícitos tras la LO 6/2002, in: *Teoría y Realidad Constitucional*, No. 10-11 (2003), p. 256, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1039024&orden=262755&info=link> (last visited July 11, 2024).

⁸ María Salvador Martínez, *Partidos Políticos. El estatuto constitucional de los partidos y su desarrollo legal*. Madrid 2022, p. 92.

⁹ Spanish Constitutional Court, 12.03.2003, STC 48/2003, 117, 7, <https://hj.tribunalconstitucional.es/en/Reso%20lucion/Show/4823> (last visited Apr 25, 2024).

party ban differs from militant democracy because what is pursued are determined activities contrary to the Constitution and not ideas or aims¹⁰.

The passing of the Organic Law on Political Parties was highly controversial¹¹ and although it was appealed before the Constitutional Court, it was eventually found to be in line with the Constitution¹². In general, criticism focused on the fact that the law does introduce, despite all, a model of militant democracy, not compatible with the Constitution¹³. The Spanish model has sometimes been described as ‘attenuated militant democracy’. There was also criticism of some specific elements of the law, e.g. the suspension of party registration by the Ministry of the Interior, although it did not question its constitutionality¹⁴.

Once the issue was resolved by the Constitutional Court and the constitutionality of the law was declared, the political groups concerned appealed to international bodies to prevent illegalisation. However, their demands were not accepted. According to the European Court of Human Rights’ interpretation of the Convention (Articles 11 and 10), states must ensure that a plurality of political parties representing the different views of the population participate in elections. Furthermore, for the limitation of the right of association to be in conformity with the Convention, it must be aimed at the protection of the rights and freedoms of others, national and public security, the defence of public order and the prevention of crime¹⁵. All this was fulfilled in the case of the parties related to ETA. Moreover, considering the direct support that these parties provided to ETA and the disruption they caused to the free, democratic competition and peaceful coexistence, the ECtHR considered that the requirement of imperative social necessity was also met and that the measure was proportional. All the declarations of illegality that were appealed before the ECtHR¹⁶ were found to be in accordance with the convention¹⁷.

¹⁰ STC 48/2003 (Fn. 9), 118, 7.

¹¹ Vírgala Foruria (Fn. 2), p. 42.

¹² STC 48/2003 (Fn. 9).

¹³ José Antonio Montilla, Algunos cambios en la concepción de los partidos. Comentario a la STC 48/2003, sobre la Ley Orgánica 6/2002, de partidos políticos, in: *Teoría y Realidad Constitucional*, No. 12-13 (2003), p. 585, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1038561&orden=252263&info=link> (last visited July 11, 2024).

¹⁴ Vírgala Foruria (Fn. 2), pp. 42, 44.

¹⁵ Mercedes Iglesias Báñez, La prohibición de partidos políticos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, in: Ignacio Gutiérrez Gutiérrez (coord.), *Mecanismos de exclusión en la democracia de partidos*, Madrid 2017, p. 123.

¹⁶ European Court of Human Rights, 30.6.2009, Batasuna, <https://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-93475> (last visited 25 Apr, 2024).

¹⁷ Eduardo Vírgala Foruria, STC 138/2012, de 20 de junio, sobre constitución de *Sortu*: La ¿definitiva? legalización de la Izquierda *Abertzale*, in: *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 96 (2012), p. 305, <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-espanola-de-derecho-constitucional/numero-96-septiembrediciembre-2012/stc-1382012-de-20-de-junio-sobre-constitucion-de-sortu-la-definitiva-legalizacion-de-la-izquierda-2> (last visited July 11, 2024).

The case of Batasuna and other parties related to ETA

Beyond the doctrinal debate, this mechanism was useful in dismantling ETA's political arm and, together with other actions, bringing about the end of terrorism in 2011 and the dissolution of the organisation in 2018. Numerous parties, parliamentary groups and electoral candidacies linked to ETA (HB, EH, Batasuna, ANV, PCTV, ASB, D3H, SA, NSA, Askatasuna, etc.) were outlawed and the tacit and expressed support that these political groups gave to ETA disappeared, including political legitimisation and normalisation, the use of their headquarters, targeting, financial support or provision of jobs for ETA members both within the party and the public institutions¹⁸.

In 2011, a new political party, Sortu, was created from the social milieu that had previously been linked to Herri Batasuna. It joined other Basque pro-independence left-wing parties in the broader Bildu coalition (today, EH Bildu). At first, the Supreme Court ordered Sortu to be outlawed, but this decision was reversed by the Constitutional Court¹⁹, as it ruled that the express rejection of the use of terrorist violence included in the statutes, founding declarations and projected activities of the new party was sufficient for it to be understood in accordance with the law²⁰.

Party ban beyond terrorism

Since the territorial crisis in Catalonia, especially from 2017 on, there have been occasional proposals to ban parties, either for being contrary to the Constitution or for being contrary to the unity of Spain.

In January 2024, right-wing Vox presented a reform of the Party Law in parliament to introduce as a cause of illegality that a party's activity threatens the unity of Spain and the constitutional order²¹. Specific illegal activities would be defined as the support of public authorities for activities that seek to undermine or destroy the unity of Spain or if this is established in the party's statutes, programmes or declarations. The centre-right People's Party presented a reform of

¹⁸ Outside this context, the extreme left-wing political party PCE(r), linked to the terrorist organisation GRAPO, was also outlawed.

¹⁹ Spanish Constitutional Court, 20.06.2012, 138/2012, <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/22975> (last visited Apr 25, 2024).

²⁰ Vírjala Foruria (Fn. 2), p. 67.

²¹ Grupo Parlamentario VOX, Proposición de Ley Orgánica para garantizar la unidad de España. (122/000018), (2023), https://www.congreso.es/es/proposiciones-de-ley?p_p_id=iniciativas&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_iniciativas_mode=mostrarDetalle&_iniciativas_legislatura=XV&_iniciativas_id=122%2F000018 (last visited 25 Apr 2024).

the Penal Code²² (amendment to the 2023 Amnesty Law proposal) to include the illegal organisation of a referendum and the illegal declaration of independence as crimes. If a party or association was held responsible for these crimes, the proposed penalty was dissolution. Both proposals were rejected in parliament.

Vox's proposal would be clearly unconstitutional because it does not focus on the means by which constitutional modifications are proposed but seeks to prevent a party from promoting an idea contrary to that of the unity of Spain. The activity does not necessarily have to be unconstitutional or illegal; it is sufficient that it is contrary to the idea of Spain. In Spain, there is no militant democracy and therefore ideas contrary to the Constitution cannot be pursued, only activities. Nor, of course, would it be in line with ECHR jurisprudence. Banning the mere expression of rejection of the unity of Spain is contrary to ideological freedom and pluralism. The People's Party's proposal was technically more precise and fit better with the limits set by the Constitutional Court and the ECHR, as it focused on activities (declaring independence or carrying out acts aimed at this). This proposal also contained penalties for persons carrying out such activities. However, I believe that the provision of this punishment means that the concrete measure of dissolution does not meet the requirements of proportionality and imperative social need, established by the ECHR.

Conclusion

Party ban in Spain was effective in the fight against Herri Batasuna and terrorism. Fortunately, in Spain today, there is no terrorism threatening democracy linked to a specific political party (the social problems arising from that experience are another matter). Today, the Basque radical left-wing and pro-independence parties comply with the law. This is the understanding of the Constitutional Court, most of the doctrine²³ and a large part of society. However, Spanish democracy presents other problems and risks, some of them shared with other European countries. But problems such as polarisation, populism and institutional deterioration cannot be solved by this mechanism. Currently, the outlawing of parties has only been proposed for (especially Catalan) pro-independence parties.

²² Proposición de Ley Orgánica de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña, 11.01.2024, [https://www.congreso.es/es/busqueda-de-publicaciones?p_p_id=publicaciones&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_publicaciones_mode=mostrar-TextoIntegro&_publicaciones_legislatura=XV&_publicaciones_id_texto=\(BOCG-15-B-32-4.CODI.\)](https://www.congreso.es/es/busqueda-de-publicaciones?p_p_id=publicaciones&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_publicaciones_mode=mostrar-TextoIntegro&_publicaciones_legislatura=XV&_publicaciones_id_texto=(BOCG-15-B-32-4.CODI.)) (last visited 25 Apr 2024).

²³ Virgala Foruria (Fn. 2), p. 73.

Although there were events of the 2017 crisis that were being investigated as terrorism²⁴ (with the consequences that this could have in terms of banning parties), this investigation was dismissed in July 2024²⁵, so there seems to be no scope for an eventual ban on Catalan pro-independence parties for supporting terrorism. At present, without a reform of the constitution that would introduce militant democracy, the banning of parties in Spain seems to be a difficult instrument to apply. However, this is not necessarily a bad thing, given the exceptional nature of this instrument and the necessary ideological freedom required by any pluralist democracy.

²⁴ Katalonien: Spanisches Parlament lehnt Amnestie-Vorhaben von Pedro Sánchez ab, Die Zeit vom 30.01.2024, <https://www.zeit.de/politik/2024-01/spanien-parlament-rueckschlag-amnestie-sanchez> (last visited Apr 25, 2024).

²⁵ As of 11 July, the court decisions are not yet openly available. See the press releases of the Judiciary (in Spanish): <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Noticias-Judiciales/La-instructora-del-caso-Tsunami-Democratic-en-el-Tribunal-Supremo-acuerda-el-archivo-de-la-causa-en-la-que-investigaba-a-Puigdemont-y-Wagensberg> (last visited Jul 11, 2024), and <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Audiencia-Nacional/Oficina-de-Comunicacion/Notas-de-prensa/El-instructor-del-caso-Tsunami-Democratic-en-la-Audiencia-Nacional-archiva-la-causa-tras-la-decision-de-la-Sala-de-lo-Penal-de-anular-la-prorroga-acordada-en-julio-de-2021> (last visited Jul 11, 2024). Moreover, Katalanische Separatisten: Terrorismusverfahren gegen Puigdemont und Rovira eingestellt. <https://www.faz.net/aktuell/politik/ausland/terrorismus-verfahren-gegen-puigdemont-und-rovira-eingestellt-19845367.html> (last visited Jul 11, 2024).

Why Party Bans Often Don't Work: How an Attempt to Ban Turkey's AKP Backfired

Andrew O'Donohue¹/Cem Tecimer²

In July 2008, in an intensely debated and enormously consequential case, Turkey's Constitutional Court weighed whether to close the ruling Justice and Development Party (AKP) and ban its 71 leading members, including then-Prime Minister Recep Tayyip Erdoğan.³ Six of the eleven justices voted in favor – falling just one vote short of the super-majority required to dissolve the AKP and bar its leaders from politics for five years.⁴

More than 15 years after the AKP closure case, Turkey has experienced significant democratic backsliding,⁵ and Erdoğan has secured a third term as president,⁶ extending his tenure in office into 2028. A historic opposition victory in the March 2024 local elections⁷ demonstrated that the AKP can still be beaten and offered a glimpse of a “post-Erdoğan Turkey.”⁸ Nonetheless, Turkey offers a crucial case for understanding why party bans often do not work – and an example from which other embattled democracies must learn.

Far from weakening the AKP or deterring illiberal behavior, we argue that this attempted party closure backfired and accelerated Turkey's democratic erosion. The closure case enabled the AKP to rally public support for institutional changes to the judiciary, and the case's prosecutors made strategic mistakes that undercut the prosecution's legitimacy.

¹ Andrew O'Donohue is the Carl J. Friedrich Fellow and a Ph.D. candidate in Government at Harvard University, as well as a National Science Foundation Graduate Research Fellow.

² Cem Tecimer earned his doctorate in law (S.J.D.) from Harvard Law School, where he now serves as a research fellow.

³ Robert Tait, Turkey's Governing Party Avoids Being Shut down for Anti-Secularism, *The Guardian*, July 31, 2008, <https://www.theguardian.com/world/2008/jul/30/turkey.nato1> (last visited Apr 25, 2024).

⁴ Id.

⁵ Staffan I. Lindberg et al., *Democracy Report 2024: Democracy Winning and Losing at the Ballot*, V-Dem Institute 2024, https://v-dem.net/documents/43/v-dem_dr2024_lowres.pdf (last visited Apr 25, 2024).

⁶ Berk Esen/Sebnem Gumuscu, How Erdoğan's populism won again, in: *Journal of democracy* 2023, Vol. 34 No. 3, <https://www.journalofdemocracy.org/articles/how-erdogans-populism-won-again/> (last visited Apr 25, 2024).

⁷ Adam Samson et al., Turkey's opposition wins big cities in blow to Recep Tayyip Erdoğan, *Financial Times*, Apr 1, 2024, <https://www.ft.com/content/0deeaad7-d98f-46a3-aac9-a4e18086e8b1> (last visited Apr 25, 2024).

⁸ Steven A. Cook/Sinan Ciddi, Post-Erdogan Turkey Is Finally Here, *Foreign Policy*, Apr 4, 2024 <https://foreignpolicy.com/2024/04/04/turkey-local-elections-erdogan-akp-imamoglu/> (last visited Apr 25, 2024).

What, then, could have been a more effective legal strategy for protecting democracy? We underscore that party bans are not a long-term solution or substitute for systemic political reforms. Although the tools of “militant democracy”⁹ may be useful, the Turkish case suggests that targeted legal interventions, rather than sweeping party bans, may be more effective at safeguarding democracy.

How attempted party bans can backfire

When Turkey’s Constitutional Court came just one vote short of banning the AKP, one might have expected that the AKP would be chastened, with the judges’ verdict acting as a warning. Indeed, ten of the eleven justices voted to reduce state funding for the AKP, on the grounds that the party had become a center of “anti-secular activities.”¹⁰

Instead, we argue that the prosecution against the AKP backfired. Within Turkey’s ruling party, the closure case cemented the belief that the AKP needed to tame a judiciary that was staunchly opposed to the party. What is more, the closure case enabled the AKP to argue to voters that the judiciary was an anti-democratic constraint on the popular will and that constitutional changes were necessary to democratize Turkey’s political system.

On the heels of the closure case, the AKP proposed a constitutional referendum in 2010.¹¹ In addition to increasing civilian oversight over the military, the referendum promised to increase the elected government’s appointments within the judiciary by enlarging the number of seats on the Constitutional Court and Supreme Board of Judges and Prosecutors.¹² The 2010 referendum passed by a wide margin, with 58% support, and demonstrated a popular mandate for institutional reform.¹³

Appealing to perceptions that the judiciary was partisan and anti-democratic, then-Prime Minister Erdoğan campaigned for the referendum as a step toward greater democracy. When celebrating the passage of the referendum in 2010, Erdoğan stated “The ‘yes’ verdict in today’s referendum is a result of our nation’s longing for democracy.”¹⁴

⁹ Giovanni Capoccia, *Militant Democracy: The Institutional Bases of Democratic Self-Preservation*, in: *Annual Review of Law and Social Science* 2013, Vol 9, <https://users.ox.ac.uk/~ssf0073/Writings%20pdf/Capoccia%20ARLSS%202013.pdf> (last visited Apr 25, 2024).

¹⁰ Robert Tait, *supra* fn. 3.

¹¹ Sebnem Arsu/Dan Bilefsky, *Turkish Reforms Pass by Wide Margin*, *The New York Times*, Sept 12, 2010, <https://www.nytimes.com/2010/09/13/world/europe/13turkey.html> (last visited Apr 25, 2024).

¹² Soner Cagaptay, *Turkey after the Constitutional Referendum: Implications for Washington*, *The Washington Institute*, Sept 23, 2010, <https://www.washingtoninstitute.org/policy-analysis/turkey-after-constitutional-referendum-implications-washington> (last visited Apr 25, 2024).

¹³ Sebnem Arsu/Dan Bilefsky, *supra* fn. 11.

¹⁴ *Id.*

To this day, President Erdoğan argues that he and his party have strengthened the rule of law after years of victimization by the judiciary. As Turkey's president stated in a 2022 speech, "As a politician who has been subjected to many unlawful accusations, harassments, and punishments in the past, I have been struggling to strengthen Turkey's rule of law since the day I came to power."¹⁵ Turkey's legacy of party bans, as well as the 2008 closure case against the AKP, helped enable Erdoğan to claim the mantle of democracy and cast the courts as anti-democratic.

How not to prosecute party bans

An important reason why the closure case against the AKP backfired has to do with the way in which the case was prosecuted. From the outset, the prosecution was beset with tactical errors. First, the timing of the case was inopportune. Second, the evidence the prosecutors submitted against the AKP was weak and at times even speculative

By the time the prosecutors launched the closure case against the AKP in March 2008, the party had already won three consecutive and decisive electoral victories. In the 2002 general election, which was the party's first electoral contest, the AKP won after garnering 34 percent of the national vote.¹⁶ That result translated into a disproportionate parliamentary supermajority of nearly 66 percent, due to the 10-percent national election threshold at the time that excluded a number of smaller parties from parliament. Only two years later, in 2004, the AKP won a landslide in nationwide local elections, increasing its vote share by eight percent to a total of 42 percent.¹⁷ Then, in the July 2007 general election, less than a year before the prosecutors initiated the 2008 closure case, the AKP received 46.6 percent of the national vote, marking its third consecutive electoral victory.¹⁸

Moreover, the AKP's 2007 electoral victory came in the aftermath of a presidential election crisis in which the AKP's candidate, Abdullah Gül, ultimately secured the requisite majority in parliament and was elected president, following several attempts by the secular main opposition to block the process.¹⁹

¹⁵ "Hukuk devleti ilkesi, demokrasinin olmazsa olmaz şartıdır", May 10, 2022, <https://www.tc.cb.gov.tr/haberler/410/136822/hukuk-devleti-ilkesi-demokrasinin-olmazsa-olmaz-sartidir> (last visited Apr 25, 2024).

¹⁶ Robert Tait, *supra* fn. 3.

¹⁷ Soner Cagaptay, Local Elections in Turkey: A Landslide Victory for the Incumbent AKP, The Washington Institute, Apr 1, 2004, <https://www.washingtoninstitute.org/policy-analysis/local-elections-turkey-landslide-victory-incumbent-akp> (last visited Apr 25, 2024).

¹⁸ Banu Eligür, The Changing Face of Turkish Politics: Turkey's July 2007 Parliamentary Elections, Crown Center for Middle East Studies, 2007, <https://www.brandeis.edu/crown/publications/middle-east-briefs/pdfs/1-100/meb22.pdf> (last visited 25 Apr 2024).

¹⁹ Mark Tran, Gul Elected as Turkish President, The Guardian, Aug 28, 2007, <https://www.theguardian.com/world/2007/aug/28/turkey.marktran1> (last visited Apr 25, 2024).

In sum, by March 2008, when the closure case began, the AKP had won three decisive electoral victories, both in general and local elections, in addition to successfully appointing its candidate as president. That made the timing of the closure case inauspicious: prosecutors *waited* until after the AKP had solidified its legitimacy through elections.

An evidentiary problem compounded this issue of poor timing. Shortly after the case began, it became clear that prosecutors were relying on a hodgepodge of circumstantial, and sometimes even speculative, evidence. For example, among the admitted evidence in the closure case was an interview that then-Prime Minister Erdoğan gave to the Malaysian newspaper, *The New Straits Times*. The prosecutors proffered Erdoğan's remark during that interview that "Turkey can serve as a model of how Islam and democracy can coexist in a harmonious way" as purported evidence that he wanted to establish an Islamic republic in Turkey.²⁰ "I am not secular as a person; the state is secular. I am, on the other hand, responsible for preserving the secular order" was another quotation offered as evidence by the prosecution.

Erdoğan's following comment in another interview, featured in the German *Welt am Sonntag* in February 2005, was also in evidence: "A democratic country must guarantee the freedom of religion. This includes, within the confines of the laws, citizens' religious expressions through symbols."²¹

These purported pieces of evidence quickly generated a widespread sense among politicians and the public that the closure case was not motivated by legal merits but rather by party politics. By waiting until the AKP had bolstered its legitimacy through elections – and then failing to substantiate their case with convincing evidence – the prosecutors significantly undermined the legitimacy of their case.

Why party bans aren't a long-term solution

Even when party bans are prosecuted effectively, the Turkish experience suggests that they are frequently a short-term fix, not a long-term solution. Turkey offers numerous examples to suggest that when political parties have deep-rooted popular support, banning them often amounts to a game of judicial whack-a-mole.

Consider Erdoğan's own rise in Turkish politics. When Erdoğan first rose to national prominence after being elected mayor of Istanbul in 1994, he was a member of the Islamist Welfare Party.²² Yet in 1998, the Welfare Party was banned

²⁰ Turkish Constitutional Court, June 30, 2008, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2008/10/20081024-10.htm> (last visited 25 Apr, 2024).

²¹ Christoph Keese, Gespräch mit Folgen, *Die Welt*, Feb 13, 2005, <https://www.welt.de/print-wams/article123087/Gespraech-mit-Folgen.html> (last visited Apr 25, 2024).

²² Kaya Genc, Erdogan's Way, *Foreign Affairs*, Aug 12, 2019, <https://www.foreignaffairs.com/articles/turkey/2019-08-12/erdogans-way> (last visited Apr 25, 2024).

from politics by the Constitutional Court for engaging in “anti-secular activities.”²³ Erdoğan himself was convicted, imprisoned for several months, and banned from politics for reciting a poem deemed to incite religious hatred.²⁴

However, these bans could not prevent widespread popular support for religious political parties and candidates from achieving political representation. A successor to the Welfare Party, the Virtue Party, was quickly established in 1997 – only to be promptly banned in 2001 for its “anti-secular activities.”²⁵ Then, in 2001 Erdoğan and his allies founded the Justice and Development Party – which branded itself as “conservative democratic” and “antiestablishment” without labeling itself as Islamist.²⁶ The judiciary was playing whack-a-mole, rather than offering a sustainable solution to incorporate religious voters into politics.

If anything, Erdoğan's past imprisonment and ban from politics may only have bolstered his standing in the eyes of more religious voters. As Kaya Genç observes, “The legal stain [of imprisonment], which the judiciary planned as a way to terminate his career, maximized Erdogan's popularity, since pious Turks now viewed him as their voice, which the state wanted to silence.”²⁷

Given the significant well of popular support for religious, conservative parties in Turkey, repeated party bans could not prevent the long-term emergence of such parties. The persistent use of such bans represented a failure of the Turkish political establishment to learn and adopt long-term institutional solutions to include religious voices in Turkey's political system.

What works better than party bans

If party bans often are not effective remedies, what alternative legal strategies might be? The risk that party bans may backfire, coupled with difficulties in prosecuting such cases, makes it all the more important for the judiciary to appreciate the panoply of options at its disposal.

One alternative is middle-way options. An asset freeze would very likely accomplish the objective of a ban by depriving the political party of its financial resources and thereby weakening it. For example, freezing party assets, either temporarily or permanently, could be a useful alternative to outright closure, to the extent the law permits it. An asset freeze can cover current and/or future financial

²³ Chris Morris, Turkey Bans Islamist Party, *The Guardian*, Jan 17, 1998, <https://www.theguardian.com/world/1998/jan/17/turkey> (last visited Apr 25, 2024).

²⁴ Kaya Genç, *supra* fn. 22.

²⁵ Douglas Frantz, Turkish Court Bans Religious Party, Main Opposition Force, *The New York Times*, Jan 23, 2001, <https://www.nytimes.com/2001/06/23/world/turkish-court-bans-religious-party-main-opposition-force.html> (last visited Apr 25, 2024).

²⁶ Kaya Genç, *supra* fn. 22.

²⁷ *Id.*

resources, including, for example, state aid not yet disbursed to a party. Moreover, an asset freeze can be partial or total, extending to some or all of a party's finances. Thus, an asset freeze permits the judiciary to fashion an individualized and case-specific remedy that would account for the length, seriousness, and pervasiveness of the threat posed by a political party. That, in turn, incentivizes judges to engage in a case-by-case inquiry that promotes considerations of fairness, moderation, and proportionality.

A second alternative that judges and prosecutors should consider is targeted legal interventions. More often than not, party bans focus on a number of higher-level operatives within a political party, as opposed to its rank and file. Targeted measures aimed at specific party leaders and using the tools of ordinary criminal and civil law could accomplish the same. Targeted asset freezes, to the extent the party in question is largely financed by one or a number of individuals, is a further possibility. If the party leadership is criminally culpable for closure-related crimes or other offenses, which would likely be the case, ordinary criminal prosecution is another option.

Such targeted measures carry their own risks: for instance, sanctioning higher-level party officials individually may pose the risk of creating unintended political martyrs. Still, less-than-closure measures could avoid the political cost of banning a party outright. While targeted sanctions might still make martyrs of a few specific politicians, full party bans risk creating an entire cadre of political martyrs and providing fodder to a domestic and international perception that the banning jurisdiction is anti-democratic. What is more, these targeted measures would keep the option of a full closure on the table, thereby leaving open the possibility of a ban as a future deterrent.

Turkey's experience offers the sobering lesson that when prosecutors seek the maximalist penalty of an outright party ban, such legal interventions can dangerously backfire. As democracies globally grapple with the challenge of prosecuting high-ranking politicians and weighing whether to ban political parties, the Turkish case offers valuable insights for judges, prosecutors, and citizens alike.

Die Pflicht zum Demokratieschutz

Katharina Hölzen¹/Nina Alizadeh Marandi²

Zivilgesellschaftliche Räume als Voraussetzung der wehrhaften Demokratie

Wenn über die wehrhafte Demokratie gestritten wird, ist der Ruf nach einer starken Zivilgesellschaft nicht fern. „Verfassungsschutz von unten“³, „wehrhafte Demokratie light“⁴, „ziviler Verfassungsschutz“⁵, „intellectual militancy“⁶ oder „konfliktfähige Zivilgesellschaft“⁷ lauten die Forderungen. Fast alle Diskussionsbeiträge der laufenden Debatte⁸ haben gemeinsam, dass sie die Zivilgesellschaft in die Pflicht nehmen. Dabei ist es der Staat, der primär in die Verantwortung genommen werden muss. Sowohl Verfassungsrecht als auch Unionsrecht konkretisieren eine staatliche Pflicht zum Demokratieschutz. Entsprechend ist es staatliche Aufgabe, zivilgesellschaftliche Räume zu stärken und zu schützen.

Pflicht zur wehrhaften Demokratie?

Hinsichtlich einer Verpflichtung zum Demokratieschutz gibt es mehrere Dimensionen, die in Betracht kommen. Hong⁹ hat kürzlich darauf verwiesen, dass die *Verfassungstreuepflicht* von Amtsträger:innen das politische Antragsermessen für Parteiverbots- und Grundrechtsverwirkungsanträge umso stärker einengt, je

¹ Katharina Hölzen ist wissenschaftliche Mitarbeiterin und Doktorandin am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Europarecht (Prof. Dr. Christian Calliess) an der Freien Universität Berlin.

² Nina Alizadeh Marandi ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Gender Studies an der Humboldt Universität zu Berlin.

³ Wolfgang Merkel, Die Fallstricke der wehrhaften Demokratie, in diesem Heft, und VerBlog, 29.03.2024, <https://dx.doi.org/10.59704/ca3e582311a0bba3> (zuletzt abgerufen 25.04.2024).

⁴ Michaela Hailbronner, Wehrhafte Demokratie light oder doch Verbotverfahren?, in diesem Heft, und VerBlog, 31.03.2024, <https://dx.doi.org/10.59704/9d61ee7222e44a13> (zuletzt abgerufen 25.04.2024).

⁵ Marie Müller-Elmou/Friedrich Zillesen, AfD-Proteste: Für einen zivilen Verfassungsschutz, Die Zeit, 27.01.2024, <https://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2024-01/afd-proteste-verfassung-demokratie-zivilgesellschaft> (zuletzt abgerufen 25.04.2024).

⁶ Gonçalo de Almeida Ribeiro, As Good as It Gets: Party Bans and Democratic Militancy, in diesem Heft, und VerBlog, 30.03.2024, <https://dx.doi.org/10.59704/991bc2285a8fa9d4> (zuletzt abgerufen 25.04.2024).

⁷ Günter Frankenberg/Wilhelm Heitmeyer, Dilemma Demokratieschutz, in diesem Heft, und VerBlog, 03.04.2024, <https://dx.doi.org/10.59704/8425250d5712ced7> (zuletzt abgerufen 25.04.2024).

⁸ Dieses Heft und VerBlog, Debate: Das Parteiverbot in Deutschland und Europa, und <https://verfassungsblog.de/category/debates/das-partieverbot-in-deutschland-und-europa/> (zuletzt abgerufen 25.04.2024).

⁹ Mathias Hong, Grundrechtsverwirkung und Parteiverbote gegen radikale AfD-Landesverbände (Teil I), VerBlog, 06.02.2024, <https://dx.doi.org/10.59704/ba936071d64ebfc9> (zuletzt abgerufen 25.04.2024).

klarer ihre Voraussetzungen erfüllt sind – bis hin zu einer Ermessenreduzierung auf Null und einer daraus folgenden Antragspflicht, die als „*Betätigungspflicht*“ verstanden werden kann, die vorhandenen Instrumente der wehrhaften Demokratie auch tatsächlich zu nutzen.

Zunächst stellt sich jedoch die Frage, ob es eine grundsätzliche Pflicht zum Demokratieschutz gibt. Auf föderativ-struktureller Ebene ist das in Art. 20 Abs. 1 und 2 GG verfassungsrechtlich verankerte Demokratieprinzip Ausgangspunkt unserer Überlegungen. Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG normiert zudem, dass *die verfassungsmäßige Ordnung in den Ländern [...] den Grundsätzen des republikanischen, demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Sinne dieses Grundgesetzes entsprechen [muss]*. Dieses Homogenitätsgebot verpflichtet die einzelnen Bundesländer nicht nur, ihre geschriebene Verfassung, sondern auch das *Verfassungsleben* demokratisch auszugestalten. Art. 28 Abs. 3 GG normiert die explizite Pflicht des Bundes, zu *gewährleisten*, dass die verfassungsmäßige Ordnung der Länder den in Absatz 1 normierten Grundsätzen entspricht. Diese Pflicht kann die Bundesregierung – im Extremfall – mit den Mitteln des Bundeszwangs (Art. 37 GG)¹⁰ durchsetzen. So trifft den Bund eine explizite Rechtspflicht, den demokratischen Mindeststandard in den Ländern abzusichern. Dies stellt die föderative Ebene der verfassungsrechtlichen Pflicht zum Demokratieschutz dar.

Zum anderen gibt es auch die Ebene der individuellen Rechte, aus der sich eine Pflicht zum Demokratieschutz ableiten lässt. Allen Bürger:innen steht ein subjektives Recht auf gleiche Teilhabe an der demokratischen Selbstbestimmung zu. Dieser Anspruch ist laut verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung in der Würde des Menschen (Art. 1 Abs. 1 GG) verankert. Er gehört zu den durch Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 GG in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 GG als unveränderbar festgelegten Grundsätzen des deutschen Verfassungsrechts¹¹. Wie das Bundesverfassungsgericht im 2. NPd-Verbotsverfahren festgestellt hat, setzt die gleichberechtigte Teilhabe an der politischen Willensbildung als Kern demokratischen Handelns den Bestand einer freiheitlichen Ordnung voraus. Dabei gehört zum Wesensgehalt der Demokratie das Prinzip der Herrschaft auf Zeit, welches erfordert, dass die jeweilige Mehrheit in (steter) Konkurrenz zur Minderheit steht und diese die Chance hat, selbst zur Mehrheit zu werden¹². Will man dem gerecht werden, muss Demokratie auch Schutz des demokratischen Prozesses bedeuten.

Dass die Ausgestaltung zur wehrhaften Demokratie Ausprägung des Demokratieverständnisses in Deutschland ist, wird nicht zuletzt durch das jüngste Urteil des

¹⁰ Christian Rath, Schutz der Demokratie: Bundeszwang gegen AfD-regierte Länder?, in: Legal Tribune Online, 02.04.2024, https://www.lto.de/persistent/a_id/54237/ (zuletzt abgerufen am 24.06.2024).

¹¹ BVerfG, Urteil vom 30.06.2009, 2 BvE 2/08, Rn. 211, https://www.bverfg.de/e/es20090630_2_bve000208.html (zuletzt abgerufen 25.04.2024).

¹² BVerfG, Urteil vom 17.01.2017, 2 BvB 1/13, Rn. 517, https://www.bverfg.de/e/bs20170117_2_bvb000113.html (zuletzt abgerufen 25.04.2024).

Bundesverfassungsgerichts (Finanzierungsauschluss NPD/Die Heimat) verdeutlicht. Nicht nur hat das BVerfG erneut die Grundentscheidung der Verfassung für eine streitbare oder wehrhafte Demokratie betont, die ihre grundlegenden, für ein friedliches und demokratisches Zusammenleben unverzichtbaren Werte nicht zur Disposition stellt¹³. Darüber hinaus spricht das Gericht dem verfassungsändernden Gesetzgeber die Befugnis zu, das Demokratiekonzept des Grundgesetzes (im konkreten Fall mit der Neuregelung des Art. 21 Abs. 3) unter Berücksichtigung des Bekenntnisses zu einer streitbaren Demokratie *auszugestalten*. Diese Neugestaltung muss im Einklang mit den in Art. 20 Abs. 1 und 2 festgelegten Prinzipien stehen¹⁴.

Das BVerfG beschreibt das grundgesetzliche Konzept der wehrhaften Demokratie bislang stets als Prinzip, welches gewährleisten soll, dass Verfassungsfeinde nicht unter Berufung auf die Freiheiten, die das Grundgesetz gewährt, und unter ihrem Schutz die Verfassungsordnung oder den Bestand des Staates gefährden, beeinträchtigen oder zerstören und verweist auf die verfassungsrechtlich verankerten Instrumente des Vereinigungsverbots (Art. 9 Abs. 2 GG), der Grundrechtsverwirkung (Art. 18 GG) sowie des Parteiverbots (Art. 21 Abs. 2 GG)¹⁵.

Allein der Umstand, dass diese Mechanismen auf dem Papier existieren, entbindet den Staat nicht von seiner Verantwortung, das demokratische System auch proaktiv zu schützen. Eine dynamische Interpretation des Art. 20 Abs. 1 und 2 GG muss zu einem Demokratieverständnis führen, das den Staat in die Verpflichtung nimmt, auf aktuelle Herausforderung für die Demokratie zu reagieren, demokratische Freiheiten für die Bürger:innen zu garantieren und zu fördern. Wenn das Konzept der wehrhaften Demokratie nicht leerlaufen und der komplexen Bedrohungslage entsprechen soll, muss es offener verstanden werden. Das Ziel ist klar: der Schutz der Verfassungsordnung – genauer der freiheitlich demokratischen Grundordnung, deren Ausgangspunkt die Würde des Menschen ist. Genau dieses Verständnis muss zu einer Auslegung des grundgesetzlich verankerten Demokratieprinzips führen, dem ein Demokratieschutz inhärent ist, der für und mit den Bürger:innen und nicht gegen sie konzipiert ist.

Unionale Pflicht zum Demokratieschutz

Darüber hinaus ergibt sich eine Verpflichtung Deutschlands zum Demokratieschutz auch aus den europäischen Verträgen. Gemäß Art. 2 S. 1 EUV sind die Werte, auf die sich die Union gründet, die Achtung der Menschenwürde, Freiheit, *Demokratie*, Gleichheit, Rechtsstaatlichkeit und die Wahrung der Menschen-

¹³ BVerfG, Urteil vom 23.01.2024, 2 BvB 1/19, Rn. 239, https://www.bverfg.de/e/bs20240123_2_bvb000119.html (zuletzt abgerufen 25.04.2024).

¹⁴ Ebd., Rn 199.

¹⁵ Siehe zuletzt ebd., Rn. 153.

rechte einschließlich der Rechte der Personen, die Minderheiten angehören. Gemäß Art. 2 S. 2 EUV sind diese Werte allen Mitgliedstaaten gemeinsam. Es besteht also – vereinfacht gesagt – eine Verpflichtung zur Demokratie in den Mitgliedstaaten. Dies gilt nicht nur für den Zeitpunkt des Beitritts, wie Art. 49 Abs. 1 EUV eindeutig festlegt, sondern für die gesamte Dauer der Unionszugehörigkeit. Das verdeutlicht auch das in Art. 7 Abs. 2 und 3 EUV normierte Sanktionsverfahren, welches an die Verletzung der in Art. 2 EUV genannten Werte anknüpft¹⁶. Zudem ist aus dem primär aus Art. 4 Abs. 3 EUV folgenden Loyalitätsgebot eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten abzuleiten, die grundlegenden Werte der Union, also auch das Demokratieprinzip, zu achten und umzusetzen. Schließlich findet sich auch in der Präambel der Grundrechtecharta der EU die Formulierung, dass die Union auf den Grundsätzen der Demokratie und der Rechtsstaatlichkeit beruht und die in der Charta aufgeführten Rechte, Freiheiten und Grundsätze anerkennt.

Wir argumentieren, dass aus diesem Zusammenspiel der Normen nicht nur eine Pflicht der Mitgliedstaaten erwächst, gewisse demokratische Mindeststandards vorzuweisen. Als logische Konsequenz hieraus existiert auch eine Verpflichtung, gewisse Sicherungsmechanismen und Strukturen zu schaffen, um das demokratische System vor potenziellen Angriffen zu schützen. Insofern folgt aus den Art. 2, 7, 49 Abs. 1 und 4 Abs. 3 EUV eine grundlegende Verpflichtung aller Mitgliedstaaten zum Demokratieschutz¹⁷. Diese Pflicht zum Demokratieschutz verstehen wir als Ausprägung des in Art. 2 EUV verankerten Demokratieprinzips.

Insofern ist festzustellen: Es besteht sowohl europarechtlich als auch verfassungsrechtlich eine Verpflichtung zum Schutz der Demokratie als Ausprägung des Demokratieprinzips selbst. Sowohl Exekutive als auch Legislative müssen dementsprechend tätig werden, wenn auch unter Berücksichtigung gesetzgeberischer Einschätzungsprärogative.

Die verfassungsrechtlich ausdrücklich normierten Instrumente der wehrhaften Demokratie müssen daher ergänzt und ausgeweitet werden (auch einfachgesetzlich). Dabei ist es notwendig, das gewohnte Terrain von freiheitseinschränkenden Mechanismen zu verlassen und die Denkfigur der wehrhaften Demokratie in ein Zusammenspiel tatsächlich wirksamer Mechanismen zu gießen.

Wehrhafte Demokratie und Autokratie heute

Ein zentrales Element des derzeitigen Konzepts von wehrhafter Demokratie ist mit den Worten des Verfassungsgerichts der „Schutz [...] der Freiheit durch eine

¹⁶ Vgl. Calliess, in Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 6. Auflage 2022, Art. 2 EUV Rn. 33; Hilf/Schorkopf, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der EU, 79. EL 2023, Art. 2 Rn. 40; Geiger/Kirchmair, in: Geiger/Khan/Kotzur/Kirchmair (Hrsg.), EUV/AEUV Kommentar, 7. Auflage 2023, Art. 2 Rn. 7.

¹⁷ Siehe dazu auch Klamt, Die Europäische Union als Streitbare Demokratie, 2012, S. 339 ff.

Beschränkung der Freiheit“¹⁸. Die Wehrhaftigkeit der Demokratie wird damit in ein Spannungsfeld gesetzt mit der Ausübung von Freiheitsrechten.

Diese ausschließlich freiheitsbeschränkende Perspektive auf Demokratieschutz ist jedoch ungeeignet, um der komplexen Bedrohungslage für demokratische Systeme hinreichend zu begegnen. Ein Blick auf das Erstarken autokratischer Kräfte in Italien, der Türkei, Israel, den USA, Polen oder Ungarn zeigt, dass das Aufkommen einer neuen „Art“ an Autokraten mit einem autokratischen Legalismus einhergeht. Moderne Autokraten erhalten regelmäßig durch rechtmäßige Wahlen Regierungsverantwortung und prägen demokratische Systeme weit über eine Legislaturperiode hinaus. Als Mittel zur Umsetzung illiberaler Politik werden rechtliche oder zumindest rechtmäßige Instrumente eingesetzt wie etwa die strategische Neubesetzung staatlicher Institutionen, Einflussnahme auf Medien und rechtliche Reformen. Demokratien fallen also nicht mehr (nur) durch Militärputsche, Revolten oder Bürgerkriege. Vielmehr werden sie leise zersetzt. Die demokratische Ordnung wird von einer gewählten Regierung und in der Regel im Einklang mit dem Recht und der Verfassung des jeweiligen Staates von innen ausgehöhlt. Diesen missbräuchlichen, aber meist formal-legalen Vorgehensweisen ist nur schwerlich mit den herkömmlichen Mitteln des Rechts beizukommen.

Die derzeitigen Instrumente der wehrhaften Demokratie sollen zwar verhindern, dass Parteien, Einzelpersonen oder Vereinigungen mit verfassungsfeindlichen Bestrebungen überhaupt an die Macht gelangen und eine solche Zersetzung von innen durchführen können. Die alleinige Fokussierung auf solche präventiven Abwehrinstrumente gegen die „Feinde der Verfassung“ vermittelt aber die Botschaft, dass die Gefahr auch nur in der (noch nicht) staatlichen Sphäre oder bei Ausreißern in der Legislative zu suchen ist.

Um Missverständnissen vorzubeugen: Parteiverbotsverfahren und Grundrechtsverwirkung¹⁹ können – *ultima ratio* – wirksam als Mittel zum Schutz der Demokratie eingesetzt werden. Der Blick sollte jedoch sowohl für Schutzmechanismen, die einer institutionellen Umgestaltung vorbeugen (vgl. militant constitutionalism²⁰/Verfassungsresilienz²¹) also auch in Richtung Stärkung der Zivilgesellschaft geweitet werden.

¹⁸ BVerfG, Urteil vom 17.01.2017, 2 BvB 1/13, Rn. 515, https://www.bverfg.de/e/bs20170117_2_bvb000113.html (zuletzt abgerufen 25.04.2024).

¹⁹ Siehe dazu umfassend Mathias Hong, Grundrechtsverwirkung und Parteiverbote gegen radikale AfD-Landesverbände (Teil I), VerfBlog, 06.02.2024, <https://dx.doi.org/10.59704/ba936071d64ebfc9> (zuletzt abgerufen 25.04.2024).

²⁰ Jerg Gutmann/Stefan Voigt, Militant Constitutionalism – A Promising Concept to Make Constitutional Backsliding Less Likely?, Public Choice, Januar 2019, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3402705> (zuletzt abgerufen 25.04.2024).

²¹ Kolja Eigler/Timo Sewtz, Viel zu verlieren: Die Grundrechtsverwirkung nach Art. 18 GG, VerfBlog, 25.01.2024, <https://dx.doi.org/10.59704/792e744d2a9cc79c> (zuletzt abgerufen 25.04.2024).

Der Demos in Demokratieschutz

Beispiele wie Polen²² oder Israel zeigen, dass die Wehrhaftigkeit demokratischer Staaten gegen moderne Autokraten letztendlich von der Zivilgesellschaft gewährleistet wird. Dies kann durch politischen Einsatz auf verschiedenen Ebenen geschehen. Die offensichtlichsste und direkteste Kategorie entscheidender zivilgesellschaftlicher Einflussnahme gegen Autokratie ist, wie in Polen, in Entscheidungen an der Wahlurne oder anhaltendem Protest zu sehen. Es ist die Zivilgesellschaft, deren laute und anhaltende politische Präsenz gerichtliche Entscheidungen wie die des israelischen Supreme Courts gegen die von der Netanjahu-Regierung geplante Justizreform politisch legitimiert und damit erst ermöglicht. Und auch in Deutschland ist die Zivilgesellschaft die Institution, die sich mit Entschlossenheit gegen Rechtsextremismus positioniert.

Marie Müller-Elmau und Friedrich Zillesen²³ mobilisieren daher zu Recht. Es braucht aktive und informierte Zivilgesellschaft. Sie ist fundamentales Kernelement einer jeden Demokratie und ihrer Wehrhaftigkeit. Das zeigt auch die Geschichte: Weimar ist nicht allein an einer schlechten Verfassung oder einem mangelhaften Staatskonzept gescheitert, sondern auch am Fehlen überzeugter Demokrat:innen²⁴. Eine wehrhafte Zivilgesellschaft zu ermöglichen und aktiv zu fördern, ist ein zentrales Instrument im Werkzeugkasten der wehrhaften Demokratie. Die Demokratie muss „wehrhaft“ sein – aber sie darf nicht allein „abwehrend“ sein.

Der Begriff zivilgesellschaftlicher Räume beschreibt hierbei den rechtlichen und politischen Rahmen, in dem Menschen und Gruppen sinnvoll am politischen, wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Leben ihrer Gesellschaften teilnehmen können, indem sie das Recht ausüben, Ansichten zu äußern, das Recht auf Information, das Recht, sich zu versammeln, sich zu vereinigen und miteinander und dem Staat in Dialog zu treten. Menschen, die seit der Correctiv-Recherche zu einem Geheimtreffen von Rechtsextremen in Potsdam zu Tausenden auf die Straße gehen, Klimaproteste und zivile Seenotrettung, sind nur einige Beispiele für eine Zivilgesellschaft, die für Teilhabe am Geschehen kämpft.

Berichte internationaler Organisationen und menschenrechtlicher NGOs zeigen jedoch, dass Räume der Zivilgesellschaft, trotz ihres Einsatzes, immer weiter

²² Judy Dempsey, *Defending poland's democracy: Voices from civil society*, Carnegie Europe 2023, <https://carnegieeurope.eu/strategieurope/90707> (zuletzt abgerufen 25.04.2024).

²³ Marie Müller-Elmau/Friedrich Zillesen, *Für einen zivilen Verfassungsschutz: Die Bevölkerung darf den Schutz der Demokratie nicht an Justiz und Politik auslagern. Wir müssen jetzt anfangen, in Szenarien zu denken. Bevor es zu spät ist.*, VerfBlog, 09.02.2024, <https://dx.doi.org/10.59704/2c814e086ada296e> (zuletzt abgerufen 25.04.2024).

²⁴ Christoph Heinemann, *Grundgesetz und Weimarer Verfassung – "Die Verfassung von Weimar war wehrhafter, als man denkt"*, Deutschlandfunk, 16.08.2019, <https://www.deutschlandfunk.de/grundgesetz-und-weimarer-verfassung-die-verfassung-von-100.html> (zuletzt abgerufen 25.04.2024).

staatlich beschränkt werden. Dies geschieht durch Begrenzung von Finanzierungen, administrative Hürden, rechtliche Herausforderungen und teilweise sogar durch Kriminalisierung²⁵ und Repression²⁶. In einer Zeit, in der eine wache und politische Zivilgesellschaft von ungemeiner Bedeutung wäre, werden das Versammlungsrecht und die Meinungsfreiheit und damit menschenrechtliche Grundpfeiler demokratischer Teilhabe als zunehmend gefährdet eingestuft²⁷.

Konkrete Maßnahmen zu Stärkung und Schutz zivilgesellschaftlicher Räume

Zu den erforderlichen konkreten Maßnahmen zu Stärkung und Schutz zivilgesellschaftlicher Räume gehört zunächst, das *Gemeinnützigkeitsrecht* nachzubessern. So müsste der Zweckkatalog des Gemeinnützigkeitsrechts flexibler gestaltet werden, um auf aktuelle gesellschaftliche Bedürfnisse und Herausforderungen reagieren zu können. Derzeit sind weder der Schutz von Menschenrechten noch weltweite Demokratieförderung oder die Förderung von Journalismus in diesem enthalten. Darüber hinaus sollte sich Deutschland auch auf europäischer Ebene für ein grenzüberschreitendes Gemeinnützigkeitsrecht einsetzen und sich in einem Trilogverfahren für den Richtlinienentwurf der EU Kommission zu einem EU-weiten Vereinsrecht einsetzen.

Ein Schritt in die richtige Richtung wäre zudem eine Realisierung des lang geplanten und stetig verzögerten *Demokratiefördergesetzes*, das dem Bund ermöglichen würde, zivilgesellschaftliche Initiativen gegen Extremismus dauerhaft zu finanzieren. Denn auch der Zugang zu verlässlicher Finanzierung und das Gewährleisten von Planungssicherheit für zivilgesellschaftliche Organisationen ist Teil der Stärkung zivilgesellschaftlicher Räume. Die Notwendigkeit eines Bundesgesetzes macht die zunehmende Gefährdung demokratiefördernder Projekte auf kommunaler Ebene besonders deutlich²⁸. Förderprogramme des Bundes wie

²⁵ Flüchtlinge: Hilfsorganisation warnt vor möglicher Kriminalisierung der Kinder-Seenotrettung, Der Spiegel, 01.02.2024, <https://www.spiegel.de/politik/deutschland/hilfsorganisation-warnt-vor-moeglicher-kriminalisierung-der-kinder-seenotrettung-a-e62f3ee0-0f80-4570-89db-51573e9ae3c2> (zuletzt abgerufen 25.04.2024).

²⁶ Thomas Balbierer, UN-Bericht rügt Bayerns Härte gegen Klimaaktivisten der "Letzten Generation", Süddeutsche Zeitung, 04.03.2024, <https://www.sueddeutsche.de/bayern/bayern-praeventivhaft-un-kritik-polizei-letzte-generation-behinderung-1.6420974> (zuletzt abgerufen 25.04.2024).

²⁷ Vgl. u.a.: EU: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2022-0032_EN.html; HRW: <https://www.hrw.org/news/2023/01/04/creeping-civil-society-curbs-europe-threaten-rights-2023>; Amnesty: <https://www.amnesty.org/en/documents/eur23/7180/2023/en/>; UN: <https://www.ohchr.org/en/civic-space>; Other: https://www.theguardian.com/environment/2024/feb/28/european-nations-must-end-repression-of-peaceful-climate-protest-says-un-expert?CMP=Share_iOSApp_Other (jeweils zuletzt abgerufen 25.04.2024).

²⁸ Dazu Vivian Kube/Klaas Müller, AfD: So schützt man die Zivilgesellschaft vor Verfassungsfeinden, Der Spiegel, 30.03.2024, <https://www.spiegel.de/politik/deutschland/afd-und-demokratieforderung-so-schuetzt-man-die-zivilgesellschaft-vor-verfassungsfeinden-a-a0050d11-a29f-4be5-b43f-0686e1f36b11> (zuletzt abgerufen 25.04.2024).

„Demokratie leben“²⁹ sind ein wichtiger Schritt, dennoch bedarf es eines eigenständigen Demokratiefördergesetzes für wirkliche Absicherung – im Notfall auch für Landesprogramme. Zur viel umstrittenen Kompetenzfrage gibt es bereits überzeugende Begründungsansätze³⁰.

Bürger:innen zu informieren und staatliches Handeln nachvollziehbar zu machen, sind von ungemeiner Wichtigkeit und würden durch ein (bereits im Koalitionsvertrag³¹ angekündigtes) *Bundestransparenzgesetz* gewährleistet. Eine Steigerung des gesellschaftlichen Verständnisses von politischem Handeln verbessert die Möglichkeit, sich im politischen Geschehen zu positionieren und stärkt damit Zivilgesellschaft. Auch hier ringt die Zivilgesellschaft um politische Teilhabe, denn bereits 2022 hat ein Bündnis aus der Zivilgesellschaft einen Gesetzentwurf für ein Bundestransparenzgesetz vorgelegt³² und die Wichtigkeit für die Demokratie hervorgehoben – bislang ohne Wirkung.

Des Weiteren muss das staatliche Protestverständnis kritisch hinterfragt werden. Protest, *Versammlungs- und Meinungsfreiheit* müssen in ihrer absoluten demokratischen Relevanz ernstgenommen und in ihrer erforderlichen Ungemütlichkeit ausgehalten werden. Es braucht einen Staat, der Protest als wichtiges Element demokratischer Streitkultur erkennt (und nicht als bloßes Mittel zur Befriedung der Massen), der Zivilgesellschaft als demokratische Institution begreift (und nicht als repressionswürdigen Störfaktor)³³. Eine mit einem solchen Protestverständnis ermächtigte Zivilgesellschaft ist notwendig, um mit ihr eine weitere Ebene an Resilienz zu schaffen, die sich demokratiewidrigen Kräften widersetzen kann. Gelungener Demokratieschutz bedeutet eine Balance zwischen Freiheitschutz für jene, die demokratieschützend, und Freiheitsbeschränkung für jene, die demokratiegefährdend handeln.

²⁹ Bundesprogramm "Demokratie leben!" ab 2025, <https://www.demokratie-leben.de/demokratie-leben-2025/bundesprogramm-demokratie-leben-ab-2025> (zuletzt abgerufen 25.04.2024).

³⁰ Vgl. unter anderem die Gesetzesbegründung BT-Drs. 20/5823, S.12, <https://dserver.bundestag.de/btd/20/058/2005823.pdf>, und Tim Wihl, Stellungnahme zum Gesetzentwurf für ein Demokratiefördergesetz, 30.10.2022, <https://www.bmfsfj.de/resource/blob/207876/fbdb137d6966c098070186b2f8751a5e/dr-iur-tim-wihl-vertretungsprofessor-lehrstuhl-fur-r-oeffentliches-recht-und-neuere-rechtsgeschichte-universitaet-erfurt-data.pdf> (jeweils zuletzt abgerufen 25.04.2024).

³¹ Bundesregierung, Koalitionsvertrag 2021, <https://www.bundesregierung.de/breg-de/service/gesetzesvorhaben/koalitionsvertrag-2021-1990800> (zuletzt abgerufen 25.04.2024).

³² Zivilgesellschaftliches Bündnis für ein Bundestransparenzgesetz, <https://transparenzgesetz.de> (zuletzt abgerufen 25.04.2024).

³³ Siehe dazu Jonathan Schramm, Gefahr einer Versammlung: Schwachstellen im Entwurf des sächsischen Versammlungs(freiheits?)gesetzes, *VerfBlog*, 13.03.2024, <https://dx.doi.org/10.59704/7bdbf1421e341c27>; Andreas Gutmann/Tore Vetter, Wir können alles. Außer Versammlungsfreiheit: Zum Stuttgarter Verbot von Blockadeaktionen der Klimabewegung, *VerfBlog*, 11.07.2023, <https://dx.doi.org/10.17176/20230711-231109-0> (jeweils zuletzt abgerufen 25.04.2024).

In diesem Sinne schreibt auch die ehemalige Verfassungsrichterin Gertrude Lübbe-Wolff³⁴: „Ohne eine in der Mehrheit abwehrbereite Bürgerschaft, die sich mit ausreichendem Institutionenverstand demokratiewidrigen Bestrebungen widersetzt, nützt auf die Dauer auch das beste verfassungsrechtliche Abwehrsystem nichts.“

Es braucht also einen Staat, der den Demos in Demokratie nicht vergisst.

³⁴ Gertrude Lübbe-Wolff, Wehrhafte Demokratie: Die Instrumente des Parteiverbots und der Grundrechtsverwirkung, VerBlog, 13.10.2023, <https://dx.doi.org/10.59704/e29627dcada0af10> (zuletzt abgerufen 25.04.2024).

Staatliche Schutzpflichten gegen Rassismus statt AfD-Verbot

Cengiz Barskanmaz¹

Der Rassismus- und Antisemitismusvorwurf dient als wesentliches Argument für ein Verbot der AfD. Aus rassismuskritischer Perspektive geht die Verbotsdebatte allerdings fehl. Sie erschöpft sich in einem symbolischen Antirassismus, der eine ebenso symbolische Antirassismuspolitik fördert, die an der Realität vulnerabler Gruppen vorbeigeht. Zudem externalisiert die Debatte um das AfD-Verbot den Rassismus der sogenannten Mitte und wirbt für einen rechtsstaatlich und demokratietheoretisch bedenklichen repressiven Antirassismus. Eine redliche und strukturelle Rassismuskritik muss jedoch entsprechend der Schutzpflicht aus Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG auf wirksame Rechtsreformen zur Beseitigung der anhaltenden Diskriminierungsformen und Ausgrenzungen vulnerabler Gruppen abzielen, statt sich von einer zur Zeit aussichtslosen Forderung nach einem AfD-Verbot ablenken zu lassen².

Symbolischer Anti-Rassismus

Wenn man sich ernsthaft mit vulnerablen rassialisierten Gruppen auseinandersetzen möchte, sollte man damit beginnen, den Stimmen und Forderungen dieser Gruppen Gehör zu verschaffen. Ein cursorischer Blick zeigt sehr schnell, dass es kaum Selbstorganisationen gibt, die politisch explizit ein Verbot der AfD fordern. So äußerte Safer Çınar, Gründungsmitglied und Sprecher des Türkischen Bundes Berlin Brandenburg nach den Correctiv-Enthüllungen³, dass ein Parteiverbot nicht der richtige Weg sein könne, auch wenn die Angst in der Community größer werde⁴. Der Zentralrat der Juden bringt ein AfD-Verbot bisher ebenfalls nicht ins Spiel und appelliert stattdessen an die politischen Parteien, die Brandmauer insbesondere auf lokaler Ebene und im Hinblick auf die Wahlen in Brandenburg,

¹ Prof. Dr. Cengiz Barskanmaz, LL.M. hat die Professur für Recht der Sozialen Arbeit an der Hochschule Fulda | University of Applied Sciences inne.

² Christian Rath, Demokratie: Der richtige Zeitpunkt für ein AfD-Verbot, Legal Tribune Online vom 11.03.2024, <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/afd-verbot-zeitpunkt-parteiverbotsverfahren-rechtstremismus-politik/> (zuletzt abgerufen 25.04.2024).

³ Maximilian Bornmann, Geheimplan gegen Deutschland, correctiv.org vom 10.01.2024, <https://correctiv.org/aktuelles/neue-rechte/2024/01/10/geheimplan-remigration-vertreibung-afd-rechtsextreme-november-treffen/> (zuletzt abgerufen 25.04.2024).

⁴ Empörung über Vertreibungspläne von AfD und Rechtsextremisten, rbb vom 11.01.2024, <https://www.rbb24.de/politik/beitrag/2024/01/correctiv-rechtsextreme-afd-reaktionen-berlin-brandenburg.html> (zuletzt abgerufen 25.04.2024).

Sachsen und Thüringen zu stärken⁵. Ähnlich argumentierte zuletzt Romani Rose, der langjährige Vorsitzende des Zentralrats Deutscher Sinti und Roma, anlässlich des Internationalen Tags der Roma⁶. Mamad Mohamad, Vorsitzender des Landesnetzwerks der Migrant*innenorganisationen mit Sitz in Halle, ist der Meinung, dass ein Verbot zwar ein starkes Signal (lies: Symbol!) gegen Rassismus und Antisemitismus sein könne, dadurch aber die von der AfD propagierte Ideologie nicht verschwinden werde⁷. Ebenso wenig fordert die Initiative Schwarze Menschen in Deutschland in ihren mahnenden Worten zur Verrechtsung der gesellschaftlichen Diskurse ein AfD-Verbot⁸.

Die von der Bundesregierung vorangetriebene symbolische Politik des Antirassismus erreichte nach den Correctiv-Enthüllungen mit dem Aufruf zu Demonstrationen ihren Höhepunkt. Sie fügt sich dabei nahtlos ein in eine Reihe weiterer symbolischer Politiken des Antirassismus, etwa der Forderung, den Begriff „Rasse“ aus dem Grundgesetz zu streichen. Auf die Gefahr, dass das Ersetzen des Rassebegriffs ein Erodieren des Schutzniveaus nach sich ziehen könne, haben der Verfasser und andere jahrelang hingewiesen. Erst mit der Intervention des Zentralrats der Juden⁹ hat die Ampelkoalition sich von dieser Forderung verabschiedet¹⁰, um so dessen Bedenken Rechnung zu tragen. Der Zentralrat sieht im Rassebegriff die erinnerungspolitische, verfassungsrechtliche Grundlage für den Völkermord an den europäischen Jüdinnen und Juden, mit anderen Worten den ersten (verfassungsrechtlichen) Stolperstein.

Hätte man in den vergangenen Jahren die gleichen Ressourcen nicht nur in Symbolpolitik investiert, wären sicherlich wesentliche Fortschritte gemacht und die wirklichen Sorgen von rassialisierten Communities angemessener in den Blick genommen worden. Möglichkeiten hierfür hätte es genug gegeben: Racial Profiling, die Vereinfachung der Einbürgerung, die nachhaltige Förderung antirassistischer Initiativen und migrantischer Selbstorganisationen durch ein Demokratieförder-

⁵ Zacharias Zacharakis, Zentralrat der Juden zeigt sich besorgt über AfD-Umfragewerte, Die Zeit vom 01.10.2023, <https://www.zeit.de/politik/deutschland/2023-10/zentralrat-juden-afd-josef-schuster-alptraum> (zuletzt abgerufen 25.04.2024).

⁶ Jean-Philipp Baeck, Romani Rose über Rechte von Sinti & Roma: „Für Roma gibt es eine Apartheid“, taz vom 08.04.2024, <https://taz.de/16002898/> (zuletzt abgerufen 25.04.2024).

⁷ Julia Heundorf, Migrant*innen in Sachsen-Anhalt nach Correctiv-Recherche: „Wir überlegen alle wegen Plan B“, mdr vom 02.03.2024, <https://www.mdr.de/nachrichten/sachsen-anhalt/halle/halle/correctiv-recherche-remigration-lamsa-interview-100.html> (zuletzt abgerufen 25.04.2024).

⁸ Initiative Schwarze Menschen in Deutschland, Nichts davon ist neu und das ist das Problem, ISD-Bund e.V. vom 20.01.2024, <https://isdonline.de/nichts-davon-ist-neu-und-das-ist-das-problem/> (zuletzt abgerufen 25.04.2024).

⁹ Josef Schuster, „Rasse“ im Grundgesetz: Verfassung muss klar und schnörkellos sein, F.A.Z. vom 07.03.2023, <https://www.faz.net/aktuell/politik/inland/rasse-im-grundgesetz-verfassung-muss-klar-und-schoerkellos-sein-18728133.html> (zuletzt abgerufen 25.04.2024).

¹⁰ Wort "Rasse" bleibt doch im Grundgesetz, Tagesschau vom 09.02.2024, <https://www.tagesschau.de/inland/grundgesetz-rasse-begriff-100.html> (zuletzt abgerufen 25.04.2024).

gesetz, die Aufarbeitung der NSU-Morde und der rechtsextremen Morde in Hanau im Sinne der Familien und Communities, rassistische Polizeichats und staatsgefährdende Gruppen wie der NSU 2.0, die niedrigen Bildungschancen von Kindern mit Migrationsgeschichte und -erfahrung, das kommunale Wahlrecht für Drittstaatsangehörige, Abschiebungen oder das Sonderrechtsregime des Asylbewerberleistungsgesetzes. Forderungen nach einem Parteiverbot wirken deshalb eher wie ein Antirassismus, der vorgibt zu wissen, welche Bedürfnisse die Communities haben und sich schützend vor sie stellt. Das Problem eines solchen „white saviorism“¹¹ ist, dass er bevormundend wirkt und strukturelle Probleme bzw. den grassierenden Rassismus der Mitte nicht mehr ansprechen muss. In den unterschiedlichen rassialisierten Gruppen ist die Sorge um den Erfolg der AfD zwar groß¹², jedoch kämpfen diese Communities schon seit Jahrzehnten gegen ihre strukturelle Ausgrenzung und Diskriminierung, die von der Bundesregierung und den Landesregierungen kaum ernst genommen werden.

Externalisierung von Rassismus

Wie glaubwürdig kann die antirassistische Zielrichtung eines Verbotsverfahrens sein, wenn gleichzeitig die Parteien der sogenannten Mitte (Rechts-)Populismus schon längst salonfähig gemacht haben? Sie haben sich den AfD-Forderungen kaum unterscheidbar angenähert, AfD-*talking points* sind Forderungen „bürgerlicher“ Parteien geworden. Beispielhaft zu nennen ist das Thema Abschiebung, wozu zuletzt Olaf Scholz im Spiegel deklarierte: „Wir müssen endlich im großen Stil abschieben“¹³. Verschwiegen wird, dass schon immer im großen Stil abgeschoben wurde¹⁴. Ein anderes Beispiel: Christian Lindner, der am Brandenburger Tor als Antwort auf die Bauernproteste ohne Zusammenhang eine restriktive Migrationspolitik fordert¹⁵. Oder Friedrich Merz, der Verteilungskämpfe beschwor, indem er behauptete, Geflüchtete ließen „sich die Zähne neu machen und die Deutschen kriegen keine Termine“¹⁶. Das ist grotesk, wenn man berücksichtigt, dass Geflüchtete lediglich einen Anspruch auf Notversorgung haben. Und

¹¹ White savior, Wikipedia (2024), https://en.wikipedia.org/w/index.php?title=White_savior&oldid=1213075956 (zuletzt abgerufen 25.04.2024).

¹² Empörung über Vertreibungspläne von AfD und Rechtsextremisten (Fn. 4).

¹³ Ein Spiegel-Gespräch von Christoph Hickmann und Dirk Kurbjuweit, Der Spiegel vom 20.10.2023, <https://www.spiegel.de/politik/deutschland/olaf-scholz-ueber-migration-es-kommen-zu-viele-a-2d86d2ac-e55a-4b8f-9766-c7060c2dc38a> (zuletzt abgerufen 09.07.2024).

¹⁴ Beispielsweise Ende 2023: PM zur gestrigen Sammelabschiebung von Berlin in die Republik Moldau, Flüchtlingsrat Berlin vom 24.11.2023, <https://fluechtlingsrat-berlin.de/presseerklaerung/24-11-2023-pm-zur-gestrigen-sammelabschiebung-von-berlin-in-die-republik-moldau/> (zuletzt abgerufen 25.04.2024).

¹⁵ Großdemonstration der Landwirtschaft in Berlin, Rede von Christian Lindner, finanzministeriumTV, <https://www.youtube.com/watch?v=TspVv1ImNXs> (zuletzt abgerufen 09.07.2024).

¹⁶ WELT TALK vom 27.09.2023, <https://www.youtube.com/watch?v=oSAZrbEqEvU> (zuletzt abgerufen 09.07.2024).

selbst die Grünen stimmen hier ein, wenn etwa Robert Habeck im Zuge des Gaza-Kriegs Muslim*innen in Deutschland nur einen bedingten Anspruch auf Schutz vor rassistischer Gewalt zuspricht, indem er fordert: „Die hier lebenden Muslime [...] müssen sich klipp und klar vom Antisemitismus distanzieren, um nicht ihren eigenen Anspruch auf Toleranz zu unterlaufen.“¹⁷ Das ist eine moralisch eingefärbte alte Forderung aus islamfeindlichen Kreisen, die Thomas Fischer zutreffend als „stinknormale Variante des moralverbrämten Rassismus“¹⁸ entlarvte.

So betrachtet findet eine diskursive Externalisierung von Rassismus statt. Während die bürgerlichen Parteien mit ihren gelegentlichen migrationsfeindlichen und teils rassistischen Parolen höchstens ein wenig irritieren, wird die AfD als *die* rassistische Partei markiert. Eine solche semantische Attribution ist in der Extremismus- und in der Rassismusforschung wohlbekannt: Die sogenannte Mitte der Gesellschaft (auch eine Selbstkonstruktion) betrachtet sich als moderat und aufgeklärt und kann so Rassismus als eine Randerscheinung deklarieren, die vor allem in rechtsextremen Milieus vorzufinden ist. Dabei war es die „bürgerliche Mitte“, die in der Vergangenheit autoritären und menschenfeindlichen Positionen zur Macht verholfen hat¹⁹. Redlicherweise muss auch hinzugefügt werden, dass mehrere Forderungen und Positionierungen der AfD eher Neubesetzungen alter Themen insbesondere der CDU/CSU und auch einzelner SPD-Politiker*innen (Stichwort Thilo Sarrazin²⁰) sind (dazu sogleich).

Im Hinblick auf ein mögliches Verbotsverfahren ist zudem zu fragen, wie rassistisch die Inhalte des Parteiprogramms der AfD wirklich sind. Ein Burkaverbot in der Öffentlichkeit, wie dies im Grundsatzprogramm der AfD als Forderung gestellt wird, hat der Europäische Gerichtshofs für Menschenrechte (siehe *S.A.S*²¹. und *Belcacemi und Oussar*²²) bereits als konventionskonform eingestuft, nachdem in Belgien und Frankreich 2011 Gesichtsverhüllungsverbote im öffentlichen Raum in Kraft traten. Die Forderung nach „Deutscher Leitkultur statt Multikulturalis-

¹⁷ Robert Habeck, Rede zu Israel und Antisemitismus vom 01.11.2023, https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/M-O/manuskripte-habeck-ueber-israel-und-antisemitismus-de.pdf?__blob=publicationFile&v=4 (zuletzt abgerufen 09.07.2024).

¹⁸ Thomas Fischer, Rede zum Nahostkrieg: Was müssen die Muslime Robert Habeck beweisen?, *Der Spiegel* vom 06.11.2023, <https://www.spiegel.de/kultur/krieg-in-nahost-was-muessen-die-muslime-robert-habeck-beweisen-a-24ad17d6-e5a0-4342-986d-d37c0e52a5dd> (zuletzt abgerufen 25.04.2024).

¹⁹ Siehe Tim Wihl, Die verfassungsrechtliche Aufklärung des Extremismusmodells, *KJ* 56 (2023), 295, <https://doi.org/10.5771/0023-4834-2023-3-291> (zuletzt abgerufen 25.04.2024).

²⁰ Cengiz Barskanmaz, UN-Ausschuss (CERD): Sarrazins Aussagen Sind Rassistisch, *Verfassungsblog* vom 18.04.2013, <https://verfassungsblog.de/un-ausschuss-cerd-sarrazins-aussagen-sind-rassistisch/> (zuletzt abgerufen 25.04.2024).

²¹ EGMR, Urteil vom 01.07.2014, *Case of S.A.S. v. France* (Application no. 43835/11S.A.S), <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145466> (zuletzt abgerufen 09.07.2024).

²² EGMR, Urteil vom 11.12.2017, *Case of Belcacemi and Oussar v. Belgium* (Application no. 37798/13), <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-175636> (zuletzt abgerufen 09.07.2024).

mus“ schockiert kaum, zumal das Einfordern der deutschen Leitkultur schon im Jahr 2000 vom damaligen CDU-Fraktionsvorsitzenden Friedrich Merz propagiert wurde und heute unter seinem Parteivorsitz Teil des CDU-Grundsatzprogramms ist²³. Auch die Forderung „Keine Inklusion um ‚jeden Preis‘. Förder- und Sonderschulen erhalten“²⁴ ist seit den 80er Jahren bildungspolitische Realität in Deutschland. Waren es in der Vergangenheit die Kinder der sogenannten Gastarbeiter*innen, die segregiert wurden, sind es heute die geflüchteten Kinder. Die Begründung für die Segregation bleibt gleich: Zunächst müssten Sprachkompetenzen getrennt erworben werden. Eine Praxis die nicht nur in Berlin unter anderem mit sogenannten Lagerschulen normalisiert wird²⁵. „Rückführung – Schluss mit Fehlanreizen und falscher Nachsicht“ lautet eine weitere Forderung aus dem Grundsatzprogramm der AfD. Ist das aber nicht die aktuelle Abschiebepaxis? So werden sogar schwer traumatisierte Ezid*innen, an denen noch 2014 Völkermord begangen wurde, immer häufiger zurückgeführt²⁶. Um sogenannte Fehlanreize für Migration zu unterbinden, existiert seit 1993 das Sonderrechtsregime des Asylbewerberleistungsgesetzes²⁷, das bestimmten Geflüchteten mit weniger als Bürgergeld die Existenz sichern soll, was Karlsruhe bereits als Verstoß gegen das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums qualifiziert hat²⁸. Des Weiteren fordert die AfD etwa, „die Einwandererkriminalität nicht zu verschleiern und zu verschweigen“. Auch diese AfD-Forderung hat die

²³ Grundsatzprogramm der CDU Deutschlands, Antrag des Bundesvorstands der CDU Deutschlands an den 36. Parteitag, CDU (2024), https://assets.ctfassets.net/nwwnl7ifahow/2EL5GCfZ-krwIGaWfsW0zAB/64d5811f7ded113693095b1d7fb0ba67/240113_CDU_GSP_2024_Beschlussfassung_FINAL.pdf (zuletzt abgerufen 25.04.2024).

²⁴ Das Grundsatzprogramm der Alternative für Deutschland, AfD (2016), Ziff. 8.2.6, https://www.afd.de/wp-content/uploads/2023/05/Programm_AfD_Online_.pdf (zuletzt abgerufen 25.04.2024).

²⁵ Ibrahim Kanalan, Zurück zu „separate but equal“?, Verfassungsblog vom 06.04.2024, <https://verfassungsblog.de/zuruck-zu-separate-but-equal/> (zuletzt abgerufen 25.04.2024); Flüchtlingsrat warnt vor „Lagerschulen“ für Geflüchtete: „führen zu Segregation“, News4teachers vom 17.03.2024, <https://www.news4teachers.de/2024/03/berlin-fluechtlingsrat-warnt-vor-segregation-durch-lagerschulen-fuer-gefluechtete/> (zuletzt abgerufen 25.04.2024).

²⁶ Lutz Polanz; Lisa Seemann, Abschiebung von Jesiden in den Irak – Gebrochenes Versprechen?, Tagesschau vom 14.12.2023, <https://www.tagesschau.de/investigativ/monitor/abschiebungen-irak-jesiden-100.html> (zuletzt abgerufen 25.04.2024).

²⁷ Frederik von Harbou, 30 Jahre Sonderrecht: Das Asylbewerberleistungsgesetz im Spiegel der Menschenrechte, Verfassungsblog vom 01.11.2023, <https://verfassungsblog.de/30-jahre-sonderrecht/> (zuletzt abgerufen 25.04.2024); kritisch ProAsyl (2023), APPELL: Es gibt nur eine Menschenwürde – Asylbewerberleistungsgesetz abschaffen!, <https://www.proasyl.de/asylbewerberleistungsgesetz/> (zuletzt abgerufen 25.04.2024).

²⁸ BVerfG, Beschluss vom 19.10.2022, 1 BvL 3/21, https://www.bverfg.de/e/1s20221019_1bvl000321.htm (zuletzt abgerufen 25.04.2024). Dazu Marje Mülder, Nicht tragfähig begründbar: Zur Verfassungswidrigkeit der Sonderbedarfsstufe für alleinstehende Erwachsene in Sammelunterkünften, Verfassungsblog vom 26.11.2022, <https://verfassungsblog.de/nicht-tragfaehig-begrundbar/> (zuletzt abgerufen 25.04.2024).

Ampel-Koalition mit dem sogenannten Rückführungsverbesserungsgesetz²⁹ inzwischen umgesetzt.

Ob es zwischen den vorgegebenen Zielen und den wirklichen Zielen der AfD, eine Nuancierung, die das Bundesverfassungsgericht einfordert³⁰, einen signifikanten Unterschied gibt, kann – neben der Problematik der Zurechnung von Aussagen einzelner Funktionäre³¹ – aufgrund mangelnder Kenntnis über den Wissensstand der Verfassungsschutzbehörden nicht mit Gewissheit geklärt werden. Die AfD ist eben nicht die NPD, auch wenn sie inzwischen eine nicht zu vernachlässigende Anzahl an Ex-NPD-ler*innen beheimatet³². Gerne suchen einzelne AfD-Politiker*innen mit schockierenden Aussagen die Öffentlichkeit, um diese später durch die Parteiorgane relativieren zu lassen und so eine Ambivalenz aufrechtzuerhalten. Jedenfalls ist – auch wenn das verfassungsrechtlich erforderliche Gefahrenpotenzial für ein Parteiverbot vorliegen sollte – nach jetzigem Kenntnisstand die erforderliche Schwelle eines gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung verstoßenden menschenwürdeverletzenden Rassismus durch AfD-Funktionäre noch nicht erreicht. Auch ein Vorgehen gegen einzelne Landesverbände der AfD – wie es zum Teil gefordert wird³³ – scheint in Anbetracht der geringen Erfolgsaussichten und fatalen Wirkungen eines negativen Beschlusses nicht zielführend. Verfassungsrechtlich fragwürdig ist überdies, ob auch stark rassistisierende und ethnisisierende Aussagen, die noch von der Meinungsfreiheit gedeckt sind und insbesondere den Tatbestand der Volksverhetzung nicht erfüllen (dazu sogleich unten), dennoch als Grundlage für ein Verbot dienen können³⁴.

AfD antisemitisch?

Die AfD setzt sich dezidiert und explizit – eindeutig mit antimuslimischen Ressentiments – für den Schutz jüdischen Lebens ein und verpflichtet sich der Staatsräson³⁵ entsprechend bedingungslos dem Existenzrecht und der Sicherheit des

²⁹ BGBl. 2024 I Nr. 54 vom 26.02.2024, Gesetz zur Verbesserung der Rückführung, <https://www.recht.bund.de/bgb/1/2024/54/VO.html> (zuletzt abgerufen 25.04.2024).

³⁰ Zuletzt BVerfG, Urteil vom 23.01.2024, 2 BvB 1/19 (Finanzierungsausschluss NPD/Die Heimat), Rn. 263, https://www.bverfg.de/e/bs20240123_2bvb000119.html (zuletzt abgerufen 25.04.2024).

³¹ Günter Frankenberger; Wilhelm Heitmeyer, Dilemma Demokratieschutz, Verfassungsblog vom 03.04.2024, <https://dx.doi.org/10.59704/8425250d5712ced7> (zuletzt abgerufen 25.04.2024).

³² „NPD light“: Die AfD pflegt enge Kontakte zu Rechtsextremen und Neonazis, Tagesspiegel vom 21.07.2023, <https://www.tagesspiegel.de/politik/npd-light-die-afd-pflegt-enge-kontakte-zu-rechts-extremen-und-neonazis-10189288.html> (zuletzt abgerufen 25.04.2024).

³³ Mathias Hong, Grundrechtsverwirkung Und Parteiverbote Gegen Radikale AfD-Landesverbände (Teil I), Verfassungsblog vom 06.02.2024, <https://verfassungsblog.de/grundrechtsverwirkung-und-parteeverbote-gegen-radikale-afd-landesverbände-i/> (zuletzt abgerufen 25.04.2024).

³⁴ Ebd. bejahend in Anlehnung an das NPD-Urteil.

³⁵ Kritisch Ralf Michaels, #Staatsräson. Zum Gebrauch des Begriffs nach dem 7. Oktober, Geschichte der Gegenwart (2023), <https://geschichtedergewenart.ch/staatsraeson-zum-gebrauch-des-begriffs-nach-dem-7-oktober/> (zuletzt abgerufen 25.04.2024).

Staates Israel. Beispielsweise erklärte Alexander Gauland 2018 im Bundestag, dass dieses Bekenntnis auch eine Verpflichtung enthalte, „im Ernstfall einer existenziellen Bedrohung Israels an dessen Seite zu kämpfen und zu sterben“³⁶. In ihrem Grundsatzprogramm stellt die Partei klar, dass sie „[e]iner islamischen Glaubenspraxis, die sich gegen die freiheitlich-demokratischen [sic!] Grundordnung, unsere Gesetze und gegen die jüdisch-christlichen und humanistischen Grundlagen unserer Kultur richtet“ klar entgegentritt³⁷. Mehr noch, die AfD ist die eigentliche Urheberin des BDS-Beschlusses, der bis heute die Grundlage einer verfassungswidrigen³⁸ Behördenpraxis bildet. Erst nachdem die AfD 2019 einen Antrag zur Verurteilung der BDS-Bewegung im Bundestag eingebracht hatte, stellten die Fraktionen CDU/CSU, SPD, FDP und Bündnis 90/Die Grünen in aller Eile zwei Wochen später ihren eigenen Antrag erfolgreich zur Abstimmung.

Wenn gegenüber der AfD der Antisemitismusvorwurf erhoben wird oder werden sollte, muss genau geprüft werden, welche Sachverhalte als „antisemitisch“ zu würdigen sind. Dies bestimmt sich nach dem zugrunde gelegten Antisemitismusverständnis. Sowohl die AfD als auch die aktuelle Ampelkoalition legen derzeit die kritikwürdige³⁹ und in Verruf geratene IHRA-Definition von Antisemitismus zugrunde, die selbst zulässige Kritik an der Politik Israels in unzulässiger Weise mit einbezieht⁴⁰.

Die AfD hat sowohl jüdische Mitglieder als auch eine nicht zu verschweigende jüdische Wählerschaft⁴¹. Entgegen der früheren gemeinsamen Erklärung „Keine Alternative für Juden“ in 2018 bezeichnet der Zentralrat der Juden die AfD in letzter Zeit (und nach der Entlassung von Wolfgang Gedeon) zwar als „rassistisch, rechtsextrem und völkisch“, aber nicht mehr explizit als antisemitisch, wenngleich die Frage aufgeworfen wird, ob mit einer Regierungsbeteiligung der AfD jüdisches Leben in Deutschland noch möglich sein könne⁴². All dies bedeutet nicht, dass es einzelne AfD-Politikerinnen und -Politiker mit revisionistischen und antisemitischen verschwörerischen Äußerungen nicht gibt (exemplarisch seien die Fälle „Vogelschiss“ von Alexander Gauland und die Ansichten von Wolfgang

³⁶ Bundestag, Stenografischer Bericht 29. Sitzung, 26.04.2018, S. 2623, <https://dserver.bundestag.de/btp/19/19029.pdf> (zuletzt abgerufen 25.04.2024)

³⁷ Das Grundsatzprogramm der Alternative für Deutschland (Fn. 24), Ziff. 7.6.

³⁸ BVerwG, Urteil vom 20.01.2022, BVerwG 8 C 35.20, <https://www.bverwg.de/de/200122U8C35.20.0> (zuletzt abgerufen 25.04.2024).

³⁹ Kai Ambos et al., Die Implementation der IHRA-Arbeitsdefinition Antisemitismus ins Deutsche Recht – Eine Rechtliche Beurteilung, Verfassungsblog vom 18.12.2023, <https://dx.doi.org/10.59704/e07cea2f878741c5> (zuletzt abgerufen 25.04.2024).

⁴⁰ Vgl. The Jerusalem Declaration on Antisemitism, JDA, <https://jerusalemdeclaration.org/> (zuletzt abgerufen 25.04.2024).

⁴¹ Jens Rosbach, Jüdische Wähler: Sympathien gegenüber der AfD – und Warnungen, Deutschlandfunk vom 21.09.2017, <https://www.deutschlandfunk.de/juedische-waehler-sympathien-gegenueber-der-afd-und-100.html> (zuletzt abgerufen 25.04.2024).

⁴² Zacharakis (Fn. 5).

Gedeon genannt). Aber in der Gänze und Pauschalität verbietet es sich, die AfD leichtfertig als „antisemitisch“ in einem die Menschenwürde verletzenden und einen Verstoß gegen die freiheitlich demokratische Grundordnung begründenden Sinne zu bezeichnen. Vielmehr sieht sich die AfD berufen, den „importierten Antisemitismus“ wirksam zu bekämpfen⁴³, und befindet sich damit in bester Gesellschaft mit der CDU, wenn es um die Instrumentalisierung des Antisemitismusvorwurfs gegenüber migrantischen Communities geht⁴⁴. Die AfD ist sogar gelegentlich Taktgeber bei der Bekämpfung von Antisemitismus, etwa bei der Forderung, eine bundesweite Meldepflicht für Antisemitismus an Schulen einzuführen⁴⁵, die der Antisemitismusbeauftragte der Bundesregierung später übernommen hat⁴⁶. Im Ergebnis wird der Antisemitismusvorwurf in einem möglichen AfD-Verbotsverfahren keine Munition liefern⁴⁷.

Schutzpflichten und wirksame Bekämpfung von Diskriminierung statt repressiver Antirassismus

Spätestens seit dem „Ugah Ugah“-Kammerbeschluss des Bundesverfassungsgerichts⁴⁸ wird aus dem Benachteiligungsverbot aufgrund der Rasse auch eine Schutzpflicht abgeleitet. Konkret bedeutet das, dass der Staat verpflichtet ist, vor Diskriminierungen durch staatliche Handlungen sowie solchen, die von Privatpersonen ausgehen, Schutz zu bieten. Diese Schutzpflicht leitet die Kammer aus dem menschenwürdeverletzenden Charakter der Diskriminierung aufgrund der Rasse ab. Somit hat das Benachteiligungsverbot aufgrund der Rasse Auswirkungen auf die gesamte Rechtsordnung und entfaltet eine objektiv-rechtliche Wirkung. Diese, auch durch die starke Bezugnahme auf die Menschenwürde herbeigeführte Bedeutungsaufwertung des Diskriminierungsverbots dürfte bei kollidierenden Verfassungsgütern künftig stärker berücksichtigt werden müssen. Seit dem NPD-Urteil 2017 verfolgt das Bundesverfassungsgericht diese klare antirassistische Linie. Dort heißt es: „Antisemitische oder auf rassistische Diskriminie-

⁴³ BT-Drs. 20/9151, <https://dserver.bundestag.de/btd/20/091/2009151.pdf> (zuletzt abgerufen 25.04.2024).

⁴⁴ BT-Drs. 20/9311, <https://dserver.bundestag.de/btd/20/093/2009311.pdf> (zuletzt abgerufen 25.04.2024).

⁴⁵ BT-Drs. 19/29786, <https://dserver.bundestag.de/btd/19/297/1929786.pdf> (zuletzt abgerufen 25.04.2024).

⁴⁶ Antisemitismus-Beauftragter Klein will Meldepflicht für Schulen, Deutschlandfunk vom 29.05.2023, <https://www.deutschlandfunk.de/antisemitismus-beauftragter-klein-will-meldepflicht-fuer-schulen-100.html> (zuletzt abgerufen 25.04.2024).

⁴⁷ Auch der Amadeu Antonio Stiftung gelingt es nicht – mit (eher diffusen) Vorwürfen antisemitischer Codes und Antiamerikanismus – die AfD als antisemitische Partei zu kennzeichnen, vgl. <https://www.amadeu-antonio-stiftung.de/antisemitismus-und-die-afd-99509/> (zuletzt abgerufen 25.04.2024).

⁴⁸ BVerfG, Beschluss vom 02.11.2020, 1 BvR 2727/19, https://www.bverfg.de/e/rk20201102_1bvr272719.html (zuletzt abgerufen 25.04.2024).

zung zielende Konzepte sind [mit der Garantie der Menschenwürde] nicht vereinbar und verstoßen gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung“⁴⁹. Dennoch sei hier der „Aktion-Ausländerrückführung“-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts zu erwähnen, mit dem Karlsruhe Aussagen mit „ausländerfeindlicher Stoßrichtung“, die keinen Straftatbestand (etwa der Volksverhetzung) erfüllen, nicht beanstandet hat⁵⁰. Aussagen von AfD-Funktionären dürften also doch mehr grundrechtlichen Schutz nach Art. 5 Abs. 1 GG genießen, als man glauben möchte.

In Anbetracht dessen sollte Rassismus nicht durch ein Parteiverbot symbolisch bekämpft werden, sondern durch die konsequente Umsetzung antidiskriminierungsrechtlicher Vorgaben des Grundgesetzes, die in den letzten Jahren durch Karlsruhe konturiert wurden. Statt lediglich der AfD Rassismus und Antisemitismus vorzuwerfen, könnte die Ampelkoalition auch die fortdauernden konkreten Forderungen des Bündnisses AGG Reform zur Reform und Stärkung des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes⁵¹ ernst nehmen, um so Rassismus wirksam zu bekämpfen.

Im Empfängerhorizont der rassialisierten vulnerablen Gruppen brennt das demokratische Haus nicht⁵². Die Bundesrepublik Deutschland war schon immer ein flächendeckender Brandherd, wo rassialisierte Menschen alltäglich Übergriffe erfahren. Durch die letzten Jahrzehnte zieht sich eine ganze Serie von rassistischen Angriffen und Mordüberfällen: Solingen, Rostock Lichtenhagen, NSU, Oury Jalloh und zahlreiche Vorfälle tödlicher Polizeigewalt. Hinzu kommen rechte Gruppen im Sicherheitsapparat. Nötig ist nicht eine repressive Politik in Form eines Parteiverbots, sondern ein Antirassismus, der effektiv Schutz bietet, um der Schutzpflicht aus dem Diskriminierungsverbot aufgrund der Rasse nach Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG nachzukommen.

⁴⁹ BVerfG, Urteil vom 17.01.2017, 2 BvB 1/13, Rn. 541, https://www.bverfg.de/e/bs20170117_2_bvb000113.html (zuletzt abgerufen 25.04.2024)

⁵⁰ BVerfG, Beschluss vom 04.02.2010, 1 BvR 369/04, https://www.bverfg.de/e/rk20100204_1bvr036904.html (zuletzt abgerufen 25.04.2024); eingehend Cengiz Barskanmaz, *Recht und Rassismus. Das menschenrechtliche Verbot der Diskriminierung aufgrund der Rasse*, 2019, S. 130 f.

⁵¹ Bündnis AGG Reform – Jetzt!, <https://agg-reform.jetzt/> (zuletzt abgerufen 25.04.2024).

⁵² Vgl. Mathias Hong, *Grundrechtsverwirkung und Parteiverbote gegen radikale AfD-Landesverbände (Teil II)*, *Verfassungsblog* vom 07.02.2024, <https://dx.doi.org/10.59704/Of18634fa778877b> (zuletzt abgerufen 25.04.2024).

A Malfunctioning System

The Limited Use of the Italian Legal Framework for Party Bans

Giuseppe Donato¹

The Italian Constitution is founded on a strong anti-fascist sentiment, which united all the political forces represented in the Constituent Assembly. Nonetheless, party bans do not represent a serious threat to neo-fascist movements. Despite a constitutional provision and an ordinary law regulating the issue, their use has so far been limited to associations of minor size and relevance.

The prohibition to reorganize, in any form, the dissolved fascist party

In the Constituent Assembly, during discussions on the regulation of political parties, communist leader Palmiro Togliatti proposed a single limitation to the right of citizens to associate in parties: the prohibition to reorganize, in any form, the dissolved fascist party. His motion², which would become the 12th transitory and final provision of the Constitution³, was likely motivated by the fear that any rule on the internal democracy of parties might affect his own party. At the same time, the Constitutional Fathers agreed on the importance of clearly excluding from democratic competition the ideology that had already proven “to be [its] enemy”⁴.

Unlike the German *Grundgesetz*, the Italian Constitution does not require political parties to adhere to fundamental principles, but only to conform to a concept of *procedural democracy* (see Art. 49): the Constitutional Fathers, in fact, preferred to rely on the *consent* of the citizens, who would naturally reject anti-system ideologies within ordinary political clashes, rather than on the *force* of a general prohibition. Thus, even a monarchic party could – and in fact did⁵ – legitimately

¹ Giuseppe Donato is Assistant Professor in Constitutional and Public Law at the University of Messina and Director of Voci Costituzionali.

² That is a list of 18 articles that are formally posed outside the Constitution, but that should be considered as constitutional provisions in all respects.

³ Senato della Repubblica, Constitution of the Italian Republic (1947), https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione_inglese.pdf (last visited Jul 17, 2024).

⁴ Togliatti in the C.A. on 19th November 1946.

⁵ In this regard, the presence of some parliamentary groups inspired by monarchist ideology was recorded in the early years of the republican system (all data are available on the websites of the Chamber of Deputies and the Senate of Republic). First legislature (1948-1953): National Monarchist Party (16 deputies); second legislature (1953-1958): National Monarchist Party (22 deputies e 15 senators); Popular Monarchist Party (17 deputies); third legislature (1958-1963):

participate in elections if it adheres to democratic rules. Fascism remains the only ideology with an irrebuttable presumption of being anti-democratic.⁶

The “Scelba law” and its problems

A few years after the adoption of the Constitution and in response to the emergence of the openly neo-fascist party MSI (Italian Social Movement), Parliament supplemented the constitutional provision – albeit inadequately – with Law no. 645/1952, better known as the “Scelba law”, named after the Minister of the interior who proposed it.⁷

The law provides a definition of the “reorganization of the dissolved fascist party”, which encompasses any association, movement, or group with at least five members, that, alternatively, pursues the same anti-democratic aims as the fascist party, glorifies its principles or leaders, or carries out external manifestations of a fascist nature (art. 1).

Art. 3 regulates the dissolution of neofascist associations by outlining two alternative scenarios. Given that the Scelba law also addresses certain crimes related to fascism, paragraph 1 states that, if by judgment of a (criminal) court it is established that the fascist party has been reorganized, the Minister of the interior, upon receiving the opinion of the Council of the Ministers, shall order the dissolution of the association.

Paragraph 2 states that in extraordinary cases of need and urgency, the Government, after verifying the conditions described in art. 1, can dissolve the association through a law decree, an act having force of law that should be converted by the Parliament into an ordinary law within sixty days, after which it loses effectiveness from the beginning (art. 77 Const.).

However, the system devised by the Scelba law appears inadequate in addressing the problem it seeks to tackle, both in terms of approach and the involvement of public institutions. Regulating both criminal (personal responsibility of leaders and members) and constitutional (dissolution of an association) issues with the same law reflects a flawed perspective on the problem. This approach fails to recognize that the issue cannot be adequately addressed solely within the framework of a criminal trial. A neo-fascist movement could be organized without its

National Monarchist Party (8 deputies); Popular Monarchist Party (12 deputies); fourth legislature (1963-1968): Italian Democratic Party of Monarchist Unity (8 deputies); fifth legislature (1968-1972): Italian Democratic Party of Monarchist Unity (5 deputies).

⁶ According to some renowned constitutional scholars, as Esposito and Crisafulli, the 12th disposition could have been utilized as a general clause against antisystem parties. However, this view remained isolated.

⁷ The original text has been slightly modified in some points by law n. 152/1975.

leaders being directly involved in criminal activities. As a consequence, the determination of the reorganization of the fascist party carried out by a criminal court leaves no room for the political and constitutional consideration that should be central to such a decision. On the other hand, the Government's expedited procedure, whether it is activated or not, is susceptible to exploitation in the political debate and could potentially be abused to take out political opponents. This is because the discretionary power granted to the Government by art. 3, par. 2, is not accompanied by a specific procedure to be followed.

The years following the adoption of the Scelba law have demonstrated the ineffectiveness of the system. It was not activated in response to a major neofascist party and has been used only twice against small groups. More recently, it has not been used even against smaller groups.

An ad-hoc law to ban parties?

The passing of the Scelba law had no effect on the party which, without being explicitly mentioned, the law's supporters presumed to be the main target of the dissolution measure: the MSI. Despite several criminal trials involving MSI leaders, none resulted in a ban and the party remained stable at around 5% of the votes. It even gained influence by lending its support to the majority.

In 1960, former President of the Council Ferruccio Parri proposed a special law that, by directly applying the 12th provision and completely disregarding the Scelba law, called for the dissolution of the MSI. Parri argued that the Scelba law had proved to be completely ineffective and that it was therefore the responsibility of the Parliament to rectify what he considered to be an "indulgence" toward the MSI which had "already become a fault". The proposal was met with widespread approval from scholars, jurists, and political activists.⁸ However, representatives were hesitant to assume the responsibility of dissolving a party having a small, but significant, electorate.

So, while the parliamentary majority declined to vote on the proposal, they simultaneously approved an order of the day identifying the Constitutional Court as the most appropriate body to rule on the ban of political parties. However, this act did not lead to any further parliamentary action and thus remained a non-binding parliamentary act.

⁸ In 1961 a conference in support of the approval of the proposal was organized in Florence. Its reports were published in the same year in a book with a strongly evocative title: "*Un adempimento improrogabile*" (A mandatory fulfilment).

The Scelba law in jurisprudence

The reorganization of the fascist party was confirmed in four cases and the dissolution was ordered in two of those. The limited impact of the Scelba law, however, is evident in the way it has been used: It was successfully applied against small neo-fascist groups, while the larger one (the Italian Social Movement) remained unaffected.

The most notable decision occurred in 1973, involving the “Political Movement New Order”, issued by the Criminal Tribunal of Rome.⁹ Over forty leaders and members were tried and subsequently sentenced for activities that “denigrated democracy and its institutions”. The Minister of the interior adopted the dissolution decree¹⁰ of the organization solely based on the court’s decision, without awaiting the reasons for the judgment. Some scholars criticized the Minister’s haste, given that the judgment was not yet final.¹¹ However, the Council of State, to which the decree had been appealed, found no fault with the decree.¹²

In a couple of instances following the “New Order” case, criminal courts confirmed the reorganization, but the decision was not communicated to the Minister of the interior.¹³ There was only one other case in which the judge communicated his findings, leading the Minister to adopt a dissolution decree.¹⁴

Since then, the instruments provided by the Scelba law have not been used, despite several relevant cases. For instance, in 2000, the “National Front”, a group with a fascist ideology, was banned under the so-called “Mancino law”¹⁵, which regulates hate crimes, as it was considered a preferable and easier method. More recently, in 2023, the leaders of “New Force” – a small party with clear fascist inspiration – were convicted¹⁶ for acts committed during a violent demonstration in Rome but the provisions of the Scelba law were never invoked during the trial.

⁹ Criminal Tribunal of Rome, 21st November 1973, regarding the “Political Movement New Order”.

¹⁰ Gazzetta ufficiale, 23.11.1973, https://vocicostituzionali.org/wp-content/uploads/2024/04/1973-11-gazzuff-scioglimento-ord.nuovo_.pdf (last visited Jul 17, 2024).

¹¹ For example, P. Petta, *Il primo caso di applicazione della “legge Scelba”*, in: Giur. cost., 1974, 486.

¹² Council of State, 21st June 1974, <https://vocicostituzionali.org/wp-content/uploads/2024/04/1974-452-consiglio-di-stato-ordine-nuovo.pdf> (last visited Jul 17, 2024).

¹³ Criminal Tribunal of Bologna, 17th December 1975, regarding the associations “Young Italy”, “University Front of national action” and the Movement “Ugo Venturini”; and Criminal Tribunal of Padova, 16th July 1976, regarding the “Youth Front”.

¹⁴ Criminal Tribunal of Rome, 5th June 1976, regarding the Movement “National avant-garde”.

¹⁵ Gazzetta ufficiale, 09.11.2000, <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2000/11/20/00A14459/sg> (last visited Jul 17, 2024).

¹⁶ Giuseppe Scarpa, Assalto sede Cgil, condannati i leader di Forza Nuova Fiore e Castellino. In aula saluti romani e cori dopo la sentenza: “Non molliamo mai.” (2023), la Repubblica, https://roma.repubblica.it/cronaca/2023/12/20/news/assalto_sede_cgil_condannati_forza_nuova_fiore_castellino_video_saluti_romani_cori_in_aula-421710893/ (last visited Jul 17, 2024).

Making the protection of democracy work

The current party ban system in force in Italy has demonstrated its weakness in two respects: firstly, in the face of the emergence of a major neofascist party like the MSI, which was deemed too significant to be dissolved, and secondly, in dealing with smaller neofascist parties such as “New Force” or “CasaPound”, which are considered too minor a threat to warrant a ban.

It should be clear that a ban itself is insufficient to eradicate the political appeal of a party, so that public institutions might be less inclined to pursue this alternative, which not only risks not solving the problem but even exacerbating it if dissolved parties present themselves to voters as victims of the establishment.

At the same time, the refusal of the Constitutional Fathers to establish a system of “protected democracy” cannot justify the current scenario in which there are substantially no limits on the ideologies of political parties. If anything, the only exception to the concept of “procedural democracy” should be upheld even more rigorously.

In Italy, furthermore, the lack of a public financing system for political parties prevents the use of a tool like the limitation of economic resources which, without incurring the risks of radicalization caused by a party ban, can be no less effective in limiting the ordinary activity of neo-fascist parties.

Consequently, public institutions should contemplate the significant underutilization of the 12th final disposition and devise an appropriate remedy, such as a significant revision of the Scelba Law that could give a proper and complete implementation to the Constitutional disposition.

The most appropriate solution would be to entrust the Constitutional Court with the decision to ban a party, as is the case in countries with similar provisions, such as Germany or Portugal. Even in Spain, where jurisdiction belongs to the *Sala Especial* of the Supreme Tribunal, the *Tribunal Constitucional* can be involved through a *recurso de amparo* against the judgment. A Constitutional Court possesses the broad perspective required to address such a question, a perspective that a criminal court – which might only examine the members of a local section of a party and not the entire party on a national level – might lack.

In the face of the threat posed by neofascist groups, the very existence of the constitutional order could be at stake. Therefore, while the dissolution of a party should remain a remedy of last resort, it should be effectively available to defend democracy.