

Parteienrechtliche Herausforderungen an die wehrhafte Demokratie in Zeiten von Radikalisierung und Extremismus

Prof. Dr. Dr. h.c. Wolfgang Kahl, M.A., Wiss. Mitarbeiterin Patricia Sugg, Heidelberg*

I. Neue Gefährdungslage für die Demokratie	439
II. Die tradierte Dogmatik von Art. 21 GG	439
1. Die Schlüsselstellung der Parteien für die freiheitliche demokratische Grundordnung	439
2. Das Parteiverbot (Art. 21 Abs. 2 GG)	440
a) Das Parteiverbot als Instrument der wehrhaften Demokratie	440
b) Die materiellen Voraussetzungen für ein Parteiverbot	441
aa) „Freiheitliche demokratische Grundordnung“ (Schutzgut)	441
bb) „Beseitigen oder Beeinträchtigen“ (Ziel)	442
cc) „Ziele der Partei oder Verhalten der Anhänger“ (Mittel)	442
dd) „Darauf-Ausgehen“ (Potentialität)	442
3. Der Ausschluss von der staatlichen Parteienfinanzierung (Art. 21 Abs. 3 GG)	443
III. Bedarf es neuer Grenzen zur Effektivierung der wehrhaften Demokratie?	445
1. Kritik am NPD II-Urteil	445
2. Tendenzielle Neuakzentuierung in Richtung von Wehrhaftigkeit und Prävention	448
a) „Wehret den Anfängen“	448
b) Zuständigkeit(sgrenzen)	449
c) Freiheitliche demokratische Grundordnung	450
d) Potentialität	452
e) Einwände	456
aa) Demokratiewidrigkeit	456
bb) Grundrechtsverwirkung nach Art. 18 GG	457
IV. Schluss	459

* Der Autor *Kahl* ist Direktor des Instituts für deutsches und europäisches Verwaltungsrecht (IVR) der Universität Heidelberg, die Autorin *Sugg* ist Wiss. Mitarbeiterin und Doktorandin ebendort.

I. Neue Gefährdungslage für die Demokratie

Das Grundgesetz als „Verfassung der Mitte“¹ ist in Zeiten der Polykrise unter Druck geraten. Populismus, Sektierertum (Querdenker, Reichsbürger, etc.), Identitäre Bewegung und unterschiedliche Formen des Extremismus (Rechts- und Linksextremismus, islamistisch-antisemitischer Extremismus) setzen ihm zu. Gefahr droht nicht zuletzt infolge einer voranschreitenden Radikalisierung der (partei-)politischen Ränder. Die Verfassung der Mitte droht so zu einer Verfassung der Extreme, der Desintegration und der Systemverachtung zu werden, autoritär-illiberale Bestrebungen gibt es nicht mehr nur im Ausland, sondern auch in Deutschland, namentlich von Teilen der AfD, von der bereits drei Landesverbände und die Jugendorganisation (JA) vom Verfassungsschutz als gesichert rechts-extremistisch eingestuft werden und die sich in den letzten Jahren personell und inhaltlich immer stärker selbstradikalisiert hat.²

Vor diesem Hintergrund stellt sich erneut und verschärft die Frage, ob die wehrhafte Demokratie, von der das Grundgesetz aus historischer Erfahrung ausgeht (vgl. Art. 2 Abs. 1, Art. 9 Abs. 2, Art. 18, Art. 20 Abs. 4, Art. 21 Abs. 2, Art. 79 Abs. 3, Art. 91, Art. 98 Abs. 2 GG),³ hinreichend gerüstet ist, um den Gefährdungen der freiheitlichen demokratischen Grundordnung wirksam, und das heißt nicht zuletzt präventiv zu begegnen. Dem soll im Folgenden unter parteienrechtlichen Gesichtspunkten nachgegangen und der Blick namentlich auf Fragen wie Parteiverbot, Parteienfinanzierung, aber auch Grundrechtsverwirkung geworfen werden.

II. Die tradierte Dogmatik von Art. 21 GG

1. Die Schlüsselstellung der Parteien für die freiheitliche demokratische Grundordnung

Parteien wird von Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG die Aufgabe zugewiesen, zwischen Volk und Staat, insbesondere Parlament und Regierung zu vermitteln.⁴ Keine andere in der Gesellschaft wurzelnde Vereinigung (Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG) erfüllt eine für die Demokratie vergleichbar wichtige Brücken-, Bündels-, Artikulations-, Aggregations-, vor allem aber Transformations- und Realisationsfunktion⁵ und wirkt als Scharnier so stark in den staatlichen Bereich der Herrschaftsausübung hinein.⁶ Parteien übersetzen die gesellschaftliche Kommunikation und Willensbildung in staatliche Herrschaftsausübung und damit in „Macht“. Die Verfassung hat daher ein Interesse an ihrer inneren demokratischen Ord-

¹ Voßkuhle, Die Verfassung der Mitte, 2016.

² Vgl. – insbesondere am Beispiel von Thüringen – Debes, Deutschland der Extreme, 2024.

³ BVerfGE 39, 334 (349); 134, 141 (179 ff.); Kloepfer, Verfassungsrecht, Bd. 1, 2011, § 18 Rn. 22. Das Prinzip der wehrhaften bzw. streitbaren Demokratie nach innen geht zurück auf Loewenstein, The American Political Science Review 31 (1937), 417 (430 ff.), „militant democracy“. Nach dem BVerfG wurde das Grundgesetz „aus der bitteren Erfahrung mit dem Schicksal der Weimarer Demokratie als eine streitbare, wehrhafte Demokratie konstituiert“, siehe BVerfGE 39, 334 (368 f.). Gegen eine Vermischung der Begriffe „streitbare“ und „wehrhafte“ Demokratie Fahrner, Die freiheitlich demokratische Grundordnung, 2023, S. 188 ff. Kritisch zum Argument der wehrlosen Weimarer Republik etwa Morlok, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 21 Rn. 145.

⁴ Vgl. BVerfGE 111, 54 (98); Heintzen, in: Stern/Sodan/Möstl, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Bd. 2, 2. Aufl. 2022, § 32 Rn. 26 m.w.N. Vgl. auch § 1 Abs. 1 S. 1 PartG.

⁵ Vgl. nur Towfigh/Keesen, in: Kahl/Waldhoff/Walter, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 7, 205. Lfg., Stand: Juli 2020, Art. 21 Rn. 126 ff., 205; Volkman, in: Morlok/Schliesky/Wiefelspütz, Parlamentsrecht, 2016, § 4 Rn. 6, 8.

⁶ Vgl. BVerfGE 1, 208 (224); siehe auch BVerfGE 20, 56 (101); 44, 125 (145); 52, 63 (82); 60, 53 (66); 121, 30 (55).

nung (S. 3),⁷ gewährleistet ihre freie Gründung und Betätigung sowie ihre Gleichheit⁸ und schützt ihre Identität und Tendenz⁹. Parteien sind gem. Art. 21 Abs. 2 und 4 GG mit einer „erhöhten Schutz- und Bestandsgarantie“¹⁰ ausgestattet. Sie dürfen weder in ihrer politischen Tätigkeit behindert noch darf ihre Verfassungswidrigkeit vonseiten einer staatlichen Stelle rechtlich geltend gemacht werden, bis das Bundesverfassungsgericht ein Verbot ausspricht (Parteienprivileg).¹¹

2. Das Parteiverbot (Art. 21 Abs. 2 GG)

a) Das Parteiverbot als Instrument der wehrhaften Demokratie

Das Parteiverbot nach Art. 21 Abs. 2 GG soll Anhängern verfassungswidriger Bestrebungen die Einflussnahme auf die gesellschaftliche, insbesondere aber die staatliche Willensbildung nehmen.¹² Aufgrund der besonderen Funktion und Stellung sowie ihrer Mittel ist es Parteien ungleich einfacher als dem Einzelnen möglich, das demokratische Staatswesen anzugreifen und auszuhöhlen.¹³ Das Parteiverbot ist ein Staats- und Verfassungsschutzinstrument und Ausdruck der wehrhaften Demokratie.¹⁴ Es soll gewährleisten, „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“¹⁵. Insbesondere der scheinbar legale Weg zu einem Systemwechsel nach dem Modell der „Machtergreifung“ der NSDAP soll verhindert werden.¹⁶ Das Verbot ist die schwerwiegendste Beschränkung der Parteienfreiheit und -gleichheit („schärfste, aber auch zweischneidige Waffe des demokratischen Rechtsstaats“¹⁷) und deshalb restriktiv zu handhaben.¹⁸

Bisher waren die Verfahren gegen die Sozialistische Deutsche Reichspartei (SRP) 1952¹⁹ und gegen die Kommunistische Partei Deutschlands (KPD) 1956²⁰ die einzigen erfolgreichen. In den Verfahren gegen die Nationale Liste (NL) und die Freiheitliche Deutsche Arbeiterpartei (FAP) 1994 stellte das Bundesverfassungsgericht fest, es handle sich nicht um politische Parteien.²¹ Das erste Verfahren gegen die Nationaldemokratische Partei Deutschlands (NPD) wurde 2003 wegen eines Verfahrens-

⁷ Vgl. Kluth, in: BeckOK GG, Stand: 15.1.2024, Art. 21 Rn. 25.

⁸ Gestützt auf Art. 21 Abs. 1 S. 1, 2, Art. 3 Abs. 1 GG und das Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 1, 2, 28 Abs. 1 S. 1 GG), vgl. BVerfGE 120, 82 (104); 121, 108 (121); Kluth, in: BeckOK GG, Stand: 15.1.2024, Art. 21 Rn. 133.

⁹ Näher Heintzen, in: Stern/Sodan/Möstl, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Bd. 2, 2. Aufl. 2022, § 32 Rn. 57 ff.

¹⁰ BVerfGE 12, 296 (304); näher Klein, in Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 82. Lfg., Stand: Januar 2018, Art. 21 Rn. 571.

¹¹ Siehe BVerfGE 12, 296 (304 f.); 17, 155 (166); 47, 130 (139); Näher Morlok, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. II, 3. Aufl. 2015, Art. 21 Rn. 157 f. Zum Verfahren siehe §§ 13 Nr. 2, 43 ff. BVerfGG.

¹² Klein, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 82. Lfg., Stand: Januar 2018, Art. 21 Rn. 495.

¹³ Towfigh/Keesen, in: Kahl/Waldhoff/Walter, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 7, 205. Lfg., Stand: Juli 2020, Art. 21 Rn. 488 f., 635.

¹⁴ Siehe Gärditz, in: Stern/Sodan/Möstl, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Bd. 1, 2. Aufl. 2022, § 11 Rn. 14, 114 ff., 119 ff.

¹⁵ BVerfGE 144, 20 (163 f. Rn. 418).

¹⁶ Siehe Gärditz, in: Dietrich u.a., Handbuch Sicherheits- und Staatsschutzrecht, 2022, § 32 Rn. 1.

¹⁷ BVerfGE 144, 20 (159 Rn. 405).

¹⁸ BVerfGE 144, 20 (200 Rn. 523 ff.).

¹⁹ BVerfGE 2, 1.

²⁰ BVerfGE 5, 85.

²¹ BVerfGE 91, 262; 91, 276.

hindernisses (Überwachung durch den Verfassungsschutz) eingestellt.²² Das zweite Verfahren scheiterte 2017;²³ das NPD II-Urteil ist gleichwohl die für die zukünftige Anwendung des Art. 21 Abs. 2 GG grundlegende Entscheidung, da in ihrer Funktion und Voraussetzungen des Parteiverbotsverfahrens umfassend entfaltet und weiterentwickelt wurden.

b) Die materiellen Voraussetzungen für ein Parteiverbot

Materiell setzt Art. 21 Abs. 2 GG voraus, dass eine Partei nach ihren Zielen oder nach dem ihr zurechenbaren Verhalten ihrer Anhänger (Mittelkomponente) darauf ausgeht (Potentialitätskomponente), die freiheitliche demokratische Grundordnung (Schutzgutkomponente) zu beeinträchtigen oder zu beseitigen oder den Bestand der Bundesrepublik Deutschland zu gefährden (Zielkomponente).²⁴

aa) „Freiheitliche demokratische Grundordnung“ (Schutzgut)

Die freiheitliche demokratische Grundordnung ist das zentrale Schutzgut der Norm.²⁵

Im NPD II-Urteil destillierte das Bundesverfassungsgericht folgende für eine Demokratie unentbehrliche Grundprinzipien aus dem (weiter gefassten) in Art. 79 Abs. 3 GG niedergelegten Verfassungskern heraus:²⁶ die Garantie der Menschenwürde, die „insbesondere die Wahrung personaler Individualität, Identität und Integrität sowie die elementare Rechtsgleichheit“ umfasst und den Menschen als Person begreift, die in Freiheit und Gleichberechtigung über sich selbst bestimmen und ihr Schicksal eigenverantwortlich gestalten kann;²⁷ die Demokratie in den Ausprägungen der Möglichkeit einer gleichberechtigten Teilhabe aller am Prozess der politischen Willensbildung beteiligten Bürger und die Zurückführbarkeit aller Akte der Staatsgewalt auf den Willen des Volkes;²⁸ die Rechtsstaatlichkeit, deren bestimmende Merkmale der Rechtsbindung der öffentlichen Gewalt, die Kontrolle dieser Bindung durch unabhängige Gerichte und das staatliche Gewaltmonopol sind²⁹. Infolge der Eingrenzung auf die zentralen Elemente Menschenwürde, Demokratie und Rechtsstaatlichkeit

²² BVerfGE 107, 339.

²³ BVerfGE 144, 20.

²⁴ Ähnlich *Heintzen*, in: Stern/Sodan/Möstl, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Bd. 2, 2. Aufl. 2022, § 32 Rn. 12. Zu Zulässigkeit und Verfahren – mit Reformvorschlägen – siehe *Heußner/Pautsch/de Haan*, NJ 2024, 97 (97 ff.). Zur Streitfrage, ob bei Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen der Verfassungswidrigkeit einer Partei ein Verbotsantrag gestellt werden muss oder ob dies im „Ermessen“ der antragsberechtigten Organe steht, siehe etwa die ausführliche Darstellung von *Streinz*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 21 Rn. 242 ff. Dieses Problem soll hier im Weiteren außen vor bleiben.

²⁵ Der „Bestand des Staates“ war bisher nie betroffen und ist für die Praxis irrelevant, siehe *Waldhoff*, in: Herdegen u.a., Handbuch des Verfassungsrechts, 2021, § 10 Rn. 45.

²⁶ BVerfGE 144, 20 (204 f. Rn. 536 f.); dazu *Gärditz*, in: Stern/Sodan/Möstl, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Bd. 1, 2. Aufl. 2022, § 11 Rn. 126; *Waldhoff*, in: Herdegen u.a., Handbuch des Verfassungsrechts, 2021, § 10 Rn. 49; *Kluth*, ZParl 48 (2017), 676 (679 f.). Zum früheren Verständnis im SRP- bzw. KPD-Urteil siehe BVerfGE 2, 1 (12 f.); 5, 85 (141). Im System des Schutzes der freiheitlich demokratischen Grundordnung im Grundgesetz markiert Art. 79 Abs. 3 GG die „letzte Verteidigungslinie“ innerhalb der bestehenden Verfassungsordnung; Art. 21 Abs. 2–4 GG soll im Vorfeld gegen „Entscheidungsfragen der legalistischen Verfassungsrevolution“ verteidigen, siehe *Fahrner*, Die freiheitlich demokratische Grundordnung, 2023, S. 251 f.

²⁷ BVerfGE 144, 20 (206 f. Rn. 538 f.).

²⁸ BVerfGE 144, 20 (208 ff. Rn. 542 ff.).

²⁹ BVerfGE 144, 20 (210 Rn. 547).

greift das Parteiverbot erst, wenn tatsächlich unverzichtbare Wesenselemente eines freiheitlichen und demokratischen Zusammenlebens infrage gestellt und abgelehnt werden.³⁰

bb) „Beseitigen oder Beeinträchtigen“ (Ziel)

Das Ziel des Beseitigens ist zu verstehen als „die Abschaffung zumindest eines der Wesenselemente der freiheitlichen demokratischen Grundordnung oder deren Ersetzung durch eine andere Verfassungsordnung oder ein anderes Regierungssystem“³¹; das „Beeinträchtigen“ setzt voraus, dass „eine Partei nach ihrem politischen Konzept mit hinreichender Intensität eine spürbare Gefährdung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung“³² bewirkt.³³

cc) „Ziele der Partei oder Verhalten der Anhänger“ (Mittel)

Die angestrebte Beseitigung oder Beeinträchtigung der demokratischen freiheitlichen Grundordnung muss sich aus den Zielen der Partei oder dem Verhalten ihrer Anhänger ergeben. Dabei sind die wirklichen, nicht die vorgegebenen Ziele der Partei entscheidend und es ist insbesondere nicht erforderlich, dass sich eine Partei offen zu ihren verfassungswidrigen Zielsetzungen bekennt.³⁴ Einer Partei sind jedenfalls die Tätigkeit der Parteiführung sowie leitender Funktionäre und parlamentarische Äußerungen zurechenbar.³⁵ Äußerungen oder Handlungen einfacher Mitglieder sind zurechenbar, wenn diese in einem politischen Kontext stehen und die Partei sie billigt oder duldet.³⁶ Äußerungen bzw. das Verhalten von Anhängern, die nicht Parteimitglieder sind, sind zurechenbar, wenn sie durch die Partei beeinflusst oder gebilligt werden.³⁷ Straf- und Gewalttaten von Parteianhängern dürfen ohne konkreten Zusammenhang zu den Schutzgütern nicht zugerechnet werden.³⁸

dd) „Darauf Ausgehen“ (Potentialität)

Das tätigkeitsbezogene Merkmal des „Darauf Ausgehens“ bildet das Bindeglied zwischen dem Mittel (Zielen der Partei bzw. Verhalten ihrer Anhänger) und dem Ziel (Beeinträchtigung oder Beseitigung); es fungiert als Eingriffsschwelle.³⁹ Eine solche ist erforderlich, weil das Parteiverbot kein Gesinnungs- oder Weltanschauungsverbot, sondern ein Organisationsverbot ist. Das Bekennen von verfassungsfeindlichen Zielen genügt nicht, es ist ein aktives Handeln erforderlich, das die Grenze zum „Bekämpfen“ der freiheitlichen demokratischen Grundordnung überschreitet.⁴⁰

Das Bundesverfassungsgericht setzt für das „Darauf Ausgehen“ „ein planvolles Handeln im Sinne qualifizierter Vorbereitung“ voraus.⁴¹ Unter einem planvollen Vorgehen versteht es, dass kontinuierlich auf die Verwirklichung eines der freiheitlichen demokratischen Grundordnung widersprechen-

³⁰ Uhle, NVwZ 2017, 583 (587); hierauf weist auch das BVerfG selbst hin: BVerfGE 144, 20 (204 Rn. 535).

³¹ BVerfGE 144, 20 (211 Rn. 550).

³² BVerfGE 144, 20 (213 Rn. 556).

³³ Im SRP- bzw. KPD-Urteil hatte das BVerfG noch nicht zwischen „beseitigen“ und „beeinträchtigen“ differenziert, siehe BVerfGE 2, 1 (20 f.); 5, 85 (211 f., 389).

³⁴ BVerfGE 144, 20 (215 Rn. 558 f.).

³⁵ BVerfGE 144, 20 (215 f., 217 Rn. 562, 567).

³⁶ BVerfGE 144, 20 (215 f., 217 Rn. 563).

³⁷ BVerfGE 144, 20 (216 Rn. 564).

³⁸ BVerfGE 144, 20 (217 Rn. 565 f.).

³⁹ Vgl. Kluth, ZParl 48 (2017), 676 (681); Pokora, Die Revision des Parteiverbots, 2022, S. 199.

⁴⁰ BVerfGE 144, 20 (220 Rn. 573).

⁴¹ BVerfGE 144, 20 (221 Rn. 575).

den politischen Konzepts hingearbeitet wird, wobei das Verhalten von Parteianhängern der Partei in ihrer Gesamtheit mit einer solchen Grundtendenz zurechenbar sein muss.⁴² Für eine qualifizierte Vorbereitung verlangt es einen zielorientierten Zusammenhang zwischen eigenen Handlungen und der Beseitigung oder Beeinträchtigung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung.⁴³ Das Erfordernis einer konkreten Gefahr sowie illegaler oder strafbarer Handlungen lehnt es ab.⁴⁴

In ausdrücklicher Abkehr vom KPD-Urteil⁴⁵ verlangte das Bundesverfassungsgericht im NPD II-Urteil zusätzlich die Überschreitung einer gewissen Erheblichkeitsschwelle, nämlich konkrete Anhaltspunkte von Gewicht, die einen Erfolg des gegen die Schutzgüter des Art. 21 Abs. 2 GG gerichteten Handelns einer Partei zumindest möglich erscheinen lassen (sog. Potentialität).⁴⁶ Denn eines präventiven Schutzes durch ein Parteiverbot bedürfe es dann nicht, wenn das Handeln der Partei noch nicht einmal auf die Möglichkeit der Realisierung ihrer verfassungsfeindlichen Ziele schließen lässt.⁴⁷ Ob ausreichend Potentialität im Einzelfall besteht, will das Gericht im Rahmen einer werten- den Gesamtbetrachtung feststellen, bei der unter anderem die Situation der Partei, ihre gesellschaftliche Wirkkraft und ihre Vertretung in Ämtern und Mandaten Berücksichtigung finden soll.⁴⁸ Die Potentialität ist letztlich eine Prognose darüber, über welche Wirkmächtigkeit die betroffene Partei in der Realität verfügt.⁴⁹ Indizien hierfür sollen der Einsatz physischer Gewalt, die Begehung von Straftaten oder eine die Freiheit des politischen Willensbildungsprozesses einschränkende Verhaltensweise auch unter der Schwelle des Strafbaren (Herbeiführung einer „Atmosphäre der Angst“) sein.⁵⁰

3. Der Ausschluss von der staatlichen Parteienfinanzierung (Art. 21 Abs. 3 GG)

In seiner NPD II-Entscheidung hat das Bundesverfassungsgericht angedeutet, dass der verfassungs- ändernde Gesetzgeber unterhalb der Schwelle des Parteiverbots eine Sanktionierung einer Partei, die nur einzelne Tatbestandmerkmale des Art. 21 Abs. 2 GG erfüllt, normieren könne.⁵¹ Dieser hat daraufhin in Art. 21 Abs. 3 GG die Möglichkeit, eine (nur) verfassungsfeindliche Partei von der staatlichen und staatlich begünstigten Parteienfinanzierung auszuschließen, aufgenommen.⁵² Die Tatbe- stände des Abs. 2 und Abs. 3 unterscheiden sich allein durch die Worte „ausgehen“ bzw. „ausgerich- tet sind“. Der Gesetzgeber wollte mit der Wahl des „Ausrichtungs“-Begriffs, der nicht das „Potenzial“ zur Zielerreichung voraussetze, eine niedrigere Eingriffsschwelle festlegen und somit ein „abgestuft

⁴² BVerfGE 144, 20 (221 Rn. 576).

⁴³ BVerfGE 144, 20 (221 Rn. 577).

⁴⁴ BVerfGE 144, 20 (221 ff. Rn. 578 ff., 581 ff.).

⁴⁵ Dort hatte das BVerfG noch formuliert, dass es einem Parteiverbot nicht entgegenstehe, wenn für die Partei nach menschlichem Ermessen keine Aussicht darauf besteht, dass sie ihre verfassungswidrige Absicht in absehbarer Zukunft werde verwirklichen können, vgl. BVerfGE 5, 85 (143).

⁴⁶ BVerfGE 144, 20 (224 f. Rn. 585 ff.).

⁴⁷ BVerfGE 144, 20 (224 f. Rn. 585 ff.).

⁴⁸ BVerfGE 144, 20 (225 Rn. 586).

⁴⁹ Vgl. *Uhle*, NVwZ 2017, 583 (588); *Hillgruber*, JA 2017, 398 (400).

⁵⁰ Siehe BVerfGE 144, 20 (226 Rn. 588).

⁵¹ Siehe BVerfGE 144, 20 (241 Rn. 624); vgl. auch *Kloepfer*, NVwZ 2017, 913 (916).

⁵² Siehe BGBl. I 2017, S. 2346, Änderung des einfachen Rechts durch BGBl. I 2017, S. 2730. Nach § 46 Abs. 1 S. 2 BVerfGG kann der Antrag auf Ausschluss von staatlicher Finanzierung hilfsweise zu einem Verbotsantrag gestellt werden. Näher zu Verfahren und Entscheidungsmöglichkeiten des BVerfG mit Reformvorschlägen, insb. auch im Finanzierungsausschlussverfahren Anträge zuzulassen, die auf die Teilorganisation(en) bzw. Landesverbände einer Partei beschränkt sind, *Heußner/Pautsch/de Haan*, NJ 2024, 97 (100 f.).

ausdifferenziertes System an Sanktionsmöglichkeiten im Hinblick auf Parteien mit verfassungsfeindlicher Grundtendenz“ schaffen.⁵³ Die Literatur sah darin gleichsam eine indirekte normative Verankerung der Interpretation des „Darauf Ausgehens“ im NPD II-Urteil, weshalb fortan die Potentialität für ein Parteiverbot in Art. 21 Abs. 2 GG zwingend ist. Ansonsten würden Abs. 2 und Abs. 3 eingegebenet, was in genetischer, grammatischer und systematischer Hinsicht unzulässig wäre.⁵⁴

Das Bundesverfassungsgericht selbst konnte erstmals in seinem Urteil vom 23.1.2024⁵⁵ infolge des Antrags, die NPD (heute „Die Heimat“) von der staatlichen Parteienfinanzierung auszuschließen, Art. 21 Abs. 3 GG anwenden und dessen Voraussetzungen konkretisieren. Zunächst stellte es fest, dass die neu geschaffene Regelung zum Finanzierungsausschluss verfassungsgemäß ist und nicht gegen Art. 79 Abs. 3 GG verstößt.⁵⁶ Dabei verweist es insbesondere auf das grundgesetzliche Konzept der wehrhaften Demokratie und sieht den Finanzierungsausschluss als deren zulässige Ausgestaltung unterhalb der Schwelle des Parteiverbots.⁵⁷ Im Rahmen der Auslegung der Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 21 Abs. 3 GG bestätigte das Gericht, dass die Voraussetzungen von Parteiverbot und Finanzierungsausschluss nahezu identisch sind und im gleichen Maß wie beim Parteiverbot nachgewiesen werden muss, dass eine Partei nach ihren Zielen oder dem Verhalten ihrer Anhänger die freiheitliche demokratische Grundordnung beseitigen oder beeinträchtigen will.⁵⁸ Für das Schutzgut, Ziel und Mittel konnte das Gericht daher auf seine Ausführungen im NPD II-Urteil zurückgreifen.⁵⁹ Nur das Merkmal des „Darauf-Ausgerichtetseins“ galt es zu konkretisieren.⁶⁰ Nach dem Bundesverfassungsgericht ist dafür ein qualifiziertes und planvolles Handeln zur Beseitigung oder Beeinträchtigung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung erforderlich, ohne dass es auf die Überschreitung der Schwelle der Potentialität ankommt.⁶¹ Es bekräftigte damit den Willen des Gesetzgebers und die Interpretation der Literatur.⁶²

Für zukünftige Finanzierungsausschluss- und Parteiverbotsverfahren folgt aus dem Urteil aber nicht, dass zwingend auf der ersten Stufe bei fehlender Potentialität ein Antrag auf Finanzierungsausschluss und erst auf der zweiten Stufe bei vorhandener Potentialität ein Antrag auf Parteiverbot gestellt werden kann. Der Finanzierungsausschluss soll zwar verhindern, dass eine Partei die Potentialitätsschwelle überschreitet; dies schließt es aber nicht aus, dass die Antragsberechtigten einen Antrag auf Finanzierungsausschluss einer Partei stellen können, die die Potentialitätsschwelle deutlich überschreitet.⁶³ Es steht im politischen Ermessen der Antragsberechtigten, ob sie keinen Antrag, einen Antrag auf Verbot oder auf Ausschluss einer Partei aus der staatlichen Parteienfinanzierung

⁵³ Vgl. BT-Drs. 18/12357, S. 6.

⁵⁴ Vgl. Lenz/Hansel, BVerfGG, Kommentar, 3. Aufl. 2020, § 43 Rn. 11; Müller, DVBl. 2018, 1035 (1037); Pokora, Die Revision des Parteiverbots, 2022, S. 265 f.; weitergehend Towfigh/Keesen, in: Kahl/Waldhoff/Walter, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 7, 205. Lfg., Stand: Juli 2020, Art. 21 Rn. 632.

⁵⁵ BVerfG, Urte. v. 23.1.2024 – 2 BvB 1/19 = NJW 2024, 645.

⁵⁶ BVerfG, Urte. v. 23.1.2024 – 2 BvB 1/19, Rn. 199 ff.

⁵⁷ BVerfG, Urte. v. 23.1.2024 – 2 BvB 1/19, Rn. 223 f.; zustimmend Jores, Verfassungsblog v. 2.2.2024, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/kein-geld-ist-auch-eine-losung/> (4.5.2024).

⁵⁸ Siehe BVerfG, Urte. v. 23.1.2024 – 2 BvB 1/19, Rn. 240 f., 246. Schon zuvor für den Rückgriff auf das Beseitigen und Beeinträchtigen i.S.d. Art. 21 Abs. 2 GG bei der Auslegung des von Art. 18 GG verlangten Ziels des Kampfes Fahrner, Die freiheitlich demokratische Grundordnung, 2023, S. 268 m.w.N.

⁵⁹ Siehe BVerfG, Urte. v. 23.1.2024 – 2 BvB 1/19, Rn. 246 ff.

⁶⁰ BVerfG, Urte. v. 23.1.2024 – 2 BvB 1/19, Rn. 277 ff.

⁶¹ BVerfG, Urte. v. 23.1.2024 – 2 BvB 1/19, Rn. 277, 279, 286.

⁶² Vgl. BVerfG, Urte. v. 23.1.2024 – 2 BvB 1/19, Rn. 241.

⁶³ So Jores, Verfassungsblog v. 2.2.2024, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/kein-geld-ist-auch-eine-losung/> (4.5.2024).

stellen.⁶⁴ Vor dem Hintergrund, dass ein Parteiverbot zuletzt bei der NPD zweifach gescheitert ist, scheint der Weg über den Finanzierungsausschluss auch für Parteien, die eigentlich über die nötige Potentialität verfügen, als mildere Alternative, als ein minder aufwändigeres Verfahren und deshalb politisch einfacher umsetzbar.⁶⁵ Dieser Schein trügt, denn es muss weiterhin die Verfassungswidrigkeit einer Partei als solche geprüft und bewiesen werden.⁶⁶ Der Finanzierungsausschluss ist auch bei einer Partei mit ausreichender Potentialität nicht gleich geeignet. Die Abgeordneten dürften in den Parlamenten bleiben und könnten wiedergewählt werden, sie würden weiterhin Diäten erhalten, die Fraktionsfinanzierung bliebe bestehen und auch Spenden dürfte die Partei weiterhin entgegennehmen.⁶⁷ Die Gefahr, dass sich die betroffene Partei als Opfer staatlicher Repression darstellt, besteht nicht nur im Rahmen eines Verbotsverfahrens, sondern auch bei einem Finanzierungsausschlussverfahren, dort sogar in gesteigerter Form, denn eine von der Finanzierung ausgeschlossene Partei kann weiterhin im Parteienwettbewerb teilnehmen und in jeder politischen Auseinandersetzung den Finanzierungsausschluss als vermeintlich rechtsstaatswidrige Benachteiligung durch das „Establishment“ instrumentalisieren.⁶⁸

III. Bedarf es neuer Grenzen zur Effektivierung der wehrhaften Demokratie?

1. Kritik am NPD II-Urteil

Die jüngere, die bisherige Rechtsprechung verschärfende Parteiverbot-Judikatur des Bundesverfassungsgerichts im NPD II-Urteil stieß schon nach ihrer Verkündung 2017 auf – begründete – Kritik im Schrifttum, sie lege, so hieß es, die Hürde für die Überwindung der Voraussetzungen gem. Art. 21 Abs. 2 GG fortan – ohne Not – zu hoch. Im Mittelpunkt der Kritik steht die Interpretation des „Darauf Ausgehens“, insbesondere die methodische Herleitung des neu kreierte „Potentialitäts-Kriteriums“.

Erstens bedeute „darauf ausgehen“ nach seinem natürlichen Wortsinn, ein bestimmtes Ziel zu verfolgen.⁶⁹ Das Tatbestandsmerkmal sei bewusst subjektiv formuliert und erfasse auch den untauglichen Versuch.⁷⁰ Das zusätzliche und auf die objektive Erfolgstauglichkeit der verfolgten Zielsetzungen und Absichten bezogene Merkmal der „Potentialität“ sprengte daher die Grenze des Wortlauts.⁷¹

⁶⁴ So Jores, Verfassungsblog v. 2.2.2024, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/kein-geld-ist-auch-eine-losung/> (4.5.2024).

⁶⁵ Zum möglichen Ausschluss der AfD von der staatlichen Parteienfinanzierung siehe Janisch, SZ Nr. 18 v. 23.1.2024, S. 5, abrufbar unter <https://www.sueddeutsche.de/politik/afd-bundesverfassungsgericht-parteienfinanzierung-partieverbot-1.6336865> (21.5.2024); Jores, Verfassungsblog v. 2.2.2024, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/kein-geld-ist-auch-eine-losung/> (4.5.2024).

⁶⁶ So Albrecht, Publicus v. 1.2.2024, abrufbar unter <https://publicus.boorberg.de/wehrhafte-demokratie/> (4.5.2024). Skeptisch gegenüber einem Finanzierungsausschlussverfahren gegen die AfD daher auch Shirvani, NJW 2024, 624 (625).

⁶⁷ Vgl. Janisch, SZ Nr. 18 v. 23.1.2024, S. 5, abrufbar unter <https://www.sueddeutsche.de/politik/afd-bundesverfassungsgericht-parteienfinanzierung-partieverbot-1.6336865> (21.5.2024).

⁶⁸ So Jores, Verfassungsblog v. 2.2.2024, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/kein-geld-ist-auch-eine-losung/> (4.5.2024).

⁶⁹ Dies erkennt auch das BVerfG, siehe BVerfGE 144, 20 (224 Rn. 584).

⁷⁰ Siehe Hillgruber, JA 2017, 398 (400); anders Streinz, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 21 Rn. 232, wonach sich dem Begriff neben dem subjektiven Moment der Intensität der Zielsetzung ein objektives Element der Intensität der Zielverfolgung entnehmen lasse.

⁷¹ Linke, DÖV 2017, 483 (490); ähnlich Klein, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 82. Lfg., Stand: Januar 2018, Art. 21 Rn. 540a; Kloepfer, NVwZ 2017, 913 (913); Kingreen, Jura 2017, 499 (503); Uhle, NVwZ

Zweitens überzeuge die Begründung des Bundesverfassungsgerichts, die neue Interpretation des „Darauf Ausgehens“ stütze sich auf das Telos des Art. 21 Abs. 2 S. 1 GG, nicht.⁷² Das Bundesverfassungsgericht selbst sieht als Normzweck nicht die Abwehr bereits entstandener Gefahren, sondern die Verhinderung des Entstehens künftig möglicherweise eintretender Gefahren für die freiheitliche demokratische Grundordnung; gleichsam betont es mit der Maxime „Wehret den Anfängen“ den präventiven Charakter des Parteiverbotsverfahrens.⁷³ Eben dieser präventive Charakter gebiete aber ein frühzeitiges Eingreifen und der „Anfang“ sei bereits dort gemacht, wo eine Partei beginnt, die freiheitliche demokratische Grundordnung aktiv und planvoll zu bekämpfen, ungeachtet dessen, ob dies zu der jeweiligen Zeit erfolversprechend ist oder nicht.⁷⁴ Das gelte erst recht angesichts der historischen Lehre, dass radikale Bestrebungen umso schwieriger zu bekämpfen sind, je mehr sie an Boden gewinnen.⁷⁵ Hat eine Partei bzw. haben ihre Anhänger erst einmal die Perspektive, ihre extremistischen Ziele umzusetzen bzw. durch ihr Verhalten die freiheitliche demokratische Grundordnung zu beeinträchtigen, sei ein Verbot schwieriger, wenn nicht sogar kaum mehr durchsetzbar.⁷⁶

Drittens ergäben sich auch aus der Entstehungsgeschichte keine Hinweise darauf, dass Art. 21 Abs. 2 GG mit dem Erfordernis der Potentialität aufzuladen wäre.⁷⁷ Nach Art. 47 Abs. 4 des Entwurfs von Herrenchiemsee sollte ein Verbot solcher Parteien ermöglicht werden, die sich eine Beseitigung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung „zum Ziel gesetzt haben“.⁷⁸ Der Parlamentarische Rat ersetzte diese Formulierung im Rahmen weiterer Änderungen im Allgemeinen Redaktionsausschuss und im Hauptausschuss durch die Formulierung „darauf ausgehen“;⁷⁹ hiermit sollte aber der Begriff keinen anderen Inhalt erhalten – wie bereits das KPD-Urteil ausdrücklich festhält⁸⁰.

Viertens habe es auch in systematischer Hinsicht – wohlgemerkt zum Zeitpunkt der Entscheidung – kein Erfordernis für das Kriterium der Potentialität gegeben: Art. 21 Abs. 2 GG verlange eine Prognose über die Erfolgsaussichten der verfassungsfeindlichen Bestrebungen einer Partei ausschließlich in seiner zweiten Alternative (Gefährdung des Bestands der Bundesrepublik Deutschland), gerade nicht in der ersten Alternative (Beeinträchtigung bzw. Beseitigung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung); entsprechend wäre bei der ersten Alternative eine Prognose über die Wirkung einer verfassungsfeindlich agierenden Partei nicht erforderlich gewesen.⁸¹ Die systematischen Einwände sind freilich heute, d.h. seit der Einfügung des Art. 21 Abs. 3 GG (siehe oben) nicht mehr tragbar.

2017, 583 (588); i.E. auch *Ipsen/Koch*, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 21 Rn. 159.

⁷² So *Uhle*, NVwZ 2017, 583 (588); ähnlich *Hillgruber*, JA 2017, 398 (400).

⁷³ Vgl. BVerfGE 144, 20 (224 Rn. 584).

⁷⁴ *Pokora*, Die Revision des Parteiverbots, 2022, S. 260 f.; so auch *Uhle*, NVwZ 2017, 583 (588). Anders *Kliegel*, in: *Modrzejewski/Naumann*, Linien der Rechtsprechung des BVerfG, Bd. 5, 2019, S. 375 (395); *Shirvani*, DÖV 2017, 477 (481).

⁷⁵ Siehe nur *Uhle*, NVwZ 2017, 583 (588) mit weitergehenden Erwägungen.

⁷⁶ So *Hillgruber*, JA 2017, 398 (400); ähnlich *Klafki*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2021, Art. 21 Rn. 110; *Kluth*, ZParl 2017, 676 (686); *Linke*, DÖV 2017, 483 (490); *Pokora*, Die Revision des Parteiverbots, 2022, S. 258. Anders *Kliegel*, in: *Modrzejewski/Naumann*, Linien der Rechtsprechung des BVerfG, Bd. 5, 2019, S. 375 (396).

⁷⁷ Siehe *Uhle*, NVwZ 2017, 583 (588 f.); ferner *Kingreen*, Jura 2017, 409 (504); i.E. auch *Ipsen/Koch*, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 21 Rn. 159.

⁷⁸ Verfassungsausschuss der Ministerpräsidenten-Konferenz der westlichen Besatzungszonen. Bericht über den Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee vom 10.–23.8.1948, S. 67.

⁷⁹ *Feldkamp*, in: Der Parlamentarische Rat 1948–1949, Bd. 14, Teilbd. 1, 2009, S. 103 (120 f.).

⁸⁰ Siehe BVerfGE 5, 85 (142).

⁸¹ Siehe *Uhle*, NVwZ 2017, 583 (589).

Fünftens sei die Einführung des Potentialitätskriteriums nicht wegen der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zu Parteiverboten erforderlich gewesen, wovon das Bundesverfassungsgericht aber wohl ausging.⁸² Der Gerichtshof hat auf der Grundlage der Gewährleistung der Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit in Art. 11 EMRK eine umfangreiche Parteienrechtsjudikatur entwickelt.⁸³ Insbesondere hat er zu staatlichen Parteiverboten festgestellt, ein Staat müsse nicht abwarten, bis eine verfassungsfeindliche Partei die Macht ergriffen und mit der Umsetzung ihrer demokratie- und menschenrechtsfeindlichen Ziele begonnen hat, sondern dürfe gegen die Umsetzung derartiger Ziele einschreiten, wenn die nationalen Gerichte eine Gefahr, die „hinreichend erwiesen und unmittelbar“ ist, festgestellt haben.⁸⁴ Das Bundesverfassungsgericht hat hieraus zwar nicht den Schluss gezogen, dass für ein Parteiverbot eine konkrete Gefahr für die freiheitliche demokratische Grundordnung vorliegen muss,⁸⁵ wollte dem Menschengerichtshof aber möglicherweise wenigstens mit dem Potentialitätskriterium entgegenkommen. Erforderlich sei ein solches Entgegenkommen jedenfalls nicht gewesen, denn aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs folge nicht zwingend, dass ein Parteiverbot nur konventionsgemäß sein kann, wenn es voraussetzt, dass die betroffene Partei über eine reale Chance zur Herbeiführung politischer Veränderungen verfügt.⁸⁶ Die Voraussetzungen des Art. 21 Abs. 2 GG wären auch ohne das Potentialitätskriterium konventionskonform.⁸⁷ Das Bundesverfassungsgericht hat in der NPD II-Entscheidung die „Vorgaben“ des EGMR überbewertet und seinen eigenen (nationalen) Spielraum unterschätzt.

Siebtens leide das Potentialitätskriterium nicht nur unter methodischen Schwächen, sondern das Bundesverfassungsgericht habe sich zudem bei seiner Entwicklung in Widersprüche verwickelt: Es hat zwar das Erfordernis einer konkreten Gefahr abgelehnt⁸⁸ und auch für eine Verhältnismäßigkeitsprüfung keinen Raum gesehen⁸⁹, *de facto* komme aber beides im Erfordernis der Potentialität verkappt zum Ausdruck.⁹⁰ Damit sei die Eingriffsschwelle sehr schwierig zu bestimmen und infolgedessen erscheine der Ausgang zukünftiger Parteiverbotsverfahren unvorhersehbar.⁹¹

⁸² Vgl. BVerfGE 144, 20 (240 Rn. 621); siehe dazu *Pokora*, Die Revision des Parteiverbots, 2022, S. 276 (Einführung des Potentialitätskriteriums als eine Art „Vorsorge“); ähnlich *Uhle*, NVwZ 2017, 583 (589).

⁸³ Siehe etwa EGMR, Urte. v. 30.1.1998 – 19392/92; EGMR, Urte. v. 25.5.1998 – 21237/93; EGMR, Urte. v. 13.2.2003 – 41340/98; EGMR, Urte. v. 30.6.2009 – 25803/04; EGMR, Urte. v. 12.4.2011 – 12976/07; EGMR, Urte. v. 6.11.2012 – 47335/06; EGMR, Urte. v. 26.4.2016 – 19920/13. Vgl. *Heintzen*, in: Stern/Sodan/Möstl, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Bd. 2, 2. Aufl. 2022, § 32 Rn. 12 m.w.N.; siehe auch *Uhle*, NVwZ 2017, 583 (589 f.).

⁸⁴ EGMR, Urte. v. 13.2.2003 – 41340/98, Rn. 102; Für Kontextualisierung siehe *Lübbe-Wolff*, Verfassungsblog v. 13.10.2023, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/wehrhafte-demokratie/> (4.5.2024).

⁸⁵ Siehe BVerfGE 144, 20 (238 Rn. 619).

⁸⁶ So zu Recht *Lübbe-Wolff*, Verfassungsblog v. 13.10.2023, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/wehrhafte-demokratie/> (4.5.2024); näher *Uhle*, NVwZ 2017, 583 (589).

⁸⁷ *Uhle*, NVwZ 2017, 583 (589); ähnlich *Hillgruber*, JA 2017, 398 (400).

⁸⁸ Siehe BVerfGE 144, 20 (223 f. Rn. 581 ff.).

⁸⁹ Siehe BVerfGE 144, 20 (231 ff. Rn. 600 ff.).

⁹⁰ Vgl. *Kingreen*, Jura 2017, 499 (505 f.), wonach „konkrete Anhaltspunkte von Gewicht“ für die Realisierung der verfassungsfeindlichen Ziele einer Partei gleichbedeutend sind mit einer auf eine individuelle Partei und deren spezifische Verhaltensweisen bezogenen konkreten Gefahr; ähnlich *Ipsen*, RuP 53 (2017), 3 (5 f.). Auch *Känner*, KritV 1 (2019), 57 (64), kritisiert die Unschärfe der Abgrenzung zwischen der Situation, in der konkrete und gewichtige Anhaltspunkte vorliegen, die zumindest möglich erscheinen lassen, dass die Partei ihre verfassungswidrigen Ziele verwirklichen kann, und der Situation, in der eine konkrete Gefahr vorliegt.

⁹¹ Vgl. *Känner*, KritV 1 (2019), 57 (62 f.); insbesondere sei auch das Indiz für die Potentialität, die „Atmosphäre der Angst“ nebulös und schemenhaft, siehe *Shirvani*, DÖV 2017, 477 (481); *Linke*, DÖV 2017, 483 (490).

Diese Kritik der zu hohen Hürden hat vor dem Hintergrund der aktuellen Entwicklung der Parteienlandschaft und der deutlich gesteigerten Bedrohungslage für die freiheitliche demokratische Grundordnung neue Aktualität und zusätzliche Berechtigung erlangt.⁹² Ihr ist vor diesem Hintergrund erst recht zuzustimmen und sie ist zu bekräftigen.⁹³ Ergo: Es bedarf – auch als Korrelat und Kompensation zu dem – mit Recht – sehr liberalen Grundrechtsverständnis des Grundgesetzes (insbesondere bei Art. 5 Abs. 1 S. 1, Art. 8 Abs. 1 GG) – eines strengeren Kurses beim Umgang mit Parteien, die nicht mehr nur verfassungsfeindlich sprechen, sondern die unmittelbar davor stehen, verfassungsfeindliche Programmatik in staatliche Herrschaft umzusetzen.

2. Tendenzielle Neukzentuierung in Richtung von Wehrhaftigkeit und Prävention

a) „Wehret den Anfängen“

Vor dem eingangs geschilderten Hintergrund gilt es, die präventive Seite des Instruments Parteiverbot ins Bewusstsein zu rufen und zu fokussieren: Parteiverbote dürfen nicht erst ansetzen, wenn es bereits weitgehend zu spät ist. Jedenfalls der Blick nach Ungarn oder bis vor kurzem auch nach Polen zeigt, mit welcher Geschwindigkeit sich Umgestaltungsprozesse von einer demokratischen hin zu einer autoritär-illiberalen Ordnung vollziehen können;⁹⁴ in Deutschland hat man mit der Radikalität und dem Tempo solcher Umgestaltungsprozesse zunächst im Winter 1929/30 in Thüringen⁹⁵ und dann vor allem nach dem 30.1.1933 auf Reichsebene⁹⁶ seine eigenen Erfahrungen gemacht. Jedes Mal wirkten dabei Parteien als treibende Kraft, die (jedenfalls als sie die Macht erlangten) keine absolute Mehrheit bei der Wahl erzielt hatten. Der Blick auf die aktuellen Entwicklungen in Mittel- und Südosteuropa der letzten Jahre zeigt auch, dass die systemverändernden Kräfte dabei regelmä-

⁹² Krit. etwa *Sophie Schönberger* im Streitgespräch mit *Marco Wanderwitz*, *Der Spiegel* v. 1.7.2023, S. 30, abrufbar unter https://www.spiegel.de/panorama/justiz/afd-zu-verbieten-cdu-politiker-und-juraprofessorin-im-streitgesprach-a-31868032-8aff-4439-98f6-55a357859f18?sara_ref=re-xx-cp-sh (21.5.2024). Die Kritik wurde durch Recherchen des Netzwerks Correctiv über ein Treffen von AfD-Politikern mit Rechtsextremen und Unternehmern im November 2023 neu entfacht, siehe dazu nur *FAZ* Nr. 14 v. 17.1.2024, S. 2, abrufbar unter <https://www.faz.net/aktuell/politik/afd-will-weiter-ueber-remigration-reden-19452827.html> (21.5.2024); *Balser u.a.*, *SZ* Nr. 14 v. 18.1.2024, S. 2, abrufbar unter <https://www.sueddeutsche.de/politik/afd-afd-verbot-ampelkoalition-unionsfraktion-nancy-faeser-1.6334553> (21.5.2024); *Hailbronner* im Interview mit *Sadeghi*, *ZEIT Online* v. 12.1.2024, abrufbar unter <https://www.zeit.de/gesellschaft/2024-01/afd-verbot-partei-verfassungsrecht-demokratie> (4.5.2024).

⁹³ Wie hier *Lübbe-Wolff*, *Verfassungsblog* v. 13.10.2023, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/wehrhafte-demokratie/> (4.5.2024).

⁹⁴ Der Umgestaltungsprozess durch PiS (Polen) und Fidesz (Ungarn) ist eindrücklich nachgezeichnet bei *Ash*, *Europa*, *Eine persönliche Geschichte*, 2023, S. 367 ff.

⁹⁵ Dazu erhellend *Gallus*, *FAZ* Nr. 282 v. 4.12.2023, S. 6, abrufbar unter <https://www.faz.net/aktuell/politik/geschichte/wuerdelose-hilfestellung-19357815.html> (21.5.2024). Zu Parallelen zwischen der NSDAP und der AfD siehe *Herbert* im Interview mit *Laudenbach*, *SZ* Nr. 13 v. 17.1.2024, S. 10, abrufbar unter <https://www.sueddeutsche.de/projekte/artikel/kultur/ulrich-herbert-rechtsextremismus-afd-wuensche-waehler-e810654/> (21.2.2024). Insgesamt vergleichbare Zustände mit den frühen 1930er Jahren dagegen ablehnend *Buchsteiner*, *FAZ* Nr. 5 v. 4.2.2024, S. 8, abrufbar unter <https://www.faz.net/aktuell/politik/inland/demos-gegen-afd-und-rechtsextremismus-2024-ist-nicht-1933-19492224.html> (21.5.2024).

⁹⁶ Zum Tempo der sog. Machtergreifung bzw. des Gleichschaltungsprozesses im Jahre 1933 *Herbert*, *Geschichte Deutschlands im 20. Jahrhundert*, 2014, S. 305 ff. Daran jüngst erinnernd *Laschet*, siehe *Schmitz*, *Kölner Stadtanzeiger* v. 6.2.2024, abrufbar unter <https://www.ksta.de/politik/armin-laschet-rede-aachen-demonstration-rechtsextremismus-cdu-lob-hitler-machtergreifung-afd-rechtsextremismus-1-732681> (4.5.2024).

ßig – einem gewissen „Muster“ folgend (siehe Polen, Ungarn, aktuell Slowakei)⁹⁷ – als erstes bei der unabhängigen Justiz⁹⁸ (zumal Verfassungsjustiz⁹⁹), der Verwaltung des Innern (insbesondere Polizei) und den freien Medien (insbesondere öffentlicher Rundfunk) ansetzen.¹⁰⁰ Darüber zeichnen sich Populisten und Extremisten, wie die aktuelle Situation in zahlreichen ausländischen Staaten zeigt, durch Ausgrenzung von bis hin zu Bedrohung und Gewalt gegen andersdenkende Vertreter des „Alt-Systems“ aus.¹⁰¹ Auf diese Weise wird der populistische Staat schrittweise extremer und illiberal-autoritär, denn nur so kann er den „wahren Willen des Volkes“ und die „richtig verstandene“ Verfassung in seinem ideologischen Sinne durchsetzen.¹⁰² Ähnliche Entwicklungen liegen nun auch in Deutschland, insbesondere im Osten, nicht mehr völlig fern.¹⁰³

b) Zuständigkeit(sgrenzen)

Zu einem erhöhten präventiven Schutz der „Verfassung der Mitte“ zuvörderst aufgerufen ist das Bundesverfassungsgericht, das seine Rechtsprechung zu den Voraussetzungen des Parteiverbots in Richtung von mehr Prävention und Wehrhaftigkeit tendenziell modifizieren sollte. Sofern es sich dem Maßstab, der seit 2017 gemäß dem neuen Art. 21 Abs. 3 GG für die Parteienfinanzierung gilt, nur annähert, diesen aber nicht übernimmt, hielte sich das Gericht dabei auch in den funktionell-recht-

⁹⁷ Zu Angriffen auf Justiz und Verfassungsgerichtsbarkeit in Europa *Huber*, *Der Staat* 56 (2017), 389 (390 ff.).

⁹⁸ *Ginsburg/Huq*, *How to Save a Constitutional Democracy*, 2018, S. 186; *Hailbronner*, *Verfassungsblog* v. 8.12.2018, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/how-can-a-democratic-constitution-survive-an-autocratic-majority-a-report-on-the-presentations-on-the-judiciary/> (4.5.2024); *Volkman*, *Der Staat* 58 (2019), 643 (654 f.).

⁹⁹ Die Entmachtung, politische Okkupation oder Abschaffung der Verfassungsgerichtsbarkeit insb. in Ungarn, Polen, den USA und Israel wird dargestellt von *Voßkuhle*, *Die Zeit* Nr. 48 v. 16.11.2023, S. 8, abrufbar unter <https://www.zeit.de/2023/48/entmachtung-verfassungsgerichte-demokratie-bundesverfassungsgericht> (21.5.2024). Vgl. auch *ders.*, *JZ* 2024, 1 ff. Zur Sonderfunktion der Verfassungsgerichte für funktionale Resilienz-sicherung *Gärditz*, *NJW* 2024, 407 (409) m.w.N., der auch eine Absicherung der Stellung (Wahlverfahren, Zahl und Größe der Senate, Amtszeit der Richterinnen und Richter) des BVerfG im GG selbst (Art. 94 GG) für sinnvoll erachtet.

¹⁰⁰ *Ginsburg/Huq*, *How to Save a Constitutional Democracy*, 2018, S. 38 ff., 77 ff. bezeichnen Putsche und Staatsstriche als Instrument von gestern; durchgesetzt habe sich ein langsamerer und subtilerer Weg, der stattfindet, nachdem ein etabliertes Parteiensystem durch Wahlergebnisse zusammengebrochen ist und/oder charismatische Führungsfiguren an die Macht gelangen. Diesen „eher schleichenden Weg“, sämtliche Institutionen der liberalen Demokratie schrittweise auszuhöhlen, beschreibt auch Terrorismusforscher *Neumann*, *zdfheute* v. 23.12.2023, abrufbar unter <https://www.zdf.de/nachrichten/politik/deutschland/vosskuhle-neumann-warnung-afd-erfolg-systemveraenderung-100.html> (4.5.2024).

¹⁰¹ *Voßkuhle*, *Der Staat* 57 (2018), 119 (130 f.).

¹⁰² *Voßkuhle*, *Der Staat* 57 (2018), 119 (130 f.); vgl. auch *Güntner*, *Neue Zürcher Zeitung* v. 3.5.2016, S. 14, abrufbar unter <https://www.nzz.ch/meinung/kommentare/populismus-verfemte-volksnaehe-ld.17600> (21.5.2024); *Gärditz*, *NJW* 2024, 407 (408).

¹⁰³ Siehe *Sturm*, *Der Tagesspiegel* Nr. 25470 v. 28.12.2023, S. 16 f., abrufbar unter <https://www.tagesspiegel.de/politik/union-ubernimmt-begriffe-der-afd-debatte-uber-den-umgang-mit-der-rechtspartei-10982266.html> (21.5.2024); ferner *Haupt/Soldt*, *FAZ* Einspruch v. 14.1.2024., abrufbar unter <https://www.faz.net/aktuell/politik/inland/afd-geheimtreffen-nazi-plaene-als-vorbild-nicht-gescheut-19447539.html> (21.5.2024). Bei den Landtagswahlen im September 2024 in Sachsen, Thüringen und Brandenburg wird die AfD nach einer Forsa-Umfrage v. 11.1.2024 über 30 % erhalten; mit einer Dreittelmehrheit könnte sie gewisse Entscheidungen im Parlament blockieren, siehe dazu *Hähnig/Modersohn/Nejezchleba*, *Die Zeit* Nr. 4 v. 18.1.2024, S. 3., abrufbar unter <https://www.zeit.de/2024/04/afd-ostdeutschland-landtagswahlen-regierung> (21.5.2024). Siehe allgemein zur Landtagswahl in Thüringen das Thüringen-Projekt des Verfassungsblogs, alle Artikel abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/thuringen-projekt/> (4.5.2024); ferner *Debes*, *Deutschland der Extreme*, 2024.

lichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung *de constitutione lata* und handelte nicht als (verfassungsändernder) „Ersatzgeber“ *de constitutione ferenda*. Soll die Hürde für ein Verbot dagegen verfassungspolitisch auf die Ebene des Art. 21 Abs. 3 GG oder darunter abgesenkt werden, so bliebe nur der Weg über Art. 79 Abs. 2 GG.

Für eine Modifikation der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in Richtung von mehr Prävention und Wehrhaftigkeit kommen kumulativ zwei Ansätze in Betracht: Das Verständnis von der Beeinträchtigung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung und das Potentialitätskriterium.

c) Freiheitliche demokratische Grundordnung

Zunächst ist das Verständnis der freiheitlichen demokratischen Grundordnung in den Blick zu nehmen. Die vom Bundesverfassungsgericht herausgearbeiteten Parameter, die die freiheitliche demokratische Grundordnung präzisieren – Menschenwürde, Demokratie und Rechtsstaatlichkeit – sind nicht auf traditionelle Typisierungen angewiesen.¹⁰⁴ Sie können in der Phase, in der wir uns aktuell befinden, nämlich der (seit 1949 erstmaligen) existentiellen Gefährdung des freiheitlichen demokratischen Verfassungsstaates durch auf Systemveränderung angelegte extremistische Parteien, in Stellung gebracht werden. Bei diesem Ansatz geht es weniger um eine Modifikation als um eine Neuaufbauung, einer weiteren Konkretisierung des Begriffs im Lichte der neuen Herausforderungen für die Demokratie und der Schutzverantwortung der öffentlichen Gewalt.

Ausgangspunkt der freiheitlichen demokratischen Grundordnung ist – wie das Bundesverfassungsgericht zutreffend festgestellt hat¹⁰⁵ – die Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG). Diese umfasst die Wahrung personaler Individualität, Identität und Integrität sowie die elementare Rechtsgleichheit; in ihr wurzelt die besonders bedrohte Selbstbestimmung in gleicher Freiheit.¹⁰⁶

Parteiverbote sichern vor diesem Hintergrund nicht ausschließlich den demokratischen Prozess, sondern schützen auch die Rechte der Menschen, die unter einer gemeinsamen Herrschaftsordnung leben müssen und deren Ansprüche auf Würde, Freiheit und Gleichheit gerade demokratischen Mehrheiten entgegengehalten werden können.¹⁰⁷ Für die Frage, ob eine Partei die freiheitliche demokratische Grundordnung beeinträchtigen will, kommt es deshalb auch darauf an, was sie mit fiktiven demokratischen Mehrheiten inhaltlich anstrebt und was dies für die Menschen bedeuten würde.¹⁰⁸ Richtet sich ihre Agenda auf die Ausgrenzung oder Entrechtung von Teilen der Bevölkerung, will sie also die elementare Rechtsgleichheit und die demokratische Egalität aller Bürgerinnen und Bürger beeinträchtigen bzw. beseitigen, stellt dies einen Angriff auf die Menschenwürde dar.¹⁰⁹ Die demokratische Egalität ist nicht erst betroffen, wenn Extremisten Machtmittel einsetzen; sie ist bereits gestört, wenn Teile der Bevölkerung am demokratischen Prozess nur noch unter einer Kulisse der Einschüchterung teilnehmen können und bei einer politischen Wende die ersten Opfer wären, mit denen man „aufräumt“.¹¹⁰ Insofern kommt in Art. 21 Abs. 2 GG (i.V.m. Art. 2 Abs. 1 S. 2 GG) eine

¹⁰⁴ Gärditz, JZ 2023, 1082 (1086).

¹⁰⁵ Siehe BVerfGE 144, 20 (206 Rn. 538).

¹⁰⁶ Siehe BVerfGE 144, 20 (207 Rn. 538 f.; 246 Rn. 635).

¹⁰⁷ Gärditz, in: Stern/Sodan/Möstl, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Bd. 1, 2. Aufl. 2022, § 11 Rn. 121.

¹⁰⁸ Gärditz, Blätter für deutsche und internationale Politik 11 (2023), 37 (38).

¹⁰⁹ Vgl. Gärditz, Blätter für deutsche und internationale Politik 11 (2023), 37 (39).

¹¹⁰ Siehe Gärditz, taz v. 11.8.2023, abrufbar unter <https://taz.de/Verbot-der-AfD/!5949570/> (4.5.2024).

Schutzverantwortung des Staates für die vulnerablen Menschen, die durch Rassismus, Antisemitismus, Sexismus, Ableismus und Klassismus in ihrer Existenz gefährdet werden, zum Ausdruck.¹¹¹

Ergänzend dazu kann die Menschenwürde auch in Stellung gebracht werden, wenn es um Extremismus-Szenarien geht, in denen nicht die eben genannten tradierten Vulnerabilitätserfahrungen im Vordergrund stehen.¹¹² Sie kann gleichsam angegriffen werden, wenn der politische Diskurs von Extremisten in solchem Maße bestimmt wird, dass politisches Vertrauen nicht mehr bestehen und gedeihen kann.¹¹³ Individuelle und demokratische Selbstbestimmung in gleicher Freiheit und Würde aller und insbesondere freie Wahlen sind nur möglich, wenn es ein Mindestmaß an Verständigung über eine Realität gibt, die der politischen Gestaltung und Verhandlung vorgelagert ist und sich nicht beliebig konstruieren lässt.¹¹⁴ Wenn eine Partei konkreten Akteuren innerhalb der Gesetzgebung, Verwaltung und Justiz die Legitimität abspricht, indem sie diese Akteure als korrupte Machtelite disqualifiziert, die sich den Staat auf die eine oder andere Weise zur Beute gemacht habe und die unkritischen Massen erfolgreich hierüber täusche,¹¹⁵ kann dies zu einer Erosion von politischem Vertrauen führen, von dem die Legitimation des demokratischen Rechtsstaats abhängt. Die staatliche Verantwortung für die vertrauensstabilisierende Integrität des politischen Diskurses ist Teil der staatlichen Verantwortung für den Bestand der freiheitlichen demokratischen Grundordnung. Das Parteiverbot dient auch dazu, die Voraussetzung dafür zu sichern, dass demokratisches Vertrauen bestehen und gedeihen kann.¹¹⁶ Das Parteiverbot muss greifen können, bevor das demokratische Vertrauen aufgrund des (zu) großen Einflusses von auf Systemveränderung angelegten Parteien bereits zerrüttet ist, denn nur so kann es den politischen Diskurs und damit die freiheitliche demokratische Grundordnung schützen. Dies ist beim Verständnis der freiheitlichen demokratischen Grundordnung stärker zu berücksichtigen.

¹¹¹ Gärditz, taz v. 11.8.2023, abrufbar unter <https://taz.de/Verbot-der-AfD/!5949570/> (4.5.2024); zustimmend Fischer-Lescano, Verfassungsblog v. 18.1.2024, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/afd-verbotsverfahren-als-demokratische-pflicht/> (4.5.2024), sowie Hong, Verfassungsblog v. 8.2.2024, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/grundrechtsverwirkung-und-parteiverbote-gegen-radikale-afd-landesver-bande-iii/> (4.5.2024); kritisch Nettessheim, Verfassungsblog v. 31.1.2024, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/funktionen-eines-parteiverbotes/> (4.5.2024).

¹¹² Gärditz, JZ 2023, 1082 (1086).

¹¹³ Etwa durch Alternative Facts, Fake News, Deep Fakes etc. sowie durch systematische Diskreditierung von Wahlen und Verfassungsorganen, vgl. Gärditz, NJW 2024, 407 (408).

¹¹⁴ Vgl. Möllers, Demokratie – Zumutungen und Versprechen, 2008, S. 45 f. Siehe auch Gärditz, NJW 2024, 407 (411). Gefahr für den inländischen Diskurs droht auch von ausländischen Akteuren, die wie inländische Rechtsextremisten ein Interesse daran haben, das Vertrauen in die Handlungsfähigkeit des Staates zu mindern. Innenministerin Faeser stellte jüngst Maßnahmen zur Bekämpfung des Rechtsextremismus in Deutschland vor, u.a. die Einrichtung einer Einheit, die ausländische Desinformationskampagnen früh erkennen und als solche brandmarken soll, siehe nur Haupt, FAZ Nr. 38 v. 14.2.2024, S. 2, abrufbar unter <https://www.faz.net/aktuell/politik/faeser-stellt-plan-vor-13-massnahmen-gegen-rechtsextreme-19516738.html> (21.5.2024).

¹¹⁵ Vgl. Gärditz, JZ 2023, 1082 (1086); bspw. die Behauptungen, eine konkret erfolgte Wahl sei von den vermeintlichen Siegern manipuliert oder gefälscht, der eigentliche Wahlsieg gestohlen worden (Methode Trump) oder die aktuellen Gerichte seien nicht wirklich unabhängig besetzt, sondern linientreue politische Funktionseliten, die im nach- oder vorauseilenden Gehorsam den Willen der Machthabenden vollstreckten und die man daher auswechseln müsse. Siehe zur Kommunikationsstrategie der Neuen Rechten auch Kramer, FAZ Nr. 27 v. 1.2.2024, S. 15, abrufbar unter <https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/medien/geheimtreffen-mit-afd-in-potsdam-so-verdreht-die-partei-die-realitaet-19487104.html> (21.5.2024).

¹¹⁶ Vgl. Kube, in: Kischel/Kube, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 1, 2023, Rn. 80, 82, 84.

d) Potentialität

Das Potentialitätskriterium wurde in der Literatur einerseits stark kritisiert, es setze (zu) hohe Hürden.¹¹⁷ Andererseits wurde es dahingehend verteidigt als die Kritik auf einem Missverständnis beruhe: Die Hürde der Potentialität sei alles andere als hoch, weil das Bundesverfassungsgericht nur die bloße *Möglichkeit* einer Realisierung der verfassungswidrigen Zielsetzung verlange und damit keine zu hohen Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit und zeitliche Nähe des Schadenseintritts stellen wolle.¹¹⁸ Vor diesem Hintergrund ist Klarstellungsbedarf zu konstatieren. Das Bundesverfassungsgericht sollte den Begriff der *Möglichkeit* nachschärfen. Denn so viel steht fest: Das Potentialitätskriterium stellt schon rein faktisch eine hohe Hürde, weil angesichts seiner Unbestimmtheit und infolgedessen der Ungewissheit über den Verfahrensausgang die antragsberechtigten Organe aus Angst vor einem erfolglosen Verfahren, das dem demokratischen Prozess mehr schädigen könnte, nicht willens sein könnten, ein Verbotsverfahren anzustrengen.¹¹⁹

Wollte das Bundesverfassungsgericht in seiner NPD II-Entscheidung tatsächlich eine hohe Hürde setzen, sollte es diese tendenziell moderat absenken – freilich ohne die Erheblichkeitsschwelle gänzlich aufzugeben. Wie weit nach unten eine Absenkung möglich ist, richtet sich danach, zwischen welchen Grenzen der „Korridor zwischen verfassungsrechtlich noch hinnehmbarer Bedeutungslosigkeit [d.h. keine Potentialität] und verfassungspolitisch nicht mehr zu verhindernder Bedeutung“¹²⁰ verläuft. Die Formulierung „konkrete Anhaltspunkte von Gewicht, die einen Erfolg des gegen die Schutzgüter [...] gerichteten Handelns einer Partei zumindest möglich erscheinen lassen“¹²¹ weist einerseits mit der Formulierung „konkrete Anhaltspunkte“ in Richtung der Gefahr, andererseits deutet das „möglich erscheinen lassen“ in Richtung des Risikos. Nach dem Bundesverfassungsgericht soll eine konkrete Gefahr gerade nicht erforderlich sein. Wo genau im Vorfeld zur konkreten Gefahr die Eingriffsschwelle – die *Möglichkeit* erfolgreichen Agierens der Partei gegen die Schutzgüter des Art. 21 Abs. 2 GG – sich verorten lässt, bleibt diffus. Lässt sie sich in die tradierte Dogmatik einordnen oder hat das Bundesverfassungsgericht damit eine neue Figur erschaffen?

In einem ersten Schritt ist eine Negativbestimmung vorzunehmen, also die *Möglichkeit* zu dem abzugrenzen, was sie nicht sein soll – eine Gefahr. Eine Gefahr im polizeirechtlichen Sinne liegt vor, wenn eine Sachlage oder ein Verhalten bei ungehindertem Ablauf des zu erwartenden Geschehens mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein geschütztes Rechtsgut schädigen wird.¹²² Die hinreichende Wahrscheinlichkeit, die sowohl zur konkreten als auch zur abstrakten Gefahr gehört,¹²³ liegt zwi-

¹¹⁷ Siehe Ipsen, RuP 53 (2017), 3 (8); ders./Koch, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 21 Rn. 209; Klein, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 82. Lfg., Stand: Januar 2018, Art. 21 Rn. 526 (Schwelle liege „keineswegs niedrig“), 540a; Kluth, ZParl 48 (2017), 676 (686, 690); Towfigh/Keesen, in: Kahl/Waldhoff/Walter, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 7, 205. Lfg., Stand: Juli 2020, Art. 21 Rn. 712.

¹¹⁸ Vgl. Kliegel, in: Modrzejewski/Naumann, Linien der Rechtsprechung des BVerfG, Bd. 5, 2019, S. 375 (402 f.); Kingreen, Jura 2017, 499 (506); Leggewie/Lichdi/Meier, RuP 3 (2017), 324 (334). Lübke-Wolff, Verfassungsblog v. 13.10.2023, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/wehrhafte-demokratie/> (4.5.2024). Vermittelnd Streinz, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 21 Rn. 233a, das Kriterium der Potentialität erschwere zwar ein Parteiverbot, mache es aber nicht unmöglich.

¹¹⁹ Ähnlich Känner, KritV 1 (2019), 57 (63 f.); ebenso Albrecht, Publicus v. 1.2.2024, abrufbar unter <https://publicus.boorberg.de/wehrhafte-demokratie/> (4.5.2024).

¹²⁰ Kingreen, Jura 2017, 499 (506).

¹²¹ BVerfGE 144, 20 (224 f. Rn. 585 ff.); zuletzt bekräftigt durch BVerfG, Ur. v. 23.1.2024 – 2 BvB 1/19, Rn. 283.

¹²² Siehe nur Kingreen/Poscher, Polizeirecht, 12. Aufl. 2022, § 8 Rn. 2.

¹²³ Graulich, in: Bäcker/Denninger/Graulich, Handbuch des Polizeirechts, 7. Aufl. 2021, E. Rn. 132.

schen der Sicherheit und der nahezu, aber nicht völlig auszuschließenden Möglichkeit¹²⁴. Dabei gilt, dass je größer die drohende Schädigung ist, desto geringer die Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit sind, und dass umgekehrt die Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit wachsen, wenn die Bedeutung der drohenden Schädigung gering ist.¹²⁵ Nach dem Bundesverfassungsgericht verfügt eine Partei über Potentialität, d.h. über hinreichende Wirkungsmöglichkeiten, wenn ein Erreichen der von ihr verfolgten verfassungsfeindlichen Ziele nicht völlig aussichtslos erscheint, und sie von diesen Wirkungsmöglichkeiten auch Gebrauch macht.¹²⁶ Wenn also die *Möglichkeit* erfolgreichen verfassungsfeindlichen Agierens der Partei schon vorliegt, wenn ein Schaden für die Schutzgüter des Art. 21 Abs. 2 GG „nicht völlig aussichtslos erscheint“, kann keine hinreichende Wahrscheinlichkeit im Sinne des polizeirechtlichen Gefahrenbegriffs erforderlich sein.¹²⁷

In einem zweiten Schritt ist nun zu beleuchten, ob die *Möglichkeit* mit dem Risiko gleichgesetzt werden kann. Ein Risiko ist anzunehmen, wenn alles gegen die Wahrscheinlichkeit einer Schädigung spricht, diese aber auch nicht völlig auszuschließen ist; es ist Voraussetzung für Vorsorgemaßnahmen.¹²⁸ Der Unterschied zur Gefahr liegt darin, dass die Wahrscheinlichkeitsprognose nicht mit der gefahrdogmatisch erforderlichen Beurteilungssicherheit abgegeben werden kann.¹²⁹ Es genügt anders als bei der Gefahr, die auf konkrete Anhaltspunkte gegründet sein muss, die bloß abstrakte Möglichkeit eines Schadens.¹³⁰ Das Risiko stellt insofern eine Vorstufe zur Gefahr dar.¹³¹ Es löst zunächst Maßnahmen zur Steuerung und Begrenzung aus, während eine Gefahr durch die Gefahrenabwehrbehörden so schnell und effektiv wie möglich zu beseitigen ist.¹³² Damit passen die *Möglichkeit* und das Risiko einerseits zusammen als beide weniger als die hinreichende Wahrscheinlichkeit für einen Schadenseintritt voraussetzen. Andererseits müssen für die *Möglichkeit* im Sinne der Potentialität „konkrete Anhaltspunkte von Gewicht“ vorliegen.¹³³ Das in der Folge auszusprechende Verbot ist keine Maßnahme zur Steuerung und Begrenzung eines Risikos, das von der verfassungsfeindlich agierenden Partei ausgeht, sondern es beseitigt es.¹³⁴ Die *Möglichkeit* erfolgreichen Agierens der Partei gegen die Schutzgüter des Art. 21 Abs. 2 GG lässt sich somit weder der Gefahren- noch der Risikoebene eindeutig zuordnen. Das Bundesverfassungsgericht scheint hier eine in sich wider-

¹²⁴ Siehe nur *Kingreen/Poscher*, Polizeirecht, 12. Aufl. 2022, § 8 Rn. 7.

¹²⁵ Siehe nur *Kingreen/Poscher*, Polizeirecht, 12. Aufl. 2022, § 8 Rn. 7 m.w.N.

¹²⁶ BVerfG, Urt. v. 23.1.2024 – 2 BvB 1/19, Rn. 284.

¹²⁷ Nur so kann auch eine Abgrenzung zur Tatbestandsalternative der Gefährdung des Bestands der Bundesrepublik gelingen, denn für das Gefährden genügt entsprechend den polizeirechtlichen Grundsätzen die hohe Wahrscheinlichkeit der Beeinträchtigung des Schutzobjekts, vgl. *Morlok*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 21 Rn. 153.

¹²⁸ Der Risikobegriff wird im Detail unterschiedlich beschrieben, siehe nur *Kingreen/Poscher*, Polizeirecht, 12. Aufl. 2022, § 8 Rn. 6 m.w.N.

¹²⁹ Siehe *Di Fabio*, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, 1994, S. 105; vgl. auch *ders.*, Jura 1996, 566 (570); *Kahl*, DVBl. 2003, 1105 (1107 f.) m.w.N.

¹³⁰ *Volkman*, JZ 2004, 696 (701).

¹³¹ *Kahl*, DVBl. 2003, 1105 (1108) m.w.N.

¹³² Vgl. *Alter*, AöR 140 (2015), 571 (582); *Möstl*, Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, 2002, S. 260.

¹³³ Nach *Kingreen*, Jura 2017, 499 (506), grenzt das BVerfG damit das Parteiverbotsverfahren von der bloßen Risikovorsorge ab, die insbesondere durch die Verfassungsschutzbehörden geleistet wird, die die freiheitliche demokratische Grundordnung durch Informationsbeschaffung bereits im Vorfeld der Gefahrenabwehr zu schützen suchen.

¹³⁴ Vgl. *Alter*, AöR 140 (2015), 571 (582).

sprüchliche¹³⁵ neue „Zwitter-Figur“ zwischen den Ebenen geschaffen zu haben – die *konkrete Möglichkeit*.¹³⁶ Sie erfordert anders als die Gefahr konkrete Anhaltspunkte hinsichtlich der Möglichkeit, nicht des (hinreichend wahrscheinlichen) Schadenseintritts. In Abgrenzung zum Risiko geht es nicht um eine abstrakte, sondern konkrete Möglichkeit des Schadenseintritts, d.h. um eine Einzelfallbetrachtung.

In einem dritten Schritt ist die Frage zu beantworten, ob die *konkrete Möglichkeit* durch Nachschärfung seitens des Bundesverfassungsgerichts praktikabel gemacht werden, d.h. der innere Widerspruch aufgelöst werden kann, so dass das Parteiverbot seinem Zweck, Verfassungsschutz im Vorfeld zu gewährleisten, gerecht werden kann. Das Erfordernis der „konkreten Anhaltspunkte von Gewicht“ ist insofern durchaus sinnvoll, um zu verhindern, dass die Eingriffsschwelle zu weit nach vorne verlagert und das Parteiverbot zu einem unzulässigen Gesinnungs- oder Weltanschauungsverbot¹³⁷ wird. Es sind aber operationablere Indizien erforderlich, welche Anhaltspunkte genügen, und insofern bedarf es Klarstellung durch das Bundesverfassungsgericht. Dieses hat bisher zwar einen Orientierungsmaßstab gegeben, nämlich den Erfolg einer Partei bei Wahlen, dieser sollte aber wie folgt konkretisiert werden: Für die Potentialität muss die Möglichkeit von politischer Blockademacht genügen, denn diese kann systemgefährdend sein, wenn rechnerische Mehrheiten gegen eine extremistische Partei politisch immer heterogener werden müssen und dann durch faktische Handlungsunfähigkeit sowie innere Zerrüttung gerade den Stoff liefern, der Systemunzufriedenheit den Nährboden bereitet.¹³⁸ Insofern sollte die Möglichkeit, mehr als ein Drittel der *Sitze* in einem Landesparlament oder im Bundestag (nicht: mehr als ein Drittel der Stimmen) zu gewinnen, genügen. Bei der Frage, zu welchem Zeitpunkt diese Möglichkeit besteht, kann man sich an Umfragewerten und der Parteienforschung orientieren. Dabei soll die Potentialität nicht erst in dem Moment vorliegen, wenn eine Partei zum ersten Mal in einer Umfrage bei einer hypothetischen Wahl am nächsten Sonntag mindestens ein Drittel der Parlamentssitze gewinnen würde, sondern wenn sich eine solche Entwicklung konkret abzeichnet.¹³⁹ Mehr Beachtung finden müssen zudem Verfassungsschutzberichte.

¹³⁵ Ähnlich *Leggewie/Lichdi/Meier*, RuP 3 (2017), 324 (336), die kritisieren, die Potentialität begnüge sich mit einem Erfolg, der „nicht völlig ausgeschlossen“ werden kann. Bezogen darauf aber könnten die „konkreten Anhaltspunkte von Gewicht“ weder konkret werden noch ein Gewicht erlangen.

¹³⁶ Angelehnt an *Gärditz*, in: *Stern/Sodan/Möstl*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Bd. 1, 2. Aufl. 2022, § 11 Rn. 128, könnte man diese Figur außerhalb der tradierten Dogmatik in einem „besonderen Demokratie-Risikoverwaltungsrecht“ verorten.

¹³⁷ Näher *Alter*, AöR 140 (2015), 571 (583 ff.).

¹³⁸ Nach *Gärditz*, *Blätter für deutsche und internationale Politik* 11 (2023), 37 (37 f.); zum Gefährdungspotential durch „systemfeindliche Sperrminoritäten“ *ders.*, NJW 2024, 407 (408).

¹³⁹ Aktuell ist die Potentialität der AfD bundesweit bzw. zumindest in den östlichen Bundesländern wohl gegeben. Schwierig nachzuweisen wäre ihre Verfassungsfeindlichkeit, denn sie hat (anders als die frühere NPD) kein verfassungsfeindliches Programm. Anknüpfungspunkte wären u.a. Äußerungen ihrer Funktionäre und deren Vernetzungen mit der rechtsextremistischen Szene, so *Möllers*, siehe *Laudenbach*, SZ Nr. 285 v. 11.12.2023, S. 10 f., abrufbar unter <https://www.sueddeutsche.de/kultur/afd-verbotsverfahren-verfassungsjurist-christoph-moellers-1.6315929> (21.5.2024); *Waldhoff* im ZDF „Heute Journal“ v. 11.1.2024, abrufbar unter <https://www.zdf.de/nachrichten-sendungen/heute-journal/heute-journal-vom-11-januar-2024-100.html> (21.5.2024); *Papier* im Interview mit *Jahberg/Müller-Neuhof*, Tagesspiegel Nr. 25486 v. 13.1.2024, S. 17, abrufbar unter <https://www.tagesspiegel.de/politik/ex-verfassungsgerichtsprasident-hans-jurgen-papier-einen-verbotsantrag-gegen-die-afd-halte-ich-fur-falsch-11039719.html> (9.5.2024). Nicht zuzustimmen ist *Rath*, LTO v. 11.3.2024, abrufbar unter https://www.lto.de/persistent/a_id/54075/ (9.5.2024), nach dem mit einem Verbotsantrag gewartet werden sollte, bis etwa in AfD-regierten Bundesländern andere Parteien systematisch an der Arbeit gehindert werden oder wenn die Gerichte personell auf Parteilinie gebracht werden. Eine von der AfD ausgehende Gefahr für die Verfassung ablehnend *Hufen*, FAZ Nr. 21 v. 25.1.2024, S. 6, abrufbar unter <https://www.faz.net/einspruch/keine-wirkliche-gefahr-fuer-die-verfassung-19471243.html> (21.5.2024).

Wenn Teilorganisationen¹⁴⁰ oder einzelne Landesverbände¹⁴¹ als gesichert rechtsextremistisch eingestuft sind, sollte dies gewichtiges Indiz sein.¹⁴² Sicherlich können Verfassungsschutzberichte nicht die Tatsachenermittlung und Beweisaufnahme durch das Bundesverfassungsgericht ersetzen. Zumindest richtungsweisend ist aber auch ihre Auswertung durch die Verwaltungsgerichte in Verfahren um Einstufungen der Verfassungsschutzbehörden.¹⁴³ Im Hinblick auf extremistische Landesverbände sollte schon bei der Möglichkeit der Beeinträchtigung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung in *einem* Bundesland ein Verbot für die Gesamtpartei in Betracht kommen. Zwar kann ein Landesverband allein die freiheitliche demokratische Ordnung des Grundgesetzes kaum „aus den Angeln“ heben, jedoch können Erfolge in einem Bundesland „die Möglichkeit solcher Erfolge auch in anderen Bundesländern“ indizieren.¹⁴⁴ Schon wenn ein Bundesland in den Extremismus kippt, wäre die Grundordnung gefährdet, weil im föderalistischen Staat die Länder die Hauptverantwortung für die Machtmittel der Exekutive tragen (vgl. Art. 83–90 GG).¹⁴⁵ Im Übrigen kann das Bundesverfassungsgericht infolge eines Verbotsantrags bezogen auf die Gesamtpartei nach § 46 Abs. 2 BVerfGG auch ein Teilverbot aussprechen.¹⁴⁶

Bei alldem sollte miteinbezogen werden, dass effektive abgesonderte „Machträume“ einer Partei, d.h. die Staatsgewalt exkludierende Bereiche, auch virtueller Natur sein – man denke etwa an Telegram-Gruppen – und so auf das politische Gemeinwesen Einfluss gewinnen können.¹⁴⁷

¹⁴⁰ In Bezug auf die Einstufung der AfD-Jugendorganisation, der Jungen Alternative, als gesichert extremistische Bestrebung durch das Bundesamt für Verfassungsschutz ist strittig, ob ein Vereinsverbot nach Art. 9 Abs. 2 GG oder ein Verbotsantrag nach Art. 21 Abs. 2 GG möglich wäre. Für ersteres *Steinke*, SZ Nr. 19 v. 24.1.2024, S. 5, abrufbar unter <https://www.sueddeutsche.de/politik/afd-jugendorganisation-verbot-1.6337095> (21.5.2024); für letzteres *Möllers* im Interview mit *Steinke*, SZ Nr. 22 v. 27./28.1.2024, S. 2, abrufbar unter <https://www.sueddeutsche.de/projekte/artikel/politik/afd-verbot-verfassungsjurist-christoph-moellers-interview-e737105/> (21.5.2024); *Groh*, Verfassungsblog v. 15.2.2024, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/das-kleine-partei-verbot/> (9.5.2024).

¹⁴¹ Bisher wurden durch die Verfassungsschutzbehörden die AfD-Landesverbände Thüringen, Sachsen und Sachsen-Anhalt als „gesichert rechtsextrem“ und die Landesverbände Bayern, Baden-Württemberg, Hessen, Niedersachsen und Brandenburg jeweils als „Verdachtsfall“ eingestuft.

¹⁴² Kritisch *Leggewie/Meier*, FAZ Nr. 40 v. 16.2.2024, S. 14, abrufbar unter <https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/debatten/clauss-leggewie-zum-nutzen-des-verfassungsschutzes-19521955.html> (21.5.2024).

¹⁴³ Siehe zur Einstufung der AfD als Verdachtsfall durch das Bundesamt für Verfassungsschutz *VG Köln* NVwZ 2023, 279; bestätigt durch OVG Münster, Urt. v. 13.5.2024 – 5 A 1216/22, 5 A 1217/22 und 5 A 1218/22.

¹⁴⁴ *Lübbe-Wolff*, Verfassungsblog v. 13.10.2023, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/wehrhafte-demokratie/> (9.5.2024); zustimmend *Hong*, Verfassungsblog v. 7.2.2024, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/grundrechtsverwirkung-und-parteiverbote-gegen-radikale-afd-landesverbände-ii/> (9.5.2024).

¹⁴⁵ So *Gärditz* im Interview, FAZ Nr. 36 v. 10.9.2023, S. 5, abrufbar unter <https://www.faz.net/aktuell/politik/inland/afd-staatsrechtler-ferdinand-gaerditz-fordert-ein-verbot-der-partei-19159877.html> (21.5.2024); *ders.*, Blätter für deutsche und internationale Politik 11 (2023), 37 (40); zustimmend *Hong*, Verfassungsblog v. 7.2.2024, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/grundrechtsverwirkung-und-parteiverbote-gegen-radikale-afd-landesverbände-ii/> (9.5.2024); a.A. *Hufen*, FAZ Nr. 21 v. 25.1.2024, S. 6, abrufbar unter <https://www.faz.net/einspruch/keine-wirkliche-gefahr-fuer-die-verfassung-19471243.html> (21.5.2024).

¹⁴⁶ Für die Zulässigkeit schon der Begrenzung des Verbotsantrags auf eine Teilgliederung wie einen Landesverband *Gärditz*, Blätter für deutsche und internationale Politik 11 (2023), 37 (40); *Hong*, Verfassungsblog v. 7.2.2024, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/grundrechtsverwirkung-und-parteiverbote-gegen-radikale-afd-landesverbände-ii/> (9.5.2024); *Lübbe-Wolff*, Verfassungsblog v. 13.10.2023, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/wehrhafte-demokratie/> (9.5.2024); *Rath*, taz v. 18.8.2023, abrufbar unter <https://taz.de/Debatte-um-Teilverbot-der-AfD/!5950428/> (9.5.2024). Gegen die Zulässigkeit und für die Notwendigkeit einer Änderung des § 43 Abs. 1 BVerfGG de lege ferenda *Heußner/Pautsch/de Haan*, NJ 2024, 97 (98 f.).

¹⁴⁷ Auf eine zunehmend virtualisierte Öffentlichkeit weist auch *Fahrner*, Die freiheitlich demokratische Grundordnung, 2023, S. 271, hin.

Es zeigt sich, dass die *konkrete Möglichkeit* so nachgeschärft werden kann, dass das Parteiverbot weit im Vorfeld einer Gefahr greifen kann, ohne Gesinnungs- und Weltanschauungsverbot zu sein. Die erforderlichen Anhaltspunkte müssen konkret sein, doch sie müssen sich „nur“ auf die Möglichkeit beziehen. Den mit einem weit vorverlagerten Präventionstatbestand verbundenen Gefahren des Ausuferns und des Missbrauchs kann mit deutlichen Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts, strengen Beweisanforderungen sowie umfänglichen Verfahrenssicherungen entgegengewirkt werden.¹⁴⁸

e) Einwände

aa) Demokratiewidrigkeit

Ein Parteiverbot wird oft als demokratiewidrig kritisiert, da dadurch den Wählern der betroffenen Partei faktisch ihre Stimme entzogen und ein inhaltliches Angebot aus dem politischen Diskurs entfernt würde. Mitglieder und Wähler würden darauf wahrscheinlich nur mit massiver Frustration und weiterer Radikalisierung reagieren. Die Demokratie solle primär mit politischen Maßnahmen verteidigt werden.¹⁴⁹ Das Verbot sei das Mittel desjenigen, der sich nicht mehr zu helfen weiß.¹⁵⁰

Diese Argumentation verkennt, dass extremistische Parteien die Politik stets vor ein Dilemma stellen: Wenn man sie gewähren lässt, könnten sie an Einfluss gewinnen; wenn man sie verbietet, könnten sie sich als Opfer stilisieren und ihre Anhängerschaft mobilisieren.¹⁵¹ Man kann aber nicht eine verfassungsfeindliche Partei zulassen, weil man Angst vor den Folgen des Verbots hat.¹⁵² Das Parteiverbot hat schlicht einen realistischen Blick auf die Menschen, die ihre Wahlentscheidung aus sehr heterogenen Gründen – etwa Ideologie, Frustration über politische Institutionen, antiautoritärer Protest oder Verlustängste – treffen und dabei selbst ein unvermeidbares Risiko des demokratischen Prozesses bleiben.¹⁵³ Demokratische Willensbildung kann und soll politische Klugheit nicht garantieren; auf eine gewisse Mindestklugheit ist der Rechtsstaat aber angewiesen und eine Demokratie braucht auch Regeln für den Enttäuschungsfall.¹⁵⁴ Das Parteiverbot ist eine solche und insofern ein legitimes Instrument, um Extremismus an der Wahlurne kleinzuhalten. Der Ausschluss der von der Partei repräsentierten Ideen greift zwar in das Wahlsystem ein,¹⁵⁵ ist aber als ein notwendiges Übel hinzunehmen.¹⁵⁶ Im Übrigen werden Meinungen keineswegs komplett aus dem gesellschaftlichen Diskurs ausgeschlossen, nur aus dem Wettbewerb um die Teilhabe an der Herrschaft, nicht aber aus dem von der Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG) geschützten Bereich, denn dieser erfasst auch verfassungsfeindliche Positionen¹⁵⁷. Die Instrumente der wehrhaften Demokratie wol-

¹⁴⁸ Vgl. *Streinz*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 21 Rn. 233.

¹⁴⁹ Vgl. v. *Lucke*, Blätter für deutsche und internationale Politik 9 (2023), 5 (7).

¹⁵⁰ v. *Altenbockum*, FAZ Nr. 14/3 v. 17.1.2024, S. 1, abrufbar unter <https://www.faz.net/aktuell/politik/afd-verbot-das-mittel-derer-die-sich-nicht-mehr-zu-helfen-wissen-19452963.html> (21.5.2024).

¹⁵¹ So *Steinbeis*, Tagesthemen v. 19.1.2024, abrufbar unter <https://www.tagesschau.de/multimedia/sendung/tagesthemen/video-1296422.html> (9.5.2024).

¹⁵² So *Möllers*, siehe *Laudenbach*, SZ Nr. 285 v. 11.12.2023, S. 10 f., abrufbar unter <https://www.sueddeutsche.de/kultur/afd-verbotsverfahren-verfassungsjurist-christoph-moellers-1.6315929> (21.5.2024).

¹⁵³ *Gärditz*, Blätter für deutsche und internationale Politik 11 (2023), 37 (38).

¹⁵⁴ Siehe *Gärditz*, NJW 2024, 407 (411).

¹⁵⁵ Vgl. *Shirvani*, Das Parteienrecht und der Strukturwandel im Parteiensystem, 2010, S. 291.

¹⁵⁶ *Gärditz*, in: Dietrich u.a., Handbuch Sicherheits- und Staatsschutzrecht, 2022, § 32 Rn. 8.

¹⁵⁷ BVerfGE 85, 1 (16); 90, 241 (248 f.); 93, 266 (293 f.); 124, 300 (320 f.); *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Kommentar, 17. Aufl. 2022, Art. 5 Rn. 5; *Kaiser*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 5

len kein Ende der politischen Vielfalt; die Verfassung der Mitte stellt mit ihrer Hilfe Staat und Gesellschaft vor die Aufgabe, sich über die Bedingungen und Grenzen des demokratischen Diskurses zu verständigen und dadurch dessen Fortbestand zu sichern.¹⁵⁸ Der Staat sollte verfassungsfeindliche Aktivitäten, die man grundrechtlich hinnehmen muss, nicht auch noch aktiv fördern.¹⁵⁹ Ein Parteiverbotsantrag ist kein Ersatz für überzeugende Politik und inhaltliche Auseinandersetzung. In Begleitung von Öffentlichkeitsarbeit kann er der Demokratie aber eine „Atempause“ verschaffen.¹⁶⁰ Zukünftige Verbotsverfahren würden vermutlich auch nicht so lange dauern wie noch bei der NPD.¹⁶¹

bb) Grundrechtsverwirkung nach Art. 18 GG

In der Diskussion um den Umgang mit extremistischen Parteien und deren Mitglieder wird die Grundrechtsverwirkung gem. Art. 18 GG als vorteilhaft gegenüber einem Parteiverbot erachtet.¹⁶² Die Feststellung der Verwirkung durch das Bundesverfassungsgericht (vgl. § 39 Abs. 1 BVerfGG) hat kein Verbot der Grundrechtsausübung zur Folge, sie nimmt dem Betroffenen „nur“ die Möglichkeit, sich auf diese zu berufen.¹⁶³ Sie kann nach § 39 Abs. 2 BVerfGG mit der Aberkennung des Wahlrechts, der Wählbarkeit und der Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter verbunden werden.¹⁶⁴ Damit ermögliche die Grundrechtsverwirkung, gezielt die Wirkungsmöglichkeiten derjenigen zu beschneiden, denen tatsächlich ein relevanter Missbrauch vorgeworfen werden kann und ferner erfordere es

Abs. 1, Abs. 2 Rn. 60; *Starck/Paulus*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 5 Rn. 76.

¹⁵⁸ Siehe *Voßkuhle*, Die Verfassung der Mitte, 2016, S. 32.

¹⁵⁹ *Gärditz*, NJW 2024, 407 (411); *ders.*, FAZ Nr. 255 v. 2.11.2023, S. 12, abrufbar unter <https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/debatten/das-staatsverstaendnis-des-neuen-stiftungsgesetzes-19283490.html> (21.5.2024).

¹⁶⁰ So *Wanderwitz*, zitiert von *Amann u.a.*, Der Spiegel Nr. 46 v. 11.11.2023, S. 8, abrufbar unter <https://www.spiegel.de/politik/deutschland/afd-hoehenflug-hilft-jetzt-nur-noch-ein-parteeiverbot-a-cc651f72-fead-4d82-87ba-80af198df0f1?context=issue> (21.5.2024); vgl. auch *Möllers* im Interview mit *Laudenbach*, SZ Nr. 285 v. 11.12.2023, S. 10 f., abrufbar unter <https://www.sueddeutsche.de/kultur/afd-verbotsverfahren-verfassungsjurist-christoph-moellers-1.6315929> (21.5.2024); *Fischer-Lescano*, Verfassungsblog v. 18.1.2024, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/afd-verbotsverfahren-als-demokratische-pflicht/> (9.5.2024).

¹⁶¹ So *Gärditz* im Interview, FAZ Nr. 36 v. 10.9.2023, S. 5, abrufbar unter <https://www.faz.net/aktuell/politik/inland/afd-staatsrechtler-ferdinand-gaerditz-fordert-ein-verbot-der-partei-19159877.html> (21.5.2024); ebenso *Fischer-Lescano*, Verfassungsblog v. 18.1.2024, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/afd-verbotsverfahren-als-demokratische-pflicht/> (9.5.2024).

¹⁶² So *Lübbe-Wolff*, Verfassungsblog v. 13.10.2023, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/wehrhafte-demokratie/> (9.5.2024). Jüngst erlangte eine Petition der Plattform Campact, die fordert, dem Thüringer AfD-Chef *Björn Höcke* die Grundrechte zu entziehen, große mediale Aufmerksamkeit.

¹⁶³ Statt vieler *Gärditz*, in: Stern/Sodan/Möstl, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Bd. 3, 2. Aufl. 2022, § 92 Rn. 8; *Pagenkopf*, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 18 Rn. 13. A.A. etwa v. *Coelln*, in: Stern/Becker, Grundrechte-Kommentar, 4. Aufl. 2024, Art. 18 Rn. 26; wohl auch *Brenner*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 18 Rn. 23. Nicht betroffen wären die EMRK- und EuGRCh-Grundrechte, siehe nur *Barczak*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 18 Rn. 11.

¹⁶⁴ § 39 Abs. 2 BVerfGG wird z.T. für verfassungswidrig gehalten, da das Wahlrecht nicht explizit in Art. 18 GG aufgeführt ist, siehe nur *Butzer*, in: BeckOK GG, Stand: 15.1.2024, Art. 18 Rn. 14.1 m.w.N.; anders etwa v. *Coelln*, Verfassungsblog v. 22.1.2024, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/keine-grundrechtsverwirkung-statt-parteeiverbot/> (9.5.2024); *Dürig/Klein*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 81 Lfg., Stand: September 2017, Art. 18 Rn. 33. Wegen der dadurch erzeugten Unsicherheiten sprechen sich *Heußner/Pautsch/de Haan*, NJ 2024, 97 (102), für eine Ergänzung des Wortlauts des Art. 18 GG um das aktive und passive Wahlrecht aus.

weniger umfangreiche Ermittlungen, wäre also schneller durchführbar als ein Verbotsverfahren.¹⁶⁵

Im Hinblick auf die Anwendung der Grundrechtsverwirkung auf Parteien bzw. einzelne Parteipolitiker stellt sich allerdings die Frage, ob Art. 21 Abs. 2–4 GG dem nicht entgegensteht.¹⁶⁶ Dies wird zum Teil nicht nur für Verwirkungsverfahren gegen die Partei selbst angenommen, sondern auch für solche gegen Mitglieder und Funktionäre, soweit damit auf Tätigkeiten reagiert wird, die für die Partei vorgenommen werden, denn dies würde das Parteienprivileg aushöhlen.¹⁶⁷ Ein Verwirkungsverfahren für Parteimitglieder oder Funktionäre käme nur in Betracht, wenn es Aktivitäten betrifft, die mit der Parteiarbeit nichts zu tun haben oder sich deutlich von der Parteilinie unterscheiden.¹⁶⁸ Dies geht indes zu weit. Das Parteienprivileg schließt die Anwendung des Art. 18 GG auf Parteimitglieder nicht aus.¹⁶⁹ Art. 18 GG ist auch auf individuelle Parteiaktivitäten anwendbar und ergänzt insoweit die Instrumente aus Art. 21 Abs. 2, 4 GG.¹⁷⁰ Das Parteiverbotsmonopol des Bundesverfassungsgerichts schützt nicht vor jeder Anwendung rechtlich vorgesehener Möglichkeiten individueller Sanktionierung und Prävention verfassungsfeindlichen Handelns.¹⁷¹ Es wäre mit der Sicherung der praktischen Wirksamkeit des Grundsatzes der wehrhaften Demokratie, für die das Grundgesetz eine breite Palette an Reaktions- und Wahlmöglichkeiten zur Verfügung stellen wollte, unvereinbar und würde dem Sinn und Zweck des Art. 18 GG zuwiderlaufen, wenn Art. 18 GG ausgerechnet auf die gefährlichsten Verfassungsfeinde, nämlich diejenigen in hohen Parteiämtern, praktisch nicht anwendbar wäre, sondern deren kommunikative Aktivitäten allein mit einem Verbot der Partei bekämpft werden könnten.¹⁷²

Nichtsdestotrotz ist die Verwirkung im Umgang mit extremistischen Parteipolitikern nicht ein geeigneteres Mittel als ein Parteiverbot. Die Hürden sind ähnlich hoch, so ist gleichfalls maßgeblich, ob die betroffene Person inhaltlich verfassungsfeindliche Positionen vertritt und damit so viel Einfluss zu erlangen droht, dass sie dadurch eine potentialitätsbegründende Gefährdung für die Demokratie begründet.¹⁷³ Außerdem könnte ein Verwirkungsverfahren ohne gleichzeitiges Parteiverbot

¹⁶⁵ Siehe *Lübbe-Wolff*, Verfassungsblog v. 13.10.2023, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/wehrhafte-demokratie/> (9.5.2024).

¹⁶⁶ Etwa v. *Coelln*, Verfassungsblog v. 22.1.2024, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/keine-grundrechtsverwirkung-statt-parteeiverbot/> (9.5.2024); *Barczak*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 18 Rn. 61.

¹⁶⁷ *Brenner*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Kommentar, 7. Aufl. 2018, Art. 18 Rn. 74 f.; v. *Coelln*, in: Stern/Becker, Grundrechte-Kommentar, 4. Aufl. 2024, Art. 18 Rn. 39 f.

¹⁶⁸ *Krebs/Kotzur*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2021, Art. 18 Rn. 28 Fn. 121.

¹⁶⁹ Wie hier *Lübbe-Wolff*, Verfassungsblog v. 13.10.2023, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/wehrhafte-demokratie/> (9.5.2024). Nach *Heußner/Pautsch/de Haan*, NJ 2024, 97 (102), ist durch Verfassungsänderung in Art. 18 GG eine dahingehende Klarstellung dringend geboten.

¹⁷⁰ Wie hier *Hong*, Verfassungsblog v. 6.2.2024, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/grundrechtsverwirkung-und-parteeiverbote-gegen-radikale-afd-landesverbände-i/> (9.5.2024); ebenso *Vöney*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 6, 177. Lfg., Stand: Februar 2016, Art. 18 Rn. 112; wohl auch *Gärditz*, in: Stern/Sodan/Möstl, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Bd. 3, 2. Aufl. 2022, § 92 Rn. 26.

¹⁷¹ Näher *Lübbe-Wolff*, Verfassungsblog v. 13.10.2023, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/wehrhafte-demokratie/> (9.5.2024).

¹⁷² *Hong*, Verfassungsblog v. 6.2.2024, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/grundrechtsverwirkung-und-parteeiverbote-gegen-radikale-afd-landesverbände-i/> (9.5.2024).

¹⁷³ Vgl. *Hong*, Verfassungsblog v. 6.2.2024, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/grundrechtsverwirkung-und-parteeiverbote-gegen-radikale-afd-landesverbände-i/> (9.5.2024); insb. zur Potentialität *Barczak*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 18 Rn. 47 f.; *Gärditz*, in: Stern/Sodan/Möstl, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Bd. 3, 2. Aufl. 2022, § 92 Rn. 12; *Lübbe-Wolff*, Verfassungsblog v. 13.10.2023, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/wehrhafte-demokratie/>

nicht verhindern, dass der Betroffene weiterhin informell Einfluss auf die Partei nehmen¹⁷⁴ oder sogleich durch eine radikalere Person ersetzt werden könnte¹⁷⁵. Bei einer großen Anzahl von Extremisten in einer Partei wären Massenverwirkungsverfahren erforderlich. Die Grundrechtsverwirkung würde sich nur anbieten, um gegen Zentralfiguren einer extremistischen Szene vorzugehen und deren politischen Agitationsradius gezielt zu beschränken.¹⁷⁶ Auch in diesem Fall sind die Rechtsfolgen jedoch begrenzt, weil eine Grundrechtsverwirkung die einfachgesetzlichen Betätigungsmöglichkeiten nach Vereins-, Versammlungs-, Gewerbe- oder Beamtenrecht von vornherein unberührt lässt.¹⁷⁷ Zuletzt lässt sich individuellem Extremismus jenseits der politischen Auseinandersetzung bereits wirksam mit dem „Frühwarnsystem“ des Verfassungsschutzes und dem Staatsschutzstrafrecht begegnen.¹⁷⁸ Im Umgang mit extremistischen Parteien ist deshalb das Parteiverbot, bei fehlender Potentialität der Finanzierungsausschluss, das effektivste Instrument.

IV. Schluss

Aufgeworfen wurde die Frage, ob es vor dem Hintergrund einer deutlich verschärften Bedrohungslage für den freiheitlichen demokratischen Verfassungsstaat schärferer Grenzen für radikale, extremistische bzw. verfassungsfeindliche Parteien bedarf. Für die politischen Parteien und deren Mitglieder, deren Freiheit und Gleichheit ein hohes Gut ist (Art. 21 Abs. 1 GG) und die sich auch auf die Kommunikationsgrundrechte (insbesondere Art. 5, 8 i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG) berufen können, ist – wie für natürliche Personen – vom Leitbild der liberalen, offenen Demokratie auszugehen. Zugleich sind aber auch die Sonderrolle der Parteien als Vermittler im intermediären Sektor zwischen Gesellschaft und Staat und der Grundsatz der wehrhaften Demokratie (bezogen auf die Parteien: Art. 21 Abs. 2–4 GG) gebührend zu berücksichtigen und können insoweit Grenzen ziehen.

In Zeiten des (drohenden) „democratic backsliding“ bedarf es einer erhöhten Wachsamkeit und einer Stärkung des Präventionsgedankens, sei es durch Verfassungsänderung (siehe Art. 21 Abs. 3 GG in der Fassung von 2017), sei es durch dogmatische Nachschärfung des geltenden Rechts (Art. 21 Abs. 2 GG) durch Wissenschaft und vor allem Verfassungsrechtsprechung.¹⁷⁹ Mit Blick auf die – im Lichte des NPD II-Urteils des Bundesverfassungsgerichts zu hohen, jedenfalls teilweise unklaren – Hürden für ein Parteiverbot ist zunächst beim Verständnis der freiheitlichen demokratischen Grund-

demokratie/ (9.5.2024); Vöney, in: Kahl/Waldhoff/Walter, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 6, 177. Lfg., Stand: Februar 2016, Art. 18 Rn. 50.

¹⁷⁴ So Thiele zitiert von Kolter, LTO v. 12.1.2024, abrufbar unter https://www.lto.de/persistent/a_id/53628/ (9.5.2024).

¹⁷⁵ Im Hinblick auf den Thüringer AfD-Landesvorsitzenden Höcke weist Voß, FAZ Nr. 21 v. 25.1.2024, S. 13, abrufbar unter <https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/medien/afd-demos-und-demokratie-im-dilemma-wer-gehoert-zu-deutschland-19470945.html> (21.5.2024), darauf hin, dass „ein neuer Hitler [...] und auch kein neuer Trump“ – also eine für die extremistische Bewegung unverzichtbare Person – „da jedenfalls [...] nicht heran[wächst]“.

¹⁷⁶ Gärditz, NJW 2024, 407 (411).

¹⁷⁷ Gärditz, NJW 2024, 407 (411); ders., in: Dietrich u.a., Handbuch Sicherheits- und Staatsschutzrecht, 2022, § 32 Rn. 51; Höfling/Krings, in: Friauf/Höfling, Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Stand: Dezember 2023, Art. 18 Rn. 51; Rupp, in: Hablitzel/Wollenschläger, FS Küchenhoff, 1972, S. 653 (661 f.).

¹⁷⁸ Gärditz, in: Dietrich u.a., Handbuch Sicherheits- und Staatsschutzrecht, 2022, § 32 Rn. 59. Die Sperrwirkung des Art. 21 GG steht einer Bestrafung wegen Verstoßes gegen allgemeine Gesetze auch im Rahmen einer Parteitätigkeit nicht entgegen, siehe Streinz, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 21 Rn. 220.

¹⁷⁹ Zur Resilienz der Verfassung im Ganzen und gebotenen Nachjustierungen durch Verfassungsänderungen siehe Gärditz, NJW 2024, 407 ff.

ordnung anzusetzen: Hier ist noch deutlicher erstens der Schutz der Menschenwürde gerade von Minderheiten, zweitens der Schutz des demokratischen Vertrauens in den politischen Diskurs unter den Bedingungen von Digitalisierung, Social Media und KI (Stichworte: „alternative facts“, „fake news“, „deep fakes“, etc.) und drittens der Schutz der Integrität staatlicher Einrichtungen, insbesondere Verfassungsorgane, vor systematischer Hetze und Delegitimation (Stichwort: „Tiefer Staat“, „Unrechtsregime“, „Diktatur“) zu akzentuieren. Darüber hinaus bedarf es einer Klarstellung, gegebenenfalls behutsamen richter-rechtlichen Absenkung des Potentialitätskriteriums im (schmalen) Auslegungskorridor, den Wortlaut und Systematik von Art. 21 (Abs. 2 und 3) GG lassen.

Aufs Ganze gesehen korrespondiert mit den Prinzipien von Offenheit, Freiheit und Gleichheit im gesellschaftlichen Bereich, in dem auch die Parteien wurzeln, das den Prinzipien von Wehrhaftigkeit und Prävention im Allgemeinen und der Sonderrolle der Parteien für die politische Willensbildung als Scharniere zwischen Gesellschaft und Staat im Besonderen geschuldete Erfordernis eines effektiven und vor allem präventiven Menschen- und Institutionenschutz vor die Freiheit und Gleichheit aller bedrohenden und auf Systemveränderung ausgehenden Extremisten. Diese sensible und komplexe Spannungslage gilt es, den Herausforderungen der jeweiligen Situation entsprechend im Sinne der Herstellung praktischer Konkordanz (*Konrad Hesse*) in regelmäßigen Abständen zu evaluieren und gegebenenfalls behutsam nachzujustieren. Beim (Nicht-)Gebrauchmachen der hier ausschließlich beleuchteten parteirechtlichen Instrumente, aber auch der sonstigen, arrondierenden Instrumente, etwa Schutz der Integrität des öffentlichen Dienstes (Art. 33 Abs. 5 GG)¹⁸⁰ und des Wahlrechts sowie angemessene personelle und finanzielle Ausstattung der Gerichte und der Verwaltung¹⁸¹, sind stets politische Klugheitsregeln zu beachten und Augenmaß zu bewahren. Ein Parteienfinanzierungsausschluss oder Parteiverbot kommt dabei wegen seiner „demokratieverkürzenden“ (BVerfG) Wirkung stets nur mit Ergänzungsfunktion (*ultima ratio*) in Betracht.¹⁸² In erster Linie muss die Politik der demokratischen Parteien darauf gerichtet bleiben, verloren gegangenes Vertrauen in ihre zutreffende Problemwahrnehmung und vor allem in ihre Problemlösungskompetenz dringend wiederherzustellen. Sie darf sich nicht weiter (aus Sicht vieler Wählerinnen und Wähler) vorrangig mit Fragen beschäftigen, die die Mehrheit der Bevölkerung nicht oder höchstens am Rande interessieren, sondern muss sich den zentralen und drängenden, wenngleich besonders schwierigen, gesellschaftlichen Herausforderungen (insbesondere unkontrollierte illegale Migration) ernsthaft stellen und hierauf ehrliche, transparente Antworten liefern bzw. jedenfalls erklären, warum es diese Antworten auf die Schnelle im rein nationalen Rahmen im Einzelfall möglicherweise nicht geben kann.¹⁸³

¹⁸⁰ Dazu – mit konkreten Reformvorschlägen – *Gärditz*, NJW 2024, 407 (410).

¹⁸¹ Hierzu *Gärditz*, NJW 2024, 407 (411).

¹⁸² Wie hier *Shirvani*, NJW 2024, 624 (625 f.).

¹⁸³ Vgl. *Gärditz*, NJW 2024, 407 (411).