

Prof. Dr. Hans Herbert von Arnim
Im Oberkämmerer 26
67346 Speyer
Tel. 06232 98123
Mail: vonarnim@dhv-speyer.de

An das Bundesverfassungsgericht
Schloßbezirk 3
76131 Karlsruhe

**Beschwerde gegen die Zurückweisung meines Einspruchs gegen die
Gültigkeit der deutschen Wahl zum Europäischen Parlament vom
7. Juni 2009 durch den Bundestag**

Hiermit erhebe ich gemäß § 26 Abs. 3 EuWG, § 48 Abs. 1 und 3 BVerfGG, Art. 41
Abs. 2 GG

Beschwerde

gegen die Zurückweisung meines Einspruchs gegen die Gültigkeit der Wahl der
deutschen Abgeordneten bei der Europawahl vom 7. Juni 2009 durch den
Deutschen Bundestag.

Die Beschwerde betrifft die Fünfprozentklausel und die starren Wahllisten, die
trotz ihrer Verfassungswidrigkeit bei der Ermittlung der Mandate zugrunde gelegt
wurden und so das Wahlergebnis verfälschen.

Anträge

Ich beantrage,

1. den Bescheid des Bundestags vom 8.7.2010, mit welchem mein Einspruch zurückgewiesen wurde (**Anlage 1**), aufzuheben,

2. festzustellen, dass § 2 Abs. 7 EuWG (Fünfprozentklausel) gegen das Recht der Bürger, die Abgeordneten zu wählen, den streng auszulegenden Gleichheitssatz im politischen Wettbewerb und gegen das Demokratieprinzip (Art. 3 Abs. 1, 20 Abs. 1 und 2, 21 Abs. 1 und 38 Abs. 1 Satz 1 [sinngemäß], Art. 79 Abs. 3 GG) verstößt,

a) weil die Klausel Kandidaten kleinerer Parteien und politischer Vereinigungen ohne zwingenden Grund den Zugang zum Europäischen Parlament verwehrt und die für sie abgegebenen Stimmen den Kandidaten anderer Parteien zugute kommen,

b) hilfsweise, weil die Klausel statt auf die einzelnen Bundesländer auf das ganze Bundesgebiet bezogen ist und deshalb politische Vereinigungen mit regionalem Schwerpunkt (wie die Freien Wähler) ohne zwingenden Grund ausschließt und Regionalparteien (wie der CSU) den Zugang ohne zwingenden Grund erschwert,

3. das Ergebnis der Wahl unter Nichtanwendung der Fünfprozentklausel, hilfsweise: unter Anwendung einer auf die einzelnen Bundesländer bezogenen Fünfprozentklausel, neu zu berechnen,

4. festzustellen, dass § 2, insbesondere Abs. 5, §§ 9, 15 und 16 EuWG (starre Listen) gegen das verfassungsrechtliche Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG), gegen die Grundsätze der Wahl der Abgeordneten durch das Volk sowie der Unmittelbarkeit und Freiheit der Wahl (siehe Art. 28 Abs. 1 Satz 2, 38 Abs. 1 Satz 1 GG) und der Gleichheit der Wählbarkeit (Art. 3 Abs. 1 und 20 Abs. 1 und 2 GG) verstoßen, und sie gemäß § 26 Abs. 2 EuWG sowie § 1 WahlPrG für ungültig zu erklären und eine Wiederholungswahl gemäß §§ 4 EuWG, 44 BWG anzuordnen.

I. Gliederung.....	3
II. Überblick.....	4
1. Fünfprozentklausel.....	4
2. Starre Listen.....	12
III. Zulässigkeit der Beschwerde.....	13
IV. Begründetheit der Beschwerde.....	16
1. Fünfprozentklausel.....	16
a) Wirkung der Klausel.....	17
b) Maßstäbe.....	18
c) Das Urteil von 1979.....	20
d) Neuere Rechtsprechung.....	23
aa) "Zersplitterung" reicht nicht. Lob der Buntheit.....	23
bb) Realanalyse erforderlich.....	24
cc) Verschärfte Kontrolle wegen Entscheidung in eigener Sache.....	25
dd) Keine Funktionsstörung.....	26
ee) Weitere Argumente des Bundestags.....	27
e) Das Lissabonurteil.....	28
f) Tatsächliche Veränderungen.....	29
g) Der europäische Direktwahlakt.....	30
h) Eile geboten.....	32
2. Starre Listen.....	33
a) Wahlsystem.....	33
b) Der Prüfungsmaßstab und seine Anwendung auf die starren Listen bei der Europawahl.....	36
c) Rechtsprechung zu starren Listen bei Bundestagswahlen.....	45
d) Zur Methodik.....	51
e) Geschichte der starren Listen: Wegfall früherer Gründe.....	54
Anlagen	

II. Überblick

1. Fünfprozentklausel

Die Fünfprozentklausel bei der deutschen Europawahl lässt Millionen Stimmen unter den Tisch fallen. Bei der Europawahl vom 7. Juni 2009 sind 10,8 Prozent der in Deutschland abgegebenen Stimmen auf diese Weise entwertet worden. Das waren rund 2,8 Millionen Stimmen.

Die Fünfprozentklausel schafft eine doppelte Ungleichheit. Einmal besteht Ungleichheit im Verhältnis zu anderen deutschen Wählern, Kandidaten und Parteien, deren Stimmen berücksichtigt werden. Die von der Klausel betroffenen Stimmen kommen nicht den Parteien und Vereinigungen zugute, für die sie abgegebenen worden sind. Stattdessen werden sie ganz anderen deutschen Parteien zugeschlagen, nämlich denen, die die Hürde übersprungen haben (siehe **Anlage 2**).

Die Ungleichheit besteht, zweitens, auch im Verhältnis zu Wählern, Kandidaten und Parteien anderer Mitgliedstaaten der Europäischen Union. Ohnehin ist das Stimmgewicht bei Europawahlen von Staat zu Staat unterschiedlich. Die Bürger bevölkerungsschwacher Mitgliedstaaten haben bis zum zwölffachen Stimmgewicht von Bürgern bevölkerungsstarker Mitgliedstaaten (Lissabonurteil, BVerfGE 123, 267 [374]). Das ist beim derzeitigen Stand der Integration allerdings nicht zu vermeiden und deshalb auch verfassungsrechtlich hinzunehmen (BVerfGE 123, 267 [371 - 377]). Durch die deutsche Fünfprozentklausel, die Millionen Stimmen unberücksichtigt lässt, wird aber noch eine weitere Ungleichheit von großer Intensität geschaffen. Denn sie führt – neben dem geringeren Gewicht deutscher Stimmen – *zusätzlich* dazu, dass die unter die Klausel fallenden deutschen Stimmen

überhaupt kein Gewicht mehr besitzen; sie werden völlig entwertet, und zwar in einem bevölkerungsreichen Staat wie Deutschland ganz besonders viele.

So musste eine deutsche Partei oder politische Vereinigung 2009 zum Überwinden der Hürde mehr Wählerstimmen bekommen, als Estland, Malta, Slowenien und Zypern zusammen benötigten, um ihre insgesamt 24 Abgeordneten nach Brüssel zu schicken. So war bei der Europawahl 1994 die FDP trotz ihrer 1.443.146 Stimmen (4,1 Prozent) und 1999 trotz ihrer 820.106 Stimmen (3,0 Prozent), die ein Mehrfaches der Stimmen kleiner Mitgliedstaaten betrug, aus dem Europäischen Parlament ausgesperrt worden. Das treibt die Ungleichheit auf die Spitze.

Diese zusätzliche Ungleichheit, die die deutsche Fünfprozentklausel im Verhältnis deutscher Wähler zu den Wählern anderer Mitgliedstaaten bewirkt, ist nicht durch die Struktur der Europäischen Union bedingt, sondern allein vom deutschen Gesetzgeber, dem Urheber der Fünfprozentklausel, zu verantworten. Das verkennt der Bundestag bei der Zurückweisung des Einspruchs (BT-Drucks. 17/2200 [Anlage 3], S. 47 1. Sp.). Er vermengt in unzulässiger Weise die auf dem gegenwärtigen Stand der Integration beruhende Minderung des Stimmgewichts deutscher Wähler, die hinzunehmen ist, mit der völligen Beseitigung des Stimmgewichts einer - im Verhältnis zu anderen Mitgliedstaaten - übergroßen Zahl deutscher Wähler, die aus der deutschen Fünfprozentklausel resultiert und deshalb nicht durch die EU vorgegeben, sondern allein von dem - an das Grundgesetz gebundenen - deutschen Gesetzgeber zu verantworten ist. Der Bundestag beruft sich auf das Lissabonurteil, ohne zu bemerken, dass das Gericht dort ausdrücklich nur die erstgenannte Ungleichheit als integrationsbedingt hinnimmt (BVerfGE 123, 267 [371 - 377]), nicht aber die durch die deutsche Sperrklauseln hervorgerufene gewaltige Verschärfung.

Diese Verschärfung ist wohl auch ein Grund, warum keiner der anderen großen Mitgliedstaaten seinen Wählern eine auf das ganze Land bezogene Fünfprozentklausel zumutet, wie wir sie in Deutschland haben: weder Großbritannien noch Italien, Frankreich oder Spanien.

Der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts hatte früher die Fünfprozentklausel des Europawahlgesetzes für verfassungsmäßig erklärt (BVerfGE 51, 222). Das Urteil datiert allerdings vom 22. Mai 1979. Seitdem sind mehr als drei Jahrzehnte vergangen. Die Beurteilungsmaßstäbe wurden inzwischen - unter maßgeblicher Mitwirkung des Senats selbst - deutlich verschärft, und auch die tatsächliche Situation ist eine andere. Wenn aber die Beurteilungsmaßstäbe oder die tatsächliche Lage sich wandeln (und erst recht, wenn *beides* sich wandelt), ist der Gesetzgeber nach neuerer Judikatur des Zweiten Senats und der Landesverfassungsgerichte von Verfassungs wegen verpflichtet, Sperrklauseln sorgfältig zu überprüfen und gegebenenfalls ihre Verfassungswidrigkeit festzustellen. Das bedeutet, dass Bundestag und Bundesinnenministerium sich unter den genannten Bedingungen nicht mehr auf eine angeblich gefestigte Rechtsüberzeugung und Rechtspraxis, die das Bundesministerium des Innern aber zur Aufrechterhaltung der Fünfprozentklausel anführt (BT-Drs. 17/2200, S. 43 r. Sp.), berufen kann.

Die *Verschärfung der Beurteilungsmaßstäbe* von Sperrklauseln ergibt sich mit aller Klarheit aus neueren Entscheidungen des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts und der Landesverfassungsgerichte, die die Fünfprozentklausel im Kommunalwahlrecht durchweg für verfassungswidrig erklärt haben. Seitdem die Bürgermeister und Landräte nicht mehr von der

jeweiligen Volksvertretung gewählt werden, sondern direkt vom Volk, hat das Zersplitterungsargument seine Bedeutung weitgehend verloren. Die Verschärfung ergibt sich ferner aus der großen Bedeutung kleinerer Parteien für die Offenheit des politischen Prozesses als eines zentralen Grundsatzes der Demokratie, die der Zweite Senat erst jüngst betont hat (BVerfGE 111, 382). Die Verschärfung der Beurteilungsmaßstäbe wird auch durch das Urteil des Zweiten Senats zum Lissabonvertrag vom 30.6.2009 (2 BvK 1/07) bestätigt. Der Senat hat in diesem Urteil (Absatz- Nr. 167 ff.) die grundlegende Bedeutung des Wahlrechts hervorgehoben und – sogar wegen der Minderung des Gewichts des Wahlrechts zum Bundestag aufgrund der Übertragung von Kompetenzen auf die Europäische Union durch den Lissabonvertrag - die Möglichkeit einer Verletzung des Wahlrechts der Bürger gesehen und ihnen ein Anfechtungsrecht zugebilligt. Umso eher ist dann aber eine mögliche Verletzung des Wahlrechts anzunehmen, wenn Millionen Bürgern das Wahlrecht völlig entwertet wird, wie dies durch die deutsche Fünfprozentklausel geschieht.

Die *tatsächliche Situation* ist ebenfalls eine ganz andere als vor 31 Jahren. Damals waren im Europäischen Parlament 40 Parteien aus neun Mitgliedstaaten vertreten, heute sind es 162 Parteien aus 27 Staaten. Damals machten die 81 deutschen Mitglieder 20 Prozent des 410köpfigen Parlaments aus. Heute stellen die 99 deutschen Vertreter nur noch 13 Prozent der 736 Europaparlamentarier. Die acht deutschen Abgeordneten, denen die Fünfprozentklausel den Einzug ins Europäische Parlament verwehrt, machen nur etwa ein Prozent der Mitglieder des Europäischen Parlaments aus.

Die Pflicht, die Fünfprozentklausel bei der Europawahl - angesichts der Verschärfung der Maßstäbe und der geänderten Situation - zu überprüfen, wird

vom Gesetzgeber seit längerem verletzt. Eine sorgfältige Überprüfung der Klausel und die Darlegung zwingender Gründe für ihre Beibehaltung bei der Europawahl fehlen immer noch. Der Gesetzgeber hätte die Prüfung bereits nach einem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 11.3.2003 (BVerfGE 107, 286) vornehmen müssen. Dieses Urteil schrieb bereits vor, dass der Gesetzgeber Sperrklauseln zu überprüfen und gegebenenfalls aufzuheben habe, wenn die „vom Wahlgesetzgeber vorausgesetzte tatsächliche oder normative Grundlage“ sich ändert oder sich „die bei Erlass der Bestimmung getroffene Prognose als irrig“ erweist (BVerfG, aaO, S. 294 f.). Die Gelegenheit zur Prüfung hätte sich auch bei der Zustimmung des Bundestags zur Änderung des Direktwahlakts durch Beschluss vom 15.8.2003 (BGBl 2003 II S. 810) ergeben oder nach der Herausstellung der besonderen Bedeutung kleinerer Parteien für die Offenheit des demokratischen Prozesses durch das Urteil des Zweiten Senats vom 26.10.2004 (BVerfGE 111, 382 [404 f.]). Allerspätestens aber nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 13. 2. 2008 (Aktenzeichen: 2 BvK 1/07), welches die Fünfprozentklausel im schleswig-holsteinischen Kommunalwahlrecht wegen verschärfter Beurteilungsmaßstäbe und geänderter tatsächlicher Verhältnisse aufhob, hätte der Gesetzgeber auch hinsichtlich der Fünfprozentklausel bei der Europawahl reagieren müssen. Dass er dies nicht getan hat, erklärt sich wohl daraus, dass es ausreichende Gründe für die Beibehaltung der Fünfprozentklausel bei der Europawahl gar nicht mehr gibt, der Gesetzgeber aber dennoch an der Klausel festhalten möchte, die den im Bundestag vertretenen Parteien zusätzliche Mandate im Europäischen Parlament verschafft – Mandate, die nach dem Wunsch der Wähler eigentlich anderen Parteien oder politischen Vereinigungen gebühren - und die politischen Konkurrenten niederhalten. Hier wird ganz deutlich, dass der Gesetzgeber, sprich: die großen Parteien, die im Bundestag die Mehrheit besitzen, bei Überprüfung der Fünfprozentklausel *in eigener Sache* entscheiden und deshalb nicht unbefangen sind (BVerfGE 40, 296

[327]; 85, 264 [288 ff.]; und bezogen auf Wahlen: BVerfG, Urteil vom 13. 2. 2008 [2 BvK 1/07], Absatz-Nr. 103, 124). Denn die großen Parteien haben ein (Macht-)Interesse daran, ihre Parteifreunde bei den Europa- wie bei den Kommunalwahlen vor dem Wettbewerb durch kleinere Konkurrenten zu bewahren und sich mittels der Klausel deren Mandate anzueignen. Gesetzgebung in eigener Sache weist nur eine geringe oder gar keine Richtigkeitschance auf und bedarf deshalb besonderer Kontrolle durch die Öffentlichkeit, durch sachverständige Wissenschaftler und vor allem durch die Verfassungsrechtsprechung selbst.

Sperrklauseln widersprechen den Grundsätzen der Demokratie, der Wahl, der Gleichheit der Wahl und der Wählbarkeit sowie der Chancengleichheit der Parteien. Sie sind verfassungswidrig, es sei denn, sie lassen sich durch zwingende Gründe des öffentlichen Wohles rechtfertigen. Will der Gesetzgeber eine Sperrklausel aufrechterhalten, reichen deshalb nach neuerer Rechtsprechung des Zweiten Senats abstrakte Behauptungen nicht mehr aus. Der Gesetzgeber muss vielmehr im Wege einer sorgfältigen Realanalyse darlegen, dass solche zwingenden Gründe mit hinreichender Wahrscheinlichkeit auch wirklich vorliegen. Dem in eigener Sache entscheidenden Gesetzgeber, für den auch eigene Macht- und Einflussinteressen auf dem Spiel stehen, obliegt somit die Darstellungslast für das Vorliegen zwingender Gründe für die Sperrklausel. Dem ist er nicht gerecht geworden. Dem kann er auch gar nicht gerecht werden. Denn solche Gründe liegen nicht vor. Die Fünfprozentklausel im deutschen Europawahlgesetz bewirkt keinen Stabilitätsgewinn im Europäischen Parlament; der Wegfall der Klausel wird zu keiner wesentlichen Beeinträchtigung relevanter Belange führen. Das Europäische Parlament wählt – im Gegensatz zum Bundestag und zu den Landtagen – keine Regierung. Dies ähnelt der Situation in den Kommunen, wo der Bürgermeister und der Landrat seit der Einführung ihrer Direktwahl in deutschen Flächenländern

ebenfalls nicht mehr von der Volksvertretung, dem Stadt- bzw. Gemeinderat oder Kreistag, gewählt werden und die Rechtsprechung deshalb den Sperrklauseln ihre Berechtigung abgesprochen hat. Hinzukommt, wie das Bundesverfassungsgericht im Lissabonurteil hervorhebt, dass sich im Europäischen Parlament keine Regierungs- und Oppositionsfraktionen gegenüberstehen und deshalb die Wähler auch keine Richtungsentscheidungen treffen, die durch kleine Parlamentsparteien erschwert werden könnten. Angesichts der 162 im Europäischen Parlament vertretenen Parteien kann es ohnehin nicht schaden, wenn nach Wegfall der Fünfprozentklausel Abgeordnete einiger weiterer deutscher Parteien, die bisher leer ausgegangen sind, ins Parlament einziehen, zumal es dabei nur um ein Prozent der Mitglieder des gesamten Europäischen Parlaments geht. Bei der Europawahl vom 7. Juni 2009 wären es sieben zusätzliche Parteien und politische Vereinigungen gewesen, die zusammen acht Mandate erhalten hätten (siehe **Anlage 2**). Von ihnen hätten sich ohnehin viele oder alle in bereits bestehende Fraktionen des Europäischen Parlaments eingegliedert.

Die genannten acht Mandate wurden bei der Europawahl 2009 aufgrund der verfassungswidrigen Fünfprozentklausel denjenigen Parteien zugeschlagen, die die Hürde überwunden hatten. Solche Mandate haben folgende Parteien und Abgeordnete inne (Quelle: Mitteilung von Wilko Zicht, wahlrecht.de):

- CDU: 2 (Herbert Reul, Platz 9 der nordrhein-westfälischen Landesliste, und Birgit Schnieber-Jastram, Platz 1 der Hamburger Landesliste),
- SPD: 2 (Constanze Krehl und Norbert Neusel, Platz 22 und 23 der Bundesliste),
- Grüne: 2 (Elisabeth Schrödter und Gerald Häfner, Plätze 13 und 14 der Bundesliste),
- FDP: 1 (Britta Reimers, Platz 12 der Bundesliste) und
- CSU: 1 (Martin Kastler, Platz 8 der Liste).

Erst recht nicht zu rechtfertigen ist, dass es nicht wenigstens ausreicht, in *einem Bundesland* 5 Prozent der Wählerstimmen zu bekommen. Durch Erstreckung der Sperrklausel auf das ganze Bundesgebiet, sehen sich selbst große Regionalparteien wie die CSU einer Hürde von bis zu 40 Prozent gegenüber.¹ Bei Bundestagswahlen können Regionalparteien die Fünfprozentklausel mit drei Direktmandaten außer Kraft setzen und so der Härte, die in der auf das ganze Bundesgebiet bezogenen Sperrklausel liegt, gegebenenfalls entgehen. Bei Europawahlen gibt es mangels Direktmandaten eine solche Grundmandatsklausel nicht. Politische Vereinigungen mit regionalem Schwerpunkt wie die Freien Wähler werden durch die Klausel ausgesperrt, obwohl sie in Bayern bei der Europawahl vom 7. Juni 2009 6,7 Prozent der Stimmen erlangt haben. Würden 5 Prozent in einem Bundesland genügen, wären bei der Europawahl 2009 die Freien Wähler mit zwei Abgeordneten im Europäischen Parlament vertreten (siehe **Anlage 4**). Diese beiden Mandate gebühren den beiden Erstplatzierten auf der Bundesliste der Freien Wähler, Gabriele Pauli und Armin Greim, deren Plätze derzeit Herbert Reul (CDU) und Gerald Häfner (Grüne) einnehmen. Dass ein Auswechseln von zwei Abgeordneten (0,27 Prozent der 732 Mitglieder des Europäischen Parlaments) das Funktionieren des Europäischen Parlaments wesentlich beeinträchtigen könnte, erscheint von vornherein ausgeschlossen.

Die Rechts- und Verfassungswidrigkeit der Fünfprozentklausel wird, wie auch der Bundestag selbst einräumt, durch den sogenannten europäischen Direktwahlakt nicht geheilt. Denn er ermächtigt die Mitgliedstaaten zwar zur Einführung von

¹ Der Prozentsatz variiert je nach dem Verhältnis der Wahlbeteiligung in Bayern zur Wahlbeteiligung im sonstigen Bundesgebiet. Es bedeutete deshalb eine erhebliche Erleichterung für die CSU, dass die Kommunalwahl in Nordrhein-Westfalen vom 7. Juni, dem Termin der Europawahl, auf den 30. August 2009 verschoben wurde und dadurch die Beteiligung an der Europawahl in Nordrhein-Westfalen deutlich geringer ausfiel.

Sperrklauseln, verpflichtet sie aber nicht dazu. Der Akt lässt die Bindung des deutschen Gesetzgebers an das Grundgesetz bei Beurteilung der Klausel deshalb unberührt.

2. Starre Listen

Bei Europawahlen können Deutsche nur eine Stimme für eine vorgegebene, von den Wählern nicht zu verändernde Liste einer Partei oder politischen Vereinigungen abgeben. Aufgrund der starren Listen stehen regelmäßig bis zu zwei Dritteln der 99 Abgeordneten, die Deutschland nach Brüssel schickt, schon vorher namentlich fest. Dazu gehörten bei der Europawahl 2009 z. B. die ersten 20 auf der 99 Kandidaten umfassenden Wahlliste der SPD. Sie konnten selbst bei einem sehr schwachen Ergebnis der SPD ihres Einzugs ins Europäische Parlament sicher sein, wohingegen die auf den Listenplätzen 35 bis 99 Gesetzten nicht die geringste Chance hatten.

Das Bundesverfassungsgericht hat starre Listen bei Bundestagswahlen früher für verfassungsmäßig erklärt. Das geschah grundlegend zuerst in einem Urteil des Zweiten Senats vom 3.7. 1957 (BVerfGE 7, 63), also vor mehr als einem halben Jahrhundert. Auf diese Rechtsprechung beruft sich der Bundestag bei seiner Zurückweisung des Einspruchs (S. 46, r. Sp.). Doch auch insoweit erscheint inzwischen eine Überprüfung unerlässlich. Denn die Beurteilungsmaßstäbe hat der Zweite Senat verschärft. Er betont, dass der Gesetzgeber über die Gestaltung des Wahlrechts und damit auch der starren Listen in eigener Sache entscheidet und deshalb eine strenge Kontrolle in Bezug auf die Gleichheit der Wahl und der Wählbarkeit durch die Verfassungsgerichte geboten ist. Die Parteienstaatsdoktrin des großen Staatsrechtslehrers und Verfassungsrichters Gerhard Leibholz, die die

starrten Listen rechtfertigte, indem sie den Grundsatz der Unmittelbarkeit der Wahlweg interpretierte, und die auch die Rechtsprechung in den fünfziger und ersten sechziger Jahren beeinflusst hatte, wird nicht mehr vertreten (siehe z.B. BVerfGE 41, 399). Zudem werden das Demokratieprinzip und die darauf beruhenden Wahlrechtsgrundsätze neuerdings als wirkliche Prinzipien verstanden, die zu optimieren, das heißt, in Abwägung mit anderen relevanten Belangen, möglichst weit gehend zu realisieren sind. Die Berufung auf Formalismen reicht beim heutigen Stand der rechtswissenschaftlichen Methodik nicht mehr aus.

Vor diesem Hintergrund wird offenbar, dass das starre Listenwahlrecht bei der deutschen Europawahl massiv in die Grundsätze der Wahl der Abgeordneten durch das Volk, in das Demokratieprinzip und in die Gleichheit, Unmittelbarkeit und Freiheit der Wahl sowie in die Gleichheit der Wählbarkeit der Kandidaten eingreift, ohne dass dafür zwingende Gründe vorliegen. Deshalb sind starre Listen, die deutsche Wähler lediglich ankreuzen können, verfassungswidrig. Eine Alternative wäre zum Beispiel die Flexibilisierung der Listen und die Bildung halbwegs überschaubarer, miteinander verbundener Wahlkreise, in denen die Parteien und politischen Vereinigungen jeweils mit vom Wähler veränderbaren Listen antreten. Art. 1 des europäischen Direktwahlaktes ermächtigt die Mitgliedstaaten ausdrücklich zur Flexibilisierung der Wahllisten.

III. Zulässigkeit der Beschwerde

Gegen Europawahlen ist gemäß § 2 Abs. 1 WahlPrG der Einspruch zulässig. Er kann gem. § 2 Abs. 2 - 4 WahlPrG von jedem Wahlberechtigten beim Bundestag eingelegt werden. Demgemäß habe ich gegen die Gültigkeit der Wahl der Abgeordneten des Europäischen Parlaments aus der Bundesrepublik Deutschland

vom 7. Juni 2009 Einspruch eingelegt. Der Bundestag hat den Einspruch – nach Einholung einer Stellungnahme des Bundesministeriums des Innern (**Anlage 5**) - mit Beschluss vom 8.7.2010 für zulässig erklärt, ihn aber als unbegründet zurückgewiesen (**Anlage 1**). Die Begründung befindet sich in BT-Drucks. 17/2200, S. 41-47 (**Anlage 3**). Dagegen erhebe ich hiermit gemäß § 26 EuWG, §§ 13 Nr. 3 und 48 BVerfGG Beschwerde zum Bundesverfassungsgericht. Die erforderlichen mindestens 100 Wahlberechtigten, die gem. § 48 Abs. 2 BVerfGG meiner Beschwerde beigetreten sind, sind in den beigefügten Listen aufgeführt (**Anlage 6**). Das Beitrittsersfordernis soll Beschwerden von Wahlberechtigten auf solche Fälle beschränken, die nach Ansicht wenigstens einer gewissen Anzahl Wahlberechtigter Grund zur Beschwerde geben (BVerfGE 66, 232 [233]; 66, 311 [313]). Dem ist durch die beigefügten Beitrittserklärungen von 514 Wahlberechtigten, darunter 27 Staatsrechtslehrer, Genüge getan. Die Zweimonatsfrist, die am 8. September abläuft - wird mit dieser Beschwerdeschrift, die auch die Begründung enthält, eingehalten. Damit ist die Zulässigkeit der Beschwerde dargetan.

Die gerügten Verstöße haben Auswirkungen auf die Zusammensetzung des Europäischen Parlaments:

- Wenn die Fünfprozentklausel entfällt, verlieren acht Abgeordnete der etablierten Parteien ihren Sitz im Europäischen Parlament zugunsten von acht Bewerbern von sechs Parteien und einer politischen Vereinigung, die an der Sperrklausel gescheitert sind.
- Wäre die Fünfprozentklausel nicht auf das ganze Bundesgebiet, sondern auf die einzelnen Bundesländer bezogen, hätten die Freien Wähler zwei Sitze im Europäischen Parlament erhalten.

- Würden die starren Listen beseitigt und zum Beispiel die Listen flexibilisiert, wären mit großer Wahrscheinlichkeit teilweise andere Kandidaten ins Europäische Parlament gekommen.

Aufgrund des „größtmöglichen Bestandschutzes“, den die Rechtsprechung den Parlamenten im Wahlprüfungsverfahren zubilligt (BVerfGE 89, 243 [253]), und des darauf beruhenden „Verbesserungsprinzips“ ist wegen der verfassungswidrigen Fünfprozentklausel nicht die gesamte Wahl für ungültig zu erklären oder zu wiederholen. Das Ergebnis muß vielmehr unter Berücksichtigung des festgestellten Mangels aufgrund neuer Berechnungen verbessert werden. Hinsichtlich der Fünfprozentklausel ist deshalb nach Feststellung ihrer Verfassungswidrigkeit das Wahlergebnis unter Außerachtlassung der Sperrklausel neu zu berechnen. Acht Abgeordneten sind ihre Mandate zu entziehen und auf die acht Bewerber zu übertragen, denen sie aufgrund der Fünfprozentklausel vorenthalten wurden. Dabei bleibt zwar unberücksichtigt, dass kleine Parteien vermutlich noch mehr Stimmen erhalten hätten, wenn bereits vor der Wahl keine Sperrklausel bestanden hätte. Denn diese dürfte manchen Wähler, um seine Stimme nicht zu entwerten, davon abgehalten haben, kleinere Parteien oder politische Vereinigungen zu wählen, die wegen der Sperrklausel vielleicht nicht zum Zuge kommen (siehe unten unter IV 1). Doch – angesichts des Bestandsschutzes des Parlaments – ist zweifelhaft, ob aufgrund dieses Effekts Neuwahlen angeordnet werden. Voraussichtlich wird insoweit eine Korrektur erst bei den im Jahre 2013 routinemäßig anstehenden oder den aufgrund der verfassungswidrigen starren Wahllisten anzuberaumenden Neuwahlen erfolgen.

Hinsichtlich der starren Listen ist eine solch „schonende“ Korrektur wie bei der Fünfprozentklausel nicht möglich. Die vorderen Kandidaten der erfolgreichen

Parteien sind den Wählern aufgezwungen worden, während die auf hinteren Listenplätzen keine Chance hatten. Sicher erscheint zwar, dass auch andere Personen ins Europäische Parlament gewählt worden wären, wenn die Bürger zum Beispiel aufgrund flexibler Listen die Chancen der Kandidaten hätten mitbestimmen können. Welche Personen die Bürger gewählt hätten, ist aber offen. Zudem besitzt der Gesetzgeber mehrere Möglichkeiten, die starren Listen verfassungskonform zu ersetzen. Deshalb ist, wenn die Verfassungswidrigkeit der starren Listen sich noch auf die Wahl vom 7. Juni 2009 auswirken soll, die Wahl für ungültig zu erklären, und es sind Neuwahlen aufgrund eines verfassungsgemäßen Wahlrechts anzuordnen, welches allerdings erst noch zu beschließen ist - vom Deutschen Bundestag. Deshalb können Neuwahlen wohl erst nach einer gewissen Übergangszeit vorgeschrieben werden. Zumindest ist der Gesetzgeber zu einer Korrektur des Europawahlgesetzes unter Beseitigung der verfassungswidrigen starren Listen für die Zukunft zu verpflichten.

IV. Begründetheit der Beschwerde

1. Fünfprozentklausel

Die Beschwerde ist auch begründet. Die Fünfprozentklausel des § 2 Abs. 7 EuWG wurde bei Berechnung der Sitzverteilung zugrunde gelegt, obwohl diese Vorschrift dem Grundgesetz widerspricht. Sie ist deshalb für verfassungswidrig und nichtig zu erklären.

a) Wirkung der Klausel

Die Fünfprozentklausel führt dazu, dass die bei der Europawahl 2009 von ihr betroffenen sieben Parteien und politischen Vereinigungen sowie ihre acht Kandidaten nicht ins Parlament einziehen und die für sie abgegebenen Stimmen keinerlei Gewicht haben, weil sie bei der Mandatsverteilung nicht mitgerechnet wurden. Sie haben sogar ein negatives Gewicht, weil sie Parteien zugute kommen, die die Bürger gerade *nicht* gewählt haben und die sie möglicherweise zutiefst ablehnen. Auch dieses negative Gewicht kann nur durch Aufhebung der Sperrklausel behoben werden. Denn die denkbare Alternative, entsprechend weniger deutsche Abgeordnete ins Europaparlament zu entsenden, kommt schon deshalb nicht in Betracht, weil das deutsche Kontingent europarechtlich festgeschrieben ist.

Aus Furcht davor, dass die Stimme wegen der Fünfprozentklausel entwertet wird, schrecken Bürger oft auch dann vor der Wahl kleinerer Parteien zurück, wenn sie sie sonst gewählt hätten. Eine Partei, deren Anhängerschaft im Volk zum Beispiel um die 5 Prozent oder knapp darüber beträgt, kann aufgrund solcher psychischen Vorwirkung dennoch ein Opfer der Sperrklausel werden. Dieser Effekt kann die Wahlergebnisse noch stärker verfälschen als der nominelle Prozentsatz signalisiert. Beispielsweise legte die FDP nach ihrem Wechsel von der SPD-FDP-Koalition unter Bundeskanzler Schmidt zur CDU/CSU-FDP-Koalition unter Bundeskanzler Kohl im Jahre 1982 größten Wert darauf, dass ihre Umfragewerte deutlich über 5 Prozent lagen, um jenem Effekt bei der Bundestagswahl im März 1983 zu entgehen. Elisabeth Noelle-Neumann veröffentlichte 1996 vor der Wahl des Landtags von Baden-Württemberg in der Frankfurter Allgemeinen Zeitung die angeblichen Ergebnisse einer Umfrage, wonach die Republikaner nur auf 4,9 Prozent kämen; tatsächlich lagen sie weit darüber. Ziel der Manipulation war es,

das Wahlergebnis der Republikaner zu drücken.² Selbst wenn der genannte Effekt die Stimmenzahl nicht unter die Sperrklausel drückt, weil die Partei ohnehin weit davon entfernt ist, kann er höchst nachteilige Konsequenzen für die betroffene Partei haben, die zur Nichtberücksichtigung der Stimmen bei Berechnung des Wahlergebnisses noch hinzukommen. So besaßen zum Beispiel die Grünen in den Monaten vor und nach der Bundestagswahl 1980 nach Erhebungen der Forschungsgruppe Wahlen ein Wählerpotenzial von etwa 3 Prozent, erhielten bei der Wahl aber lediglich 1,5 Prozent, was auch dem Wunsch ihrer potentiellen Wähler, keine "Papierkorbstimmen" zu produzieren, zugerechnet wurde.³ Das Weniger an Stimmen schlug sich zum Beispiel in einer deutlich niedrigeren Wahlkampfkostenerstattung nieder. Auch heute bildet die Zahl der Wählerstimmen einen Maßstab für die Gewährung staatlicher Parteienfinanzierung (§ 18 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 und 2 und S. 2 PartG).

b) Maßstäbe

Die Fünfprozentklausel kann gegen das Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 1 und 2 GG) und das darauf beruhende Wahlrecht der Bürger, die Gleichheit der Wahl und der Wählbarkeit (Art. 3 Abs. 1, siehe auch 38 Abs. 1 GG) und die Chancengleichheit der Parteien (Art. 21 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 GG) verstoßen. Dabei bedeutet Wahlgleichheit "bei der Verhältniswahl, dass jeder Wähler mit seiner Stimme den gleichen Einfluss auf die Zusammensetzung der Vertretung haben muss Ziel des Verhältniswahlsystems ist es, dass alle Parteien in einem möglichst den Stimmenzahlen angenäherten Verhältnis in dem zu wählenden

² Dieter Roth, Demoskopie und Politik, in: Hanna Kaspar, Harald Schoen, Siegfried Schumann, Jürgen R. Winkler (Hg.), Politik, Wissenschaft, Medien, Festschrift für Jürgen W. Falter, 2009, S. 241 (250).

³ Forschungsgruppe Wahlen, Bundestagswahl 1980. Eine Analyse der Wahl zum 9. Deutschen Bundestag am 5.10.1980, 1980, S. 41 f.

Organ vertreten sind. Zur Zählwertgleichheit tritt im Verhältniswahlrecht die Erfolgswertgleichheit hinzu." (Urteil des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 13. 2. 2008 [2 BvK 1/07], Rn. 98).

Dass die Fünfprozentklausel die Gleichheit der Wahl der Bürger, der Wählbarkeit der Kandidaten und die Chancengleichheit der Parteien und politischen Vereinigungen beeinträchtigt, ist seit eh und je allgemein anerkannt. Nach neuerer Rechtsprechung des Zweiten Senats kann das Wahlrecht zum Bundestag darüber hinaus auch dadurch verletzt sein, dass sein Substrat etwa durch Übertragung von Gesetzgebungskompetenzen an die Europäische Union unangemessen verkürzt wird (BVerfGE 89, 155 [172]; Lissabonurteil, z.B. Absatz-Nr 174; Dietrich Murswiek, JZ 2010, S. 702). Eine Beeinträchtigung des Wahlrechts, und zwar eine besonders schwere, liegt dann aber auch vor, wenn Bürgern das Wahlrecht völlig genommen wird, wie es bei der deutschen Europawahl für die durch die Sperrklausel ausgeschlossenen Wähler der Fall ist.

In einem jüngeren Urteil hat der Zweite Senat auch die große Bedeutung kleiner Parteien für die "Offenheit des politischen Prozesses" als "einen zentralen Grundsatz der Demokratie" betont. Die Offenheit beuge einer "Erstarrung des Parteiwesens" vor und stärkt die "Lernfähigkeit des politischen Systems". Es gelte deshalb von Verfassungs wegen der "Gefahr des Verlustes der politischen Vielfalt und damit einer Einschränkung des Parteienwettbewerbs" entgegenzuwirken (BVerfGE 111, 382 [404]).

Das verfassungsrechtliche Ergebnis hängt davon ab, ob sich ein solch schwer wiegender Eingriff, wie die Fünfprozentklausel ihn darstellt, durch zwingende Gründe rechtfertigen lässt. Hier formulierte jüngst der Zweite Senat wie folgt: Die

"durch die Grundsätze der Allgemeinheit und Gleichheit der Wahl verbürgte gleiche Behandlung der Wähler ... führt zu einem grundsätzlichen Differenzierungsverbot, dessen Durchbrechung nur durch einen besonders zwingenden Grund zu rechtfertigen ist. Das ... zieht dem Ermessen des Gesetzgebers besonders enge Grenzen. ... Denn der im Mehrparteiensysteme angelegte politische Wettbewerb soll Unterschiede hervor bringen - je nach Zuspruch der Bürger." (BVerfGE 111, 382 [398]). "Deshalb ist in diesem Bereich ... die Gleichheit strikt und formal" zu interpretieren. Nur bei zwingenden Gründen können Differenzierungen "vor dem strengen Gleichheitssatz Bestand" haben (BVerfGE 85, 264 [297]; siehe auch von Arnim, Der strenge und der formale Gleichheitssatz, DÖV 1984, S. 85).

c) Das Urteil von 1979

In der Vergangenheit wurde mit diesen Grundsätzen nicht immer ernst gemacht. 1979 hatte das Bundesverfassungsgericht es noch ausreichen lassen, dass der Gesetzgeber mit der Sperrklausel der Parteienzersplitterung entgegenwirke. Dazu stützte es sich auf die Formel, es reiche aus, wenn der Gesetzgeber sich „an dem durch besondere, zwingende Gründe gerechtfertigten Ziel, einer übermäßigen Parteienzersplitterung im Europäischen Parlament entgegenzuwirken, orientiert ... und das Maß des zur Erreichung dieses Ziels Erforderlichen nicht überschreitet.“ (BVerfGE 51, 222 [233]). Dabei reiche es aus, dass die Regelung sich "an dem Ziel orientiert", Störungen der Funktionsfähigkeit des Europäischen Parlaments zu verhindern (BVerfGE 51, 222 [249]). Auf eine solche angebliche Parteienzersplitterung beruft sich jetzt auch der Bundestag bei der Zurückweisung des Einspruchs (BT-Drs. 17/2200, S. 46). Zur Bejahung einer übermäßigen Parteienzersplitterung unterbreitete das Gericht seinerzeit eine Reihe abstrakter

Überlegungen (kritisch dazu Dietrich Murswiek, DVBl 1980, S. 123 ff.; Dirk Ehlers, Jura 1999, S. 660, 665). Eine Realanalyse, die mit ausreichender Wahrscheinlichkeit eine wesentliche Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit des Parlaments durch die Sperrklausel ergibt (oben unter II 1 und unten unter d), hatte das Gericht vom Gesetzgeber noch nicht verlangt, und dieser hatte sie auch nicht vorgenommen.

Das Gericht berief sich seinerzeit auch darauf, die Eingriffsintensität der Sperrklausel sei bei der Europawahl geringer als bei der Bundestagswahl, weil einer geringeren Zahl von Abgeordneten der Weg ins Parlament versperrt werde; 5 Prozent von 99 deutschen Europaabgeordneten seien weniger als 5 Prozent der über 600 Bundestagsabgeordneten (BVerfGE 51, 222 [255]). Dieses Argument greift auch das Bundesministerium des Innern in seiner Stellungnahme wieder auf (S. 2 f.). Doch das kann nicht überzeugen. Sonst müsste in kleineren Parlamenten, z.B. denen des Saarlandes oder Thüringens die Sperrklausel weniger problematisch sein als in großen, zum Beispiel dem bayerischen oder nordrhein-westfälischen Landtag, vom Bundestag ganz zu schweigen. Das ist aber nicht der Fall und zeigt, dass es nicht auf die absolute Zahl der durch die Sperrklausel ausgeschlossenen Abgeordneten, sondern nur auf ihren *relativen* Anteil an der Gesamtzahl der in Deutschland zu wählenden Abgeordneten ankommen kann. Zu Recht hat der Bundestag jenes Argument nicht mehr aufgegriffen.

Weiter hielt das Gericht damals die Sperrklausel für erforderlich, weil sie die Rückkopplung der deutschen Abgeordneten im Europäischen Parlament mit den tragenden politischen Kräften in Deutschland ermögliche. Diese Rückkoppelung würde bei Aufhebung der Sperrklausel gefährdet, weil den dann ins Europaparlament einziehenden Vertretern kleinerer Gruppierungen möglicherweise

keine Abgeordneten derselben Gruppierung im Bundestag oder in den Landesparlamenten gegenüberstünden (BVerfGE 51, 222 [248 f.]; so auch die Stellungnahme des Bundesministeriums des Innern, S. 3 f.). Auch dieses Argument kann heute nicht mehr überzeugen. Träfe es zu, hätte auch die Fünfprozentklausel im Kommunalwahlrecht nicht aufgehoben werden dürfen. Denn für Parteien und Wählergemeinschaften in den Kommunen ist die Rückkopplung mit dem jeweiligen Landesparlament mindestens ebenso wichtig, weil dieses die kommunalen Gesetze, den kommunalen Finanzausgleich und anderes für die Kommunen Existenzielles regelt. Kleine Parteien und erst recht kommunale Wählergemeinschaften haben - abgesehen vielleicht von den Freien Wählern im Bayerischen Landtag - keine Vertretungen in den Landesparlamenten und im Bundestag. Träfe das Rückkoppelungsargument also heute noch zu, hätte die Sperrklausel auch bei Kommunalwahlen nicht aufgehoben werden dürfen. Der Senat hat sie aber neuerdings aufgehoben. Sie wurde inzwischen in allen Ländern beseitigt. Zu Recht hat der Bundestag auch dieses Argument aufgegeben.

Im Übrigen haben deutsche Abgeordnete im Europäischen Parlament keineswegs die Interessen nur Deutschlands zu vertreten - eine Vertretung der *Mitgliedstaaten* besteht bereits im Rat -, sondern primär gesamteuropäische Belange. (Das übersieht das Innenministerium in seiner Stellungnahme, S. 6.) Auch bei der Wahl nationaler Parlamente ist der in einem bestimmten Wahlkreis gewählte Abgeordnete nicht nur an das Wohl seiner Wähler, sondern an das Gemeinwohl der gesamten staatlichen Gemeinschaft gebunden. Entsprechend repräsentieren auch deutsche Europaabgeordnete *gesamteuropäische* Interessen (Art. 10 Abs. 1 und 2 EUV).

Zudem sind Bundestagsabgeordnete nicht nur als Parteivertreter gewählt. Sie sind verpflichtet, im Interesse der Sache mit allen europäischen Abgeordneten

zusammen zu arbeiten, unabhängig davon, welcher Partei oder politischen Vereinigungen diese angehören.

Das Europäische Parlament gliedert sich vornehmlich in Fraktionen, und dabei können einzelne Abgeordneter aus Deutschland die eine oder andere Gruppe gleichgesinnter Abgeordneter im Europäischen Parlament durchaus stärken. Die Bildung einer Fraktion im Europäischen Parlament verlangt mindestens 19 Mitglieder aus einem Fünftel der Mitgliedstaaten, das heißt, derzeit aus sechs Staaten (Art. 29 Abs. 2 der Geschäftsordnung des Europäischen Parlaments). Möglicherweise erreicht die eine oder andere Gruppe gerade durch die deutschen Abgeordneten, die bei Wegfall der Sperrklausel ins Parlament kommen, die erforderliche Fraktionsstärke. Es könnte unter dem Gesichtspunkt der Vertretung deutscher Interessen sogar durchaus von Vorteil sein, wenn Deutschland auch in Fraktionen vertreten wäre, wo dies bisher nicht der Fall ist.

d) Neuere Rechtsprechung

aa) "Zersplitterung" reicht nicht. Lob der Buntheit

Der Zweite Senat hat neuerdings seine Kontrolle verschärft. Anlässlich der Beurteilung von Fünfprozentklauseln im Kommunalwahlrecht stellt er in seinem Urteil vom 13.2.2008 (Aktenzeichen: 2 BvK 1/07) fest, dass das bloße Zersplitterungsargument nun definitiv *nicht* mehr genüge, selbst wenn klar ist, dass „Mehrheitsbildung und Beschlussfassung aus diesem Grund erschwert werden (...). Die bloße ‚Erleichterung‘ oder ‚Vereinfachung‘ der Beschlussfassung [reiche] nicht aus, um den mit der Fünf-Prozent-Sperrklausel verbundenen Eingriff in die Wahlgleichheit und Chancengleichheit der politischen Parteien zu rechtfertigen

(...). Denn Demokratie setzt das Aufeinandertreffen verschiedener Positionen und das Finden von Kompromissen voraus." (Absatz-Nr. 126). Es schade im Gegenteil durchaus nicht, wenn die Volksvertretung „politisch bunter“ werde (Absatz-Nr. 69). Damit bestätigt der Senat die große Bedeutung kleiner Parteien für die Offenheit des politischen Prozesses als einen zentralen Grundsatz der Demokratie. Der im Mehrparteiensystem angelegte politische Wettbewerb *solle* - je nach Zuspruch der Bürger - Unterschiede hervorbringen (BVerfGE 111, 328 [404 f.]). Deshalb fehlt der Behauptung des Bundestags, bei der Europawahl werde die Gefahr der Zersplitterung unter den heutigen Verhältnissen "eher noch verstärkt", wenn die Sperrklausel wegfalle (BT-Drs. 17/2200, S. 47 I. Sp.), nach heutigen Maßstäben bereits die Schlüssigkeit zur Begründung der Verfassungsmäßigkeit.

bb) Realanalyse erforderlich

Vielmehr sei, so stellt der Senat im Urteil vom 13. 2. 2008 fest, zwingend eine an den konkreten Verhältnissen der jeweiligen Volksvertretung ausgerichtete „Realanalyse“ durchzuführen (Abs.-Nr. 60), aus der sich mit „einer die Intensität der Einschränkung der Wahlrechtsgleichheit und Chancengleichheit der Parteien in Rechnung stellenden hinreichende Wahrscheinlichkeit“ ergebe, dass die Funktionsfähigkeit des Parlaments ernsthaft gefährdet sei (Absatz-Nr. 52).

Anders ausgedrückt: Selbst wenn die Funktionsfähigkeit des Europäischen Parlaments durch zusätzliche kleine deutsche Parteien oder politische Vereinigungen beeinträchtigt würde, müsste die Beeinträchtigung ein derart hohes Gewicht haben, dass sie den massiven Eingriff in die Gleichheit des Wahlrechts und die Chancengleichheit der Parteien und politischen Vereinigungen, den die Fünfprozentklausel bewirkt, überwiegen könnte (BVerfG, 2 BvC 1/07 vom 3.7.2008, Absatz-Nr. 116), und das ist definitiv nicht der Fall.

cc) Verschärfte Kontrolle wegen Entscheidung in eigener Sache

In seinem Urteil vom 13.2.2008 erkennt der Senat auch in aller Deutlichkeit, dass bei „Regelungen, die die Bedingungen der politischen Konkurrenz berühren, die jeweilige parlamentarische Mehrheit gewissermaßen in eigener Sache tätig“ wird (Absatz-Nr. 103) und deshalb „gerade bei der Wahlgesetzgebung... die Gefahr (besteht), dass die jeweilige Parlamentsmehrheit sich statt von gemeinwohlbezogenen Erwägungen vom Ziel des eigenen Machterhalts leiten“ lässt. Die im Parlament vertretenen Parteien könnten deshalb versucht sein, „an der Fünf-Prozent- Sperrklausel fest(zu)halten, um die Konkurrenz durch kleinere Parteien ... möglichst klein zu halten. ... Aus diesem Grund“ unterliege „die Ausgestaltung des Wahlrechts einer strikten verfassungsgerichtlichen Kontrolle“ (Absatz-Nr. 124). Deshalb überprüft der Senat nun intensiv, ob wirklich zwingende Gründe die Sperrklausel erfordern: „Der Gesetzgeber [dürfe] nicht frei darüber befinden, von welchem Wahrscheinlichkeitsgrad an er Funktionsstörungen in Betracht ziehen will. Andernfalls würde eine gerichtliche Kontrolle gesetzgeberischer Prognoseentscheidungen, einschließlich deren tatsächlicher Grundlagen, unmöglich gemacht“ (Absatz-Nr. 124). Eine „abstrakte, theoretische Möglichkeit der Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit“ der Volksvertretung durch die Sperrklausel reiche nicht mehr aus. Erforderlich sei vielmehr die erwähnte sorgfältige Realanalyse.

In dieselbe Richtung geht die neuere Rechtsprechung der Landesverfassungsgerichte und die neuerdings herrschende Auffassung in der

wissenschaftlichen Literatur.⁴ Rechtsprechung und Lehre erkennen, wie der Staatsgerichtshof der Freien Hansestadt Bremen in einem Urteil vom 14.5.2009 zur Fünfprozentklausel in Bremerhaven (Aktenzeichen: 2 St 2/08, Absatz-Nr. 54) zusammenfasst, „die fundamentale Bedeutung der Gleichheit der Wahl für die Hinnahe der demokratischen Mehrheitsentscheidung einerseits und die Gefahr einer Instrumentalisierung des Wahlrechts zur Sicherung des Machterhalts der Mehrheitsparteien andererseits stärker als zuvor“ an. „Hieraus wird zutreffend auch für Kommunalwahlen die Notwendigkeit der strikten verfassungsgerichtlichen Kontrolle einer Einschränkung der Wahlrechtsgleichheit und Chancengleichheit gefolgert“.⁵

dd) Keine Funktionsstörung

Die Erschwerung der Beschlussfassung des Europäischen Parlaments, die zusätzliche Parteien verursachen könnten, würde, wenn sie denn überhaupt vorläge, keinesfalls ausreichen, um die Fünfprozentklausel zu rechtfertigen. Das haben der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts und die Landesverfassungsgerichte klargestellt. In der größeren „Buntheit“ der Volksvertretung sehen sie gerade umgekehrt ein Positivum. Der Umstand, dass mehr Parteien in die Volksvertretung gelangen, genügt keinesfalls, das bloße Zersplitterungsargument reicht nicht aus. Zudem ist Zersplitterung schon deshalb nicht zu erwarten, weil sich die

⁴ Statt vieler: Hans Meyer, Demokratische Wahlen und Wahlsystem, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrecht, Band III, 3. Aufl. 2005, § 45 Rn 37; Thomas Puhl, Die 5%-Sperrklausel im Kommunalwahlrecht auf dem Rückzug, Festschrift für Josef Isensee, 2007, 441; von Arnim, Auf dem Weg zur optimalen Gemeindefassung?, DVBl 1997, 749; ders., Die Unhaltbarkeit der Fünfprozentklausel bei Kommunalwahlen nach der Reform der Kommunalverfassung, Festschrift für Klaus Vogel, 2000, 453.

⁵ Der Staatsgerichtshof Bremen weist auf folgende weitere Urteile hin: Verfassungsgerichtshof Berlin, LKV 1998, 142; Verfassungsgerichtshof Mecklenburg-Vorpommern, LKV 2001, 270; Verfassungsgerichtshof Nordrhein-Westfalen, DVBl 2009, 250; Thüringer Verfassungsgerichtshof NVwZ-RR 2009, 1.

Abgeordneten zusätzlicher Parteien und Vereinigungen in der Regel in bestehende Fraktionen eingliedern. Die erforderliche Realanalyse, die aufzeigt, dass eine wesentliche Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit des Europäischen Parlaments tatsächlich mit einiger Wahrscheinlichkeit eintritt und diese Beeinträchtigung den Eingriff in die Gleichheit des Wahlrechts und die Chancengleichheit der Parteien überwiegt, fehlt und ist auch nicht zu erbringen.

ee) Weitere Argumente des Bundestages

Etwas anderes folgt auch nicht aus der Entscheidung des Zweitem Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 8.6.2004 (BVerfGE 110, 403 ff.), auf die sich der Bundestag beruft (S. 46, 1. Sp.). Dort hatte sich der Senat lediglich mit der Frage zu befassen, wann der Gesetzgeber zuletzt zum Ausdruck gebracht hatte, dass er an der Sperrklausel festhalten wolle, und hierzu unter anderem auf die Ratifikation des Direktwahlaktes durch den Bundestag verwiesen. Der Senat hat sich in jener Entscheidung nicht mit der Frage der Verfassungsmäßigkeit der Fünfprozentklausel beschäftigt. Angesichts der Unzulässigkeit der dortigen Organklage war dies auch gar nicht erforderlich. Und dass der Direktwahlakt selbst die deutsche Sperrklausel nicht heilen kann, wird noch dargelegt (siehe unter g).

Der Umstand, dass die angeführte neuere verfassungsgerichtliche Rechtsprechung sich auf Kommunalwahlen bezieht, nimmt ihr - entgegen der Auffassung des Bundestags (Drs. 17/2200, S. 46, r. Sp.) - nicht die Relevanz für die Beurteilung der Fünfprozentklausel bei der Europawahl. Die Verschärfung der Beurteilungsgrundsätze unter Einbeziehung geänderter Verhältnisse bezieht sich *allgemein* auf die Gleichheit des Wahlrechts und des Rechts auf gleiche Wählbarkeit sowie auf die Chancengleichheit der Parteien bzw. Vereinigungen und

ist deshalb auch auf die Sperrklausel bei Europawahlen anzuwenden. Dasselbe gilt für die gesteigerte Intensität der Gerichtskontrolle bei Entscheidungen des Parlaments in eigener Sache.

e) Das Lissabonurteil

Die angestellten Erwägungen zeigen, schon für sich genommen, dass es an einer Rechtfertigung der Sperrklausel im deutschen Europawahlrecht fehlt. Das wird neuerdings durch das Lissabonurteil des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts bestätigt. Darin hebt der Senat hervor, dass das Europäische Parlament keine Regierung wählt und auch nicht im Regierungs-Oppositions-Schema nationaler deutscher Parlamente organisiert ist. Das Europäische Parlament sei – im Gegensatz zu nationalen Parlamenten – nicht gerüstet, „repräsentative und zurechenbare Mehrheitsentscheidungen als einheitliche politische Leitentscheidungen zu treffen. Es ist gemessen an staatlichen Demokratieanforderungen nicht gleichheitsgerecht gewählt und innerhalb des supranationalen Interessenausgleichs zwischen den Staaten nicht zu maßgeblichen politischen Leitentscheidungen berufen. Es kann deshalb auch nicht eine parlamentarische Regierung tragen und sich im Regierungs-Oppositions-Schema parteipolitisch so organisieren, dass eine Richtungsentscheidung europäischer Wähler politisch bestimmend zur Wirkung gelangen könnte“ (so die zusammenfassende Darstellung in der Presseerklärung des Bundesverfassungsgerichts vom 30.6.2009). Das bedeutet, dass das Europäische Parlament zu *wichtigen* Mehrheitsentscheidungen, die nationale Parlamente zu treffen haben, strukturell nicht oder nur begrenzt in der Lage ist. Dann aber kann auch die Erschwerung von Mehrheitsbeschlüssen des Europäischen Parlaments durch kleine Parlamentsparteien, selbst wenn sie tatsächlich vorliegen sollte, erst

recht keinen zwingenden Grund für die Aufrechterhaltung der Fünfprozentklausel darstellen.

Damit verliert auch der Umstand, dass die Befugnisse des Europäischen Parlaments seit 1979 erheblich ausgeweitet wurden, auf den sich der Bundestag bei Zurückweisung des Einspruchs beruft (BT-Drs. 10/2200, S. 46, r. Sp.), seine Schlüssigkeit. Denn auch diese Ausweitung führt nicht dazu, dass das Europäische Parlament die Mehrheitsentscheidungen, deretwegen die Fünfprozentklausel in den nationalen deutschen Parlamenten besteht, treffen kann.

f) Tatsächliche Veränderungen

Auch die tatsächlichen Veränderungen, die seit 1979 eingetreten sind, entziehen dem damaligen Urteil die Grundlage. Im Europäischen Parlament waren damals, wie schon erwähnt, 40 Parteien aus neun Mitgliedstaaten vertreten. Heute sind es 162 Parteien aus 27 Staaten. Der Bundestag bestätigt diese Zahlen ausdrücklich (Drs. 17/2200, S. 47, 1. Sp.). Er meint allerdings, die von ihm behauptete Zersplitterungsgefahr erhöhe sich dadurch noch, und will daraus ein zusätzliches Argument für die Verfassungsmäßigkeit der Sperrklausel ableiten. Dabei übersieht er aber, dass der Nachweis der Zersplitterung, selbst wenn er fundiert wäre, die Sperrklausel, wie dargelegt, keinesfalls tragen kann.

Umgekehrt wird ein Schuh draus. Angesichts der Vielzahl der Parteien kann es keinen wesentlichen Unterschied machen, wenn nach Wegfall der Sperrklausel zu den sechs deutschen Parteien, die Abgeordnete nach Brüssel entsenden, noch einige hinzu kommen, die ohnehin 2009 nicht einmal ein Zwölftel des deutschen Kontingents (8 von 99) betreffen, welches insgesamt nur noch 13 Prozent aller

europäischen Abgeordneten ausmacht; 1979 waren es 20 Prozent. Die bei Wegfall der Sperrklausel zusätzlich ins Europäische Parlament gelangenden Abgeordneten machen nur etwa 1 Prozent aller Europaparlamentarier aus (acht von 736). Eine wesentliche Verschlechterung der Arbeitsweise des Europäischen Parlaments kann daraus schon rein mengenmäßig gar nicht resultieren, auch wenn man berücksichtigt, dass kleinere Parteien bei Wegfall der Sperrklausel etwas mehr Stimmen bekommen dürften. Im übrigen ist zu erwarten, dass sich die Abgeordneten der deutschen Parteien, die nach Wegfall der Fünfprozentklausel ins Parlament kommen, den dort bereits bestehenden Fraktionen eingliedern (oben unter IV 1 c). Eine Beeinträchtigung der Funktionen des Europäischen Parlaments ist deshalb nicht zu befürchten und schon gar keine gravierende.

Berücksichtigt man ferner, dass das Parlament in eigener Sache entscheidet, wenn es die Fünfprozentklausel überprüft und deshalb die Richtigkeitschance der daraus hervorgegangenen Beschlüsse gering ist (siehe oben II 1), ist erst recht eine strenge Gerichtskontrolle angesagt, die dem Gesetzgeber nur einen eng begrenzten Spielraum belässt. Das Ergebnis kann nur die Feststellung der Verfassungswidrigkeit der Fünfprozentklausel sein.

g) Der Europäische Direktwahlakt

An der Verfassungs- und Rechtswidrigkeit der Fünfprozentklausel ändert auch der europäische Direktwahlakt nichts.⁶ Sein 2002 eingefügter Art. 3 erlaubt den Mitgliedstaaten, bei der Europawahl eine Sperrklausel festzulegen. Doch dabei

⁶ Direktwahlakt: Beschluss und Akt zur Einführung allgemeiner unmittelbarer Wahlen der Abgeordneten des Europäischen Parlaments vom 20.9. 1976 (BGBl 1977 II S. 733/734), zuletzt geändert durch Beschluss des Rates vom 25.6.2002 und 23.9.2002 (BGBl 2003 II S. 810; 2004 II S. 520).

handelt es sich lediglich um eine Kann-Vorschrift. Vorgeschrieben ist nur, dass die Klausel, falls der Gesetzgeber sie einführt, nicht mehr als fünf Prozent betragen darf. Hinsichtlich der Zulässigkeit von Sperrklauseln bleibt der deutsche Gesetzgeber hingegen in vollem Umfang an das Grundgesetz gebunden. Das stellt auch Art. 8 Abs. 2 des Direktwahlakts klar, wonach die innerstaatlichen Vorschriften „den Besonderheiten in den Mitgliedstaaten Rechnung tragen können“, solange sie das in Art. 1 des Direktwahlaktes vorgeschriebene Verhältniswahlssystem nicht in Frage stellen. Auch der Bundestag räumt ein, dass der Direktwahlakt nicht die Verfassungsmäßigkeit der Fünfprozentklausel begründet, sondern die Bindung des deutschen Gesetzgebers an das Grundgesetz unberührt lässt (so schon BT-Drs. 15/4750, Anl. 21, S. 92). Das muss erst recht gelten, wenn man berücksichtigt, dass die Gleichheit der Wahl im Demokratieprinzip wurzelt, welches über Art. 79 Abs. 3, 23 Abs. 1 Satz 1 GG „europarechtfest“ ist, wie der Senat im Lissabonurteil bestätigt hat (BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 30.6.2009, Absatz-Nr. 179, 218). Deshalb ist auch die vom Bundestag - ohne Begründung - vorgebrachte Behauptung, die Ermächtigung in Direktwahlakt sei ein "starkes Indiz dafür, dass § 2 Abs. 7 EuWG nicht gegen das Grundgesetz verstößt" (so auch in der Zurückweisung des Einspruchs, BT-Drs. 2200, S. 46, 1. Sp.), ohne rechtliche Substanz. Vom Bundestag erlassene Gesetze haben zwar regelmäßig die Vermutung der Verfassungsmäßigkeit für sich; insofern ist die Verfassungsmäßigkeit also meist indiziert. Wer die Verfassungswidrigkeit behauptet, trägt damit normalerweise die Beweislast und muss dafür gute Gründe anführen, wobei die Entscheidung, ob die besseren Gründe für die Verfassungswidrigkeit der angegriffenen Norm sprechen (Martin Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung, 1967), natürlich beim Verfassungsgericht liegt. Im vorliegenden Fall trägt der in eigener Sache und im eigenen Interesse tätig werdende Gesetzgeber allerdings zumindest die Darstellungslast. Er müsste mittels

einer umfassenden Realanalyse aufzeigen, dass die Deutschen Fünfprozentklausel im Interesse der Funktionsfähigkeit des Europäischen Parlaments wirklich zwingend erforderlich ist. Daran aber fehlt es bereits (siehe oben 1 d, bb). Zur Rechtfertigung verfassungswidriger Sperrklauseln kann der Direktwahlakt nicht führen.

h) Eile geboten

Die Überprüfung der Fünfprozentklausel bei Europawahlen hat besondere Eile. Denn bei der Wahl vom 7. Juni 2009 wurde acht Kandidaten kleinerer Parteien und Vereinigungen das ihnen gebührende Mandat vorenthalten. Stattdessen wurden die Mandate acht Abgeordneten etablierter Parteien übertragen, die die Sperrklausel überwunden haben. Dadurch wurden die acht übergangenen Kandidaten, ihre Parteien und ihre Wähler in ihrem Recht auf Gleichheit der Wählbarkeit und der Wahl, ja, eigentlich überhaupt in ihrem Recht zu wählen oder gewählt zu werden, verletzt. Denn die von der Sperrklausel betroffenen Stimmen hatten nicht nur geringeres Gewicht als die anderer Bürger, sondern sie wurden völlig ausgeschlossen und kamen im Ergebnis auch noch Parteien und Kandidaten zugute, die die ausgeschlossenen Wähler möglicherweise entschieden ablehnen. Die Anpassung ist durch Neuberechnung der Mandatsverteilung im Wahlprüfungsverfahren vorzunehmen.

Eine an sich zulässige einstweilige Anordnung, die der Senat gemäß § 32 BVerfGG von Amts wegen erlassen könnte (Schmidt-Bleibtreu, Kommentar zum Bundesverfassungsgerichtsgesetz [Loseblatt] § 48 BVerfGG, Rn. 38), kommt zwar wohl nicht in Betracht. Der Schaden, den eine vorläufige Ersetzung der acht u. E. zu Unrecht im Parlament Sitzenden durch die zu Unrecht Ausgeschlossenen im

Falle eines abweisenden Urteils bewirken könnte, wäre wohl größer, weil dann alles wiederum zurückgedreht werden müsste, als im Falle einer einmaligen Korrektur nach Feststellung der Verfassungswidrigkeit der Sperrklausel. Umso mehr erscheint aber eine rasche Sachentscheidung des Gerichts angezeigt.

2. Starre Listen

a) Wahlsystem

Die Wahl der 99 deutschen Mitglieder des Europäischen Parlaments erfolgt nach einem Verhältniswahlrecht mit starren Listen. Jeder Wähler hat nur eine Stimme, mit der er die eine oder andere Parteiliste en bloc ankreuzen kann. Die Parteien stellen ganz überwiegend Bundeslisten auf. Nur die Union präsentiert – im Hinblick auf die in Bayern kandidierende CSU – Landeslisten. Auch kleinere Parteien wie die Piraten oder die ÖDP und die politische Vereinigung Freie Wähler stellten bei der Europawahl 2009 Bundeslisten auf.

Bei der Wahl kann der Bürger die Abgeordneten nicht auswählen. Er ist vielmehr strikt an die auf den Listen genannten Personen und an die dort festgelegte Reihenfolge gebunden (gebundene Listen). Alle Kandidaten, die die Parteigremien auf so genannte sichere Listenplätze gesetzt haben, sind mit der Nominierung durch die Partei praktisch auch schon gewählt ("Wahlen ohne Auswahl"). Auf diese Weise immunisieren sich Berufspolitiker gegen eine Abwahl durch die Bürger bei der nächsten Wahl. Gehört aber die Möglichkeit der Abwahl der Repräsentanten, mit denen der Bürger unzufrieden ist, nicht zur Essenz der Demokratie? In Wahrheit werden - entgegen der vorgeschriebenen Wahl der *Abgeordneten* - die Parteien gewählt. Das bestätigt auch der Umstand, dass die Kandidaten den

Wählern oft völlig unbekannt sind, und es offenbar auch bleiben sollen. Nur die ersten zehn Namen der jeweiligen Parteiliste sind auf dem Wahlzettel aufgeführt (§ 15 Abs. 2 Nr. 4 EuWG), auch wenn sehr viel mehr Personen auf der Liste stehen, und zwar oft auf sicheren Plätzen.

Wie sehr die Bürger bei der Europawahl 2009 bevormundet wurden, zeigt ein Blick auf die Ergebnisse. Die SPD etwa hatte 99 Kandidaten auf ihrer starren Wahlliste präsentiert, genauso viele, wie Deutschland insgesamt Abgeordnete nach Brüssel entsandte. Das Wahlergebnis der SPD von 20,8 Prozent der Stimmen verschaffte ihr 23 Abgeordnete, also die ersten 23 auf ihrer Liste. Davon konnten mindestens 20 von vornherein sicher sein, ins Europäische Parlament einzuziehen. Denn die 20,8 Prozent waren das schlechteste Ergebnis, das die SPD jemals bei Europawahlen erzielt hatte, so dass ein wesentlich schlechteres Ergebnis von vornherein ausgeschlossen schien. Dagegen hatte spätestens ab Listenplatz-Nummer 35 kein Kandidat mehr eine Chance, gewählt zu werden. 64 SPD-Kandidaten hatten also keinerlei Aussicht, ins Parlament einzuziehen. Die starre Liste nahm ihnen jede Chance. Das zeigt, dass das starre Listenwahlrecht auch massiv in die Gleichheit der *Wählbarkeit* der Kandidaten eingreift.

Bei der CDU und CSU war die Situation ähnlich. Auch sie präsentierten eine sehr viel größere Zahl von Kandidaten als wirklich eine Chance hatten, ins Parlament einzuziehen. Auch bei ihnen gab es sichere Listenplätze und solche ohne jede Wahlchance. Unter Berücksichtigung eines "Sicherheitsabstandes" gegenüber ihren bisher schlechtesten Ergebnissen hatten CDU und CSU zusammen circa 35 sichere und eine noch sehr viel größere Anzahl absolut chancenloser Listenplätze.⁷

⁷ Siehe von Arnim, Wählen wir unsere Abgeordneten unmittelbar?, JZ 2002, S. 578 (579).

Für kleinere Parteien lassen sich meist keine sicheren Listenplätze ermitteln. Bei Europawahlen ist die "Stetigkeit" der Wahlergebnisse, vor allem bei kleineren Parteien, gering. Hier spielt – wegen der von den Bürgern als relativ wenig bedeutsam eingeschätzten Europawahlen – oft auch ausgesprochenes Protestwahlverhalten eine erhebliche Rolle. Das kann sich z.B. bei den Republikanern,⁸ wohl auch bei der Linken und bei Bündnis 90/Die Grünen auswirken. Hier können die Ausschläge deshalb besonders groß sein, so dass wegen der Fünfprozent-Klausel oft nicht sicher ist, dass die Partei überhaupt Abgeordnete nach Brüssel schicken kann. Von sicheren Kandidaturen lässt sich deshalb bei der Europawahl 2009 allenfalls bei den ersten sechs Listenplätzen von Bündnis 90/Die Grünen sprechen. Andererseits ist sicher, dass eine sehr große Zahl von Kandidaten auf hinteren Listenplätzen keinerlei Chancen besaß.

Insgesamt waren bei der Europawahl 2009 61 Listenplätze als sicher anzusehen: 20 der SPD, 35 der Union und 6 der Grünen, das sind rund 62 Prozent der insgesamt 99 zu vergebenden Sitzen. Umgekehrt hatte eine sehr viel größere Anzahl der von den Parlamentsparteien präsentierten Kandidaten definitiv überhaupt keine Chance, gewählt zu werden.

Ob es berechtigt ist, hinsichtlich der deutschen Europawahl oder zumindest hinsichtlich der sicheren Listenplätze von *Direktwahlen* zu sprechen, wie es sich für Wahlen zum Europäischen Parlament eingebürgert hat, oder ob hier nicht in Wahrheit eine semantische Verschleierung der wahren Verhältnisse vorliegt, wird zu klären sein.⁹

⁸ Die Republikaner hatten bei Bundestagswahlen nie eine Chance, erreichten bei der Europawahl 1989 aber 7,1 Prozent der Stimmen. Darunter waren viele Proteststimmen.

⁹ Der Begriff „Direktwahlen“ ist natürlich auch vor dem Hintergrund zu verstehen, dass die Mitglieder des Europäischen Parlaments bis 1979 von den nationalen Parlamenten, also indirekt,

b) Der Prüfungsmaßstab und seine Anwendung auf die starren Listen bei der Europawahl

Art. 38 Abs. 1 S. 1 und Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG sehen allgemeine, unmittelbare, freie, gleiche und geheime Wahlen für Mitglieder von Volksvertretungen vor. Die Vorschriften gelten unmittelbar zwar nur für Bundestagsabgeordnete und Volksvertreter in den Ländern, Kreisen und Gemeinden. Es ist aber anerkannt, dass die darin umschriebenen Wahlrechtsgrundsätze "als allgemeine Rechtsprinzipien für Wahlen zu allen Volksvertretungen im staatlichen und kommunalen Bereich" gelten (BVerfGE 47, 253 [276 f.]). Für Wahlen zum Europäischen Parlament müssen zwar Abstriche hinsichtlich der Gleichheit der Wahl im Verhältnis zu anderen Mitgliedstaaten gemacht werden, weil die Wähler kleiner Staaten bei der Europawahl ein bis zu zwölfmal so großes Stimmengewicht besitzen, wie die Wähler in der Bundesrepublik Deutschland (siehe oben unter II 1). Ansonsten ist aber kein Grund ersichtlich, warum die genannten Wahlrechtsgrundsätze nicht auch für die deutsche Europawahl gelten.

Das folgt auch aus dem Demokratieprinzip, welches - jedenfalls in der bundesrepublikanischen Ausprägung - eine wirkliche Wahl verlangt, und zwar nicht nur eine Wahl der Parteien, sondern auch eine wirkliche Wahl der Abgeordneten. Das Demokratieprinzip besitzt, wie die "Ewigkeitsbestimmung" des Art. 79 Abs. 3 GG zeigt, ein besonders hohes Gewicht. Sein Inhalt ist die Mitwirkung des Volkes, sprich: der Bürger, an der politischen Willensbildung.

gewählt wurden. Doch der Umkehrschluss, dass sie jetzt direkt, nämlich durch die Bürger gewählt würden, hinkt zumindest für deutsche Europaabgeordnete - angesichts des starren Listen.

Richtig verstanden ist Demokratie als Prinzip zu interpretieren.¹⁰ Dabei ist mit der Mitwirkung der Bürger an der politischen Willensbildung die wirkliche Mitwirkung, nicht bloß eine formal unterstellte gemeint. Das Kennzeichen von Prinzipien besteht darin, dass sie "in unterschiedlichen Graden erfüllt werden können" und sie in einem - im Hinblick auf "die rechtlichen und tatsächlichen Möglichkeiten möglichst hohen Maße" - zu realisieren sind.¹¹ Das gilt, wie neuerdings zunehmend erkannt wird, eben auch für das Demokratieprinzip.¹² Demokratie ist "eine Veranstaltung zur Maximierung von Selbstbestimmung".¹³ Es ist aber offensichtlich, dass der Mitwirkungsgrad der Bürger bei der Wahl von Europaabgeordneten sehr viel größer ist, wenn sie nicht nur starre Parteilisten ankreuzen, sondern die Chancen einzelner Kandidaten auf der Liste durch ihre Hervorhebung verbessern oder durch ihre Zurücksetzung verschlechtern können. Die Möglichkeit, die Partei *und* die Abgeordneten wirklich auszuwählen, verschafft den Bürgern mehr demokratische Mitwirkung, als wenn sie nur von den Parteien vorgegebene Kandidatenpakete ankreuzen können.

Für die Beseitigung der starren Parteilisten bei der Europawahl, z.B. durch ihre Flexibilisierung, spricht auch der Grundsatz der Gleichheit der Wählbarkeit der

¹⁰ Zutreffend Friedrich E. Schnapp, in: von Münch/Kunig (Hg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 2, 2001, Art. 20, Rn. 6; Uwe Volkmann, in: Friauf/Höfling (Herausgeber), Berliner Kommentar zum Grundgesetz (Loseblatt, Stand: 2001), Art. 20, Rn. 38; Dirk Ehlers, Die Staatsgewalt in Ketten, Festschrift für Ekkehart Stein zum 70. Geburtstag, 2002, S. 125 (129); Bodo Pieroth, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz. Kommentar, 10. Auflage 2009, Rn. 9. Siehe auch schon Brun-Otto Bryde, Die bundesrepublikanische Volksdemokratien als Irrweg der Demokratietheorie, Staatswissenschaft und Staatspraxis 1994, S. 305 (323 f.); ders., Das Demokratieprinzip des Grundgesetzes als Optimierungsaufgabe, in: Redaktion Kritische Justiz (Hg.), Demokratie und Grundgesetz, 2000, S. 59 (62).

¹¹ Robert Alexy, Theorie der Grundrechte, 1986, S. 75 f.

¹² Schnapp, a. a. O.; Volkmann, a. a. O., Ehlers, a. a. O.; Pieroth, a. a. O.; Bryde, Demokratieprinzip.

¹³ Gertrude Lübke-Wolff, Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVdStRL 60 (2001), S. 246 (252). Statt "Maximierung" sollte es vielleicht besser "Optimierung" heißen, also: in Abwägung mit anderen relevanten Belangen.

Kandidaten, welcher aus Art. 3 Abs. 1 GG und dem Demokratieprinzip des Art. 20 Abs. 1 und 2 GG folgt. Hier geht es um die Gleichheit des passiven Wahlrechts; dass dieses von Art. 3 GG und dem Demokratieprinzip mit umfasst wird, ist unstrittig. Dabei handelt es sich zwar nicht um ein Recht des Beschwerdeführers und der der Beschwerde Beigetretenen. Das ist aber auch nicht erforderlich. In Wahlprüfungsverfahren geht es nicht primär um die Verletzung subjektiver Rechte, sondern vornehmlich um die objektive Überprüfung der Recht- und Verfassungsmäßigkeit der Wahl (seit BVerfGE 1, 430 [433] ständige Rechtsprechung, z.B. BVerfGE 89, 291).

Bei der Gleichheit der Wählbarkeit kann es nicht nur um die Wählbarkeit innerhalb der Parteien gehen, sondern auch um die Gleichheit der Wählbarkeit durch die Bürger. Schließlich sind sie es, die das vom Demokratieprinzip gewährleistete Wahlrecht in erster Linie besitzen und nicht die Parteigremien, die die Listen aufstellen. Da "die Erfolgsaussichten des einzelnen Bewerbers im Rahmen der Verhältniswahl mit gebundenen Listen maßgeblich davon abhängen, welchen Platz seiner Partei ihm auf der Liste zuweist" (BVerfGE 41, 399 [417]), haben Kandidaten im hinteren Teil der Liste keine Chance, gewählt zu werden, während die auf den vorderen Listenplätzen der Union, der SPD und der Grünen gesetzten Kandidaten schon vor der Wahl sicher sein können, ins Europäische Parlament einzuziehen. Diese krass ungleiche Chancenverteilung greift massiv in das Recht auf gleiche Wählbarkeit der Kandidaten durch die Bürger ein. Dieser Eingriff würde etwa durch Flexibilisierung der Liste, die die Gleichheit der Wählbarkeitschancen - in Bezug auf die allein maßgebliche Wahl durch die Bürger - verbessern würde, erheblich gemindert.

Auch die demokratischen Grundsätze des Europarechts bestätigen und verstärken die Grundsätze der Wahl der Gleichheit und Freiheit der Wahl und der Wählbarkeit innerhalb der Mitgliedstaaten (Art. 9, 10 Abs. 2 S. 1 EUV). Das trifft auch für die Grundrechte-Charta zu. Sie ist, da es sich bei der Europawahl um die Durchführung von EU-Recht handelt, anwendbar (Art. 51 Abs. 1 EU-GR-Charta), so dass das Diskriminierungsverbot des Art. 21 EU-GR-Charta und die Gewährleistung allgemeiner, unmittelbarer und freier Wahlen (Art. 39 Abs. 2 EU-GR-Charta) auch europarechtlich gelten.

Starre Wahllisten greifen in die Grundsätze der unmittelbaren und freien Wahl der Abgeordneten durch die Bürger und die gleiche Wählbarkeit der Kandidaten ein. Würden die Parteien die Abgeordneten erst nach der Wahl benennen, wäre die Beeinträchtigung der Freiheit und Unmittelbarkeit der Wahl und der Gleichheit der Wählbarkeit offensichtlich.¹⁴ Die Wahl der Abgeordneten erfolgte dann durch die Parteien, nicht gleich, frei und unmittelbar durch das Volk, wie es die demokratischen Vorschriften der Verfassung verlangen. Soll es aber einen wesentlichen Unterschied machen, *wann* die Parteien festlegen, wer sie bekommt und wer sie nicht bekommt? Ob dies vor oder nach der Wahl geschieht, ändert doch nichts am Ergebnis: Die Parteien und nicht das Volk verteilen die Mandate und schließen andere definitiv davon aus.

Darüber hinaus wird den Bürgern durch die starren Parteilisten überhaupt das Recht genommen, die deutschen Abgeordneten des Europäischen Parlaments zu wählen.

¹⁴ Statt vieler Ingo von Münch, in: von Münch/Kunig (Hg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. 2, 3. Aufl., 1995, Art. 38 Rn. 23 ff.; Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., 1995, Rn. 146.

Angesichts des massiven Eingriffs, den starre Listen in die Unmittelbarkeit und Freiheit der Wahl, in das Wahlrecht überhaupt, in die Gleichheit der Wählbarkeit und in das Demokratieprinzip bewirken, stellt sich die Frage nach zwingenden Rechtfertigungsgründen. Mangels solcher Gründe sind die starren Listen verfassungswidrig (siehe oben unter IV 1). Art. 21 Abs. 1 GG, wonach die Parteien an der politischen Willensbildung des Volkes lediglich *mitwirken*, kann keine Rechtfertigung darstellen. Denn solche Mitwirkung bestünde auch, wenn die Starrheit der Listen beseitigt und dadurch flexibilisiert würden, dass der Wähler einen oder mehrere Kandidaten auf der Liste ankreuzen könnte, oder ein anderes System eingeführt würde, welches dem Wähler Einfluss auf die Chancen der einzelnen Kandidaten einräumt. Denn die Parteien präsentierten weiterhin die Listen und schlugen weiterhin die Kandidaten vor, und dies besäße weiterhin ein beträchtliches Beharrungsmoment. Dadurch würde zwar das Monopol der Bestimmung der Abgeordneten durch die Parteien beseitigt, doch für seine Aufrechterhaltung gibt Art. 21 GG nichts her, es sei denn, man interpretierte diese Vorschrift im Sinne der Parteienstaatsdoktrin von Gerhard Leibholz. Leibholz räumte zwar ein, dass starre Listen gegen die Unmittelbarkeit der Wahl der Abgeordneten durch das Volk verstoßen,¹⁵ wollte den Unmittelbarkeits-Grundsatz aber „parteienstaatlich“ modifiziert wissen und ihn auf diese Weise weginterpretieren: Da Leibholz Volk und Partei in eins setzte,¹⁶ ist seiner Ansicht

¹⁵ Gerhard Leibholz, z. B. in: Parteien und Wahlrecht in der modernen Demokratie, in: Parteien, Wahlrecht, Demokratie. Vorträge und Diskussionen einer Arbeitstagung der Friedrich-Naumann-Stiftung und der Deutschen Gruppe der Liberalen Weltunion vom 17. bis 19.3.1967 im Kurhaus Baden-Baden, 1967, 40 (47 f.).

¹⁶ Leibholz, Verfassungsrechtliche Stellung und innere Ordnung der Parteien, Deutscher Juristentag 1950, C 2 (10): „Ja, man kann geradezu sagen, daß in dieser Form der Demokratie (das heißt, dem 'modernen demokratischen Parteienstaat') die Parteien das Volk 'sind'.“

nach auch die Auswahl der Abgeordneten durch die Parteien als Wahl durch das Volk anzusehen.¹⁷

Das Bundesverfassungsgericht ist inzwischen von Leibholz' Doktrin, welche die Parteien-Rechtsprechung anfangs beeinflusst hatte, zwar wieder abgerückt (siehe zum Beispiel BVerfGE 41, 399). Die Gleichsetzung von Volk und Parteien wird heute praktisch von kaum jemandem noch vertreten.¹⁸ Die früheren Urteile sind aber noch nicht alle korrigiert und wirken deshalb fort, vor allem eben auch die Urteile zu den starren Listen.

Die bisherige Rechtsprechung hat die politische Freiheit gelegentlich auf einen bloßen Formalismus verkürzt,¹⁹ und die starren Listen abgesegnet, obwohl keine zwingenden Gründen für ihre Beibehaltung vorliegen. Dabei blieb unberücksichtigt, dass der Zweite Senat schon früh, im Jahre 1958, eine rein formale Auslegung zurückgewiesen und ausdrücklich auf die praktischen Auswirkungen einer rechtlichen Regelung abgehoben hatte: "Nicht die äußere Form, sondern der materiell-rechtliche Inhalt" sei "entscheidend" (BVerfGE 8,51 [64]). Der Senat hat dies damals allerdings - und unter direktem Bezug auf Leibholz' Veröffentlichungen - auf die *Parteien* und ihre staatliche Finanzierung bezogen. Nachdem Leibholz' Doktrin heute nicht mehr aufrechtzuerhalten ist, muss der Auslegungsgrundsatz, dass der materiell-rechtliche Gehalt entscheidet, nun auch auf die Gleichheit der Wahl und der Wählbarkeit der *Abgeordneten* erstreckt

¹⁷ So schon Leibholz, Die Wahlrechtsreform und ihre Grundlagen, Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer, Band 7 (1932), 159 (172). Siehe auch von Arnim/Heiny/Ittner, Politik zwischen Norm und Wirklichkeit. Systemmängel im deutschen Parteienstaat aus demokratischer Perspektive, FÖV Discussion Papers 35, 2006, S. 38 ff.

¹⁸ Statt vieler Dieter Grimm, Die politischen Parteien, in: Benda/Maihofer/Vogel (Hg.), Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl., 1994, 599 (613 ff. m.w.N.).

¹⁹ BVerfGE 7, 63 (68 f.): Der Grundsatz der Unmittelbarkeit der Wahl der Abgeordneten sei „im Parteienstaat... formal zu interpretieren.“

werden. Und die starren Listen wirken sich eben dahin aus, dass den Bürgern die Wahl ihrer Abgeordneten genommen, ihre Freiheit und Unmittelbarkeit der Wahl der Abgeordneten beseitigt wird und auch aus der Sicht der Kandidaten von Gleichheit der Wählbarkeit durch die Bürger nicht die Rede sein kann - ohne dass besonders zwingende Gründe dies rechtfertigen.

Bei der früheren Rechtfertigung der starren Listen wurde dem Begriff des Formalen im Zusammenhang mit Wahlen unter der Hand sein Sinn genommen, und dieser sogar ins Gegenteil verkehrt. Der Begriff des Formalen dient im Zusammenhang mit der Gleichheit des Rechts, zu wählen und gewählt zu werden, dazu, den Gleichheitssatz zu *verstärken*, indem keinerlei Differenzierung etwa nach Stand, Vermögen, Zensus, intellektuellen Fähigkeiten, Rasse, Herkunft oder Geschlecht erlaubt werden. Und auch sonst dürfen Unterschiede nur ausnahmsweise gemacht werden. Dem Gesetzgeber werden "in diesem Bereich besonders enge Grenzen gezogen" (BVerfGE 8, 51 [65]). Während der allgemeine Gleichheitssatz eine unterschiedliche Behandlung von Gleichem erlaubt, wenn dafür überhaupt Gründe angeführt werden können, verlangt der formalisierte Gleichheitssatz "einen besonders zwingenden Grund" (BVerfG, a.a.O.). Denn die Gefahr von Gleichheitsverstößen ist bei Entscheidungen des Parlaments in eigener Sache besonders groß. Zudem wiegen solche Verstöße im Wahlrecht besonders schwer. Den Beschlüssen der Parlamentsmehrheit sind auch diejenigen unterworfen, die die Opposition gewählt haben. Das ist nur zu legitimieren, wenn die Mehrheit in fairem Wettbewerb zu Stande gekommen ist (von Arnim, Der strenge und der formale Gleichheitssatz, DÖV 1984, S. 85 m. N. aus der Rechtsprechung). Im Gegensatz dazu soll nun plötzlich der Begriff *formal* – im Zusammenhang mit der Beurteilung der starren Listen im Hinblick auf die Unmittelbarkeit der Wahl und die gleiche und freie Wählbarkeit der Kandidaten – dazu dienen, die Grundsätze nicht zu

verstärken, sondern sie umgekehrt zu *schwächen*, ja, zu beseitigen. Das ist weder konsequent noch mit den entwickelten Grundsätzen, z. B. der Demokratie als Prinzip (siehe oben unter b) oder dem heutigen Stand der Methodik der Verfassungsinterpretation (unten unter d) zu vereinbaren.

Das gelegentlich zur Verteidigung der starren Listen vorgebrachte angebliche Bedürfnis, Fachleute ins Parlament zu bringen, erscheint angesichts der schnellen Einarbeitung von Volksvertretern, zum Beispiel auch von Ministern, in ihnen bisher völlig unbekannte Materien, nicht überzeugend und besitzt jedenfalls nicht das Gewicht, um die Beeinträchtigung der Grundsätze der Freiheit und Unmittelbarkeit der Wahl und der Wählbarkeit der Abgeordneten, des Wahlrechts überhaupt und des Demokratieprinzips aufzuwiegen, zumal der Gesetzgeber auch bei der Aufrechterhaltung der starren Listen in eigener Sache handelt bzw. trotz gebotener Aufhebung nicht handelt und deshalb eine strenge Kontrolle durch das Bundesverfassungsgericht angezeigt ist. Im übrigen scheinen die Parteien ihr Monopol durchaus nicht immer dazu zu benutzen, besonders qualifizierte Kandidaten ins Europäische Parlament zu entsenden (siehe sogleich).

Tatsächlich dürfte der Widerstand der Parlamentsparteien und ihrer Abgeordneten gegen die Beseitigung der starren Listen vornehmlich auf dem Wunsch beruhen, an dem Wahlsystem festzuhalten, welches ihnen die Mandate verschafft hat. Erhielten die Bürger mehr Einfluss, würden die parteiinternen Verbindungen, die es der großen Mehrheit der Abgeordneten bisher erleichtern, für ihre Wiedernominierung auf guten Plätzen zu sorgen, zumindest teilweise entwertet und die Wiederwahl unsicherer. Deshalb ist vom Parlament - trotz der Empfehlung der Enquetekommission Verfassungsreform schon 1976²⁰ und dem Appell vieler

²⁰ BT-Drs. 7/5924, S. 17 ff.

Prominenter bis hin zu mehreren Bundespräsidenten²¹ - keine Beseitigung der starren Listen zu erwarten, es sei denn, das Bundesverfassungsgericht erzwingt eine solche Reform. Die persönlichen Eigeninteressen der Abgeordneten können – angesichts ihrer verfassungsrechtlichen Verpflichtung auf das Gemeinwohl – keine Relevanz beanspruchen.

Das starre Listenwahlrecht erlaubt es deutschen Parteien, praktisch unkontrolliert vom Wähler, nach Brüssel zu schicken, wen sie wollen. Dem Kandidaten kann sein Ansehen bei den Wählern fast gleichgültig sein, wenn er nur in der Partei über die nötige Unterstützung verfügt, die ihm eine aussichtsreiche Nominierung sichert. Der Bürgernähe dient das nicht. Bisweilen scheint die Öffentlichkeit sogar den Eindruck zu haben, dorthin würde lediglich die zweite oder dritte Politiker-Garnitur entsandt (siehe von Arnim, Das Europa-Komplott, 2006, S. 263 ff.). Auch das würde mit der Beseitigung der starren Listen erschwert.

Was in Brüssel die dortigen Parteien und Fraktionen beschließen, ist für den deutschen Bürger praktisch nicht mehr zu überblicken. Der Wähler kann nicht erkennen, welche Partei oder Parteiengruppierung für welches Projekt Verantwortung trägt - ein weiterer Faktor, der die Abgehobenheit Brüsseler Politik²² mitbegründet und wohl auch in der immer weiter sinkenden Beteiligung an Europawahlen ihren Ausdruck findet. Umso wichtiger wäre es, das Vertrauen der Bürger zu ihren Vertretern in Brüssel zu vertiefen beziehungsweise herzustellen. Das aber setzt voraus, dass die Bürger diese auch wirklich persönlich auswählen können, wie dies etwa bei Flexibilisierung der Wahllisten möglich würde.

²¹ Z.B. Roman Herzog, 50 Jahre Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland, Bulletin der Bundesregierung, 1999, S. 345 (357).

²² Siehe z.B. Andreas Oldag/Hans-Martin Tillack, Raumschiff Brüssel, 2003.

c) Rechtsprechung zu starren Listen bei Bundestagswahlen

Das Bundesverfassungsgericht hat sich, soweit ersichtlich, noch nicht umfassend mit dem starren Listenwahlrecht bei deutschen Europawahlen befasst. Der Bundestag beruft sich bei der Zurückweisung des Einspruchs auf Urteile, die lediglich die starren Listen bei Bundestagswahlen betrafen (BT-Drs. 17/2200, S. 47, r. Sp.). Deshalb sei hier auch auf die Rechtsprechung zu starren Listen bei Bundestagswahlen eingegangen.

Das Bundesverfassungsgericht hat erstmals 1957 umfassend das starre Listenwahlrecht bei Bundestagswahlen behandelt, sich dabei, zumindest im Ergebnis, Gerhard Leibholz angeschlossen und starre Listen für verfassungsmäßig erklärt.²³ Das Gericht hat diese Entscheidung 1967 bestätigt (BVerfGE 21, 355, siehe zum Beispiel auch 95, 335 [349 f.]). An beiden Entscheidungen war Leibholz beteiligt. Im erstgenannten Urteil erkannte das Gericht zwar, dass Art. 38 GG "die Personenwahl im Parteienstaat" garantiert und deshalb nicht nur die Parteien, sondern auch die Abgeordneten unmittelbar vom Volk gewählt werden müssen. Diese Anerkennung geschah allerdings nur verbal: Der Wähler, der mit seiner Stimme eine Partei wählt, entscheide sich formal für deren gesamten Personalvorschlag und segne damit die ganze von der Partei präsentierte Liste von Kandidaten ab. Zwar wisse er oft gar nicht, welche Namen auf der Liste stehen. Auf dem Wahlzettel werden ja nur die vorderen Namen genannt. Doch dies wurde damit gerechtfertigt, der Wähler habe ja die Möglichkeit, sich Kenntnis von allen

²³ BVerfGE 7, 63. Siehe auch schon BVerfGE 3, 45. Dort hatte das Gericht nur zu entscheiden, dass jedenfalls die Benennung von Ersatzleuten nach der Wahl durch die Partei gegen die Unmittelbarkeit der Wahl verstößt. Dafür brauchte der Senat die Bedeutung des Begriffs *Unmittelbarkeit* der Wahl "nicht erschöpfend" zu untersuchen (BVerfGE 3, 45 [49]).

Namen zu verschaffen, da die Wahlleiter sie öffentlich bekannt gemacht hätte (siehe § 28 Abs. 3 BWG).

Es erscheint bereits zweifelhaft, ob man den Wähler wirklich auf eine derartige Veröffentlichung in einem wenig gelesenen Amtsblatt verweisen kann oder ob dies nicht letztlich auf eine Fiktion hinausläuft. Entscheidend aber ist ohnehin etwas anderes: Selbst wenn der Wähler alle Listenkandidaten der Partei, die er wählt, kennen würde, kann er doch nichts an der Liste ändern. Weder kann er bestimmen, welche Personen überhaupt auf der Liste stehen, noch hat er Einfluss auf ihre Platzierung und damit ihre Wahlchancen. Mit der Entscheidung für eine bestimmte Partei muss der Wähler sich also für deren ganzes, von ihm nicht zu veränderndes personelles Blockangebot und gegen alle anderen Möglichkeiten entscheiden. Das Gericht segnete dies mit einer Reihe von Formulierungen ab.

Das Wahlergebnis hänge "allein von der im Wahlakt bekundeten Willensentscheidung der Wähler ab". Dass "die Wahl eines Bewerbers von der Mitwahl weiterer Bewerber abhängig gemacht wird," stehe dem Grundsatz der Unmittelbarkeit nicht entgegen. Entscheidend sei, dass "die Zurechnung der abgegebenen Wählerstimmen auf die einzelnen Wahlbewerber sich von der Stimmabgabe an ohne Zwischenschaltung eines von dem der Wähler verschiedenen Willen vollziehe. Auch die Wahl von auf einer Liste im voraus festgelegten Kandidaten" sei "als unmittelbare Wahl von Abgeordneten anzusprechen." Der Bundesgesetzgeber habe "somit durch das System der starren Liste im Bundeswahlgesetz nicht gegen den Grundsatz der unmittelbaren Wahl verstoßen." (BVerfGE 7, 63 [69]). "Nur wenn die Wähler das letzte Wort haben, haben sie auch das entscheidende Wort; nur dann wählen sie unmittelbar." (BVerfGE 7, 63 [68]). Und schon in einer früheren Entscheidung hatte das Gericht formuliert, Unmittelbarkeit verlange, "dass die gewählten Vertreter maßgeblich von den

Wählern" bestimmt werden (BVerfGE 3, 45 [49]). Beides – das letzte Wort und die maßgebliche Bestimmung durch die Wähler – sei aber auch bei starren Listen gegeben.

Die damaligen Formulierungen sind nicht leicht auf einen einheitlichen Interpretations-Nenner zu bringen. Verschiedene Wendungen erwecken den Eindruck, es komme nicht nur auf Formales an, sondern auf den wirklichen Einfluss, den die Wähler besitzen. In diese Richtungen gehen vor allem folgende drei Bemerkungen:

- Das Wahlergebnis hänge auch bei dem bestehenden Blockwahlsystem "allein von der ... Willensentscheidung der Wähler ab."
- Die Wähler hätten "das letzte" und damit "auch das entscheidende Wort".
- "Die gewählten Vertreter" würden "maßgeblich von den Wählern" bestimmt.

Doch die drei Bemerkungen halten aus heutiger Sicht einer Nachprüfung nicht stand. Die Wähler haben in unserem Wahlsystem nicht wirklich das letzte Wort im Sinne einer maßgeblichen Entscheidung. Die eigentliche Entscheidung – zumindest hinsichtlich einerseits der sicheren und andererseits der chancenlosen Platzierungen – treffen nicht die Bürger mit der Wahl, sondern die Parteien bei der Nominierung. Die von den Parteiinstanzen materiell schon Gewählten werden von den Wählern bloß noch formal nachgewählt. Nicht der Wähler hat also das "entscheidende Wort", nicht der Wähler trifft die "maßgebliche" Entscheidung, sondern die Partei (so auch Hanns-Justus Rinck, JZ 1958, S. 193 [194]; Rainer Peterek, Die Problematik des Grundsatzes der unmittelbaren Wahl, 1965, S. 89 f.).

Es bleiben als Argumente für die Verfassungsmäßigkeit der starren Listenwahl deshalb nur

- dass jede Wählerstimme "bestimmten oder bestimmbarern Wahlbewerbern zugerechnet" werden könne und "nach der Stimmabgabe" keine "Zwischeninstanz" mit Einfluss auf das Wahlergebnis eingeschaltet sei.

Das Gericht beschränkt sich damit allein auf das Argument "zeitlich nachher", also letztlich auf einen rein formalen Gesichtspunkt.²⁴ Danach soll der Grundsatz der Unmittelbarkeit lediglich verhindern, dass nach der Wahl eine weitere Instanz entscheidet.

Diese Begründung sah Leibholz selbst als unzutreffend an (siehe oben unter b). Auch der Leibholz-Schüler Rinck,²⁵ der ebenfalls Mitglied des erkennenden Senats war, vermisste in der Begründung des Urteils einen überzeugenden Grund dafür, warum der Grundsatz der unmittelbaren Wahl nur durch Einschaltung einer Zwischeninstanz *nach* der Wahl verletzt werde und nicht dieselbe Verletzung durch die Einsetzung einer Zwischeninstanz *vor* der Wahl eintrete, wie sie heute in Form der Parteien bestehe, die faktisch darüber entscheiden, wer ins Parlament kommt.

Auch ein Verstoß gegen den Grundsatz der *Wahlfreiheit* lag nach damaliger Auffassung des Gerichts nicht vor. Da starre Listen den Wähler auf das für ihn unveränderbare Blockangebot der Parteien verweisen und somit seine Freiheit beeinträchtigen, bestimmte Abgeordnete zu wählen und andere nicht zu wählen, berühre sich, wie das Gericht zutreffend formuliert, "die Unmittelbarkeit der Wahl (hier) mit dem Grundsatz der Wahlfreiheit, der nicht nur eine Ausübung des

²⁴ Das räumt, wie erwähnt, auch das Gericht ein. BVerfGE 7, 63 (69): "die formal zu interpretierende Unmittelbarkeit der Wahl der Abgeordneten."

²⁵ Rinck, a.a.O., S. 194. Auch Rinck hat dann allerdings wie Leibholz versucht, die Konsequenz, dass starre Listenwahlen gegen den Grundsatz der Unmittelbarkeit verstoßen, durch Hinweise auf den Parteienstaat abzuwehren.

Wahlrechts ohne Zwang oder sonstige unzulässige Beeinflussung von außen sichert ..., sondern auch eine Gestaltung des Wahlverfahrens verbietet, das die Entschließungsfreiheit des Wählers in einer innerhalb des gewählten Wahlsystems vermeidbaren Weise verengt." (BVerfGE 95, 335 [350]).

Genau eine solche Verengung bewirken starre Listen. Denn das Wahlsystem der Verhältniswahl ließe auch eine die Entschließungsfreiheit des Wählers weniger beeinträchtigende Gestaltung des Wahlverfahrens zu: zum Beispiel flexible Listen. Demgegenüber hatte das Gericht damals einen Verstoß gegen den Grundsatz der Wahlfreiheit mit der Behauptung abgelehnt, die Frage, ob freie oder gebundene Listen, sei "nicht eine Frage der mehr oder minder freien Wahlbetätigung, sondern eine Frage der näheren Ausgestaltung der Wahlrechtsausübung". Für "die technische Ausgestaltung der Wahlrechtsausübung im einzelnen", ließen sich aus dem Begriff der Wahlfreiheit aber keine Grundsätze herleiten. (BVerfGE 7, 63 [69]). Diese Argumentation vermag heute nicht mehr zu überzeugen. Die Unterscheidung zwischen "Wahlbetätigung" und "Wahlrechtsausübung" leuchtet nicht ein. In jedem Fall ist die Frage, ob der Bürger durch flexible Listen Einfluss auf die Personalauswahl erhält, – anders als ihre Abschiebung in den Bereich der bloß "technischen Ausgestaltung der Wahlausübung im einzelnen" nahelegt – von eminenter Bedeutung. Die Bemerkung des Gerichts berücksichtigt nicht, dass die Vorenthaltung jeden Einflusses auf die Personalauswahl der Wahl der Abgeordneten nicht nur die Unmittelbarkeit nimmt, sondern auch die Wahlfreiheit des Volkes schwer beeinträchtigt, und das in durchaus vermeidbarer Weise.

Auch ein Verstoß gegen den Grundsatz der *Chancengleichheit der Wahlbewerber* lag nach der seinerzeitigen Ansicht des Gerichts nicht vor, weil "gebundene Listen seit je unangefochten als mit dem Grundsatz der Gleichheit der Verhältniswahl vereinbar angesehen worden" seien. Doch die Berufung auf die Tradition schlägt

heute nicht mehr durch, wenn die Beurteilungsgrundsätze und/oder die tatsächliche Situation sich gewandelt haben (siehe oben unter II 1).

Das Gericht meinte seinerzeit, wegen der Freiwilligkeit des Anschlusses an eine Partei könne kein Verstoß gegen die Gleichheit vorliegen, denn der Wahlbewerber habe sich dadurch freiwillig dem Platzierungsbeschluss der Partei unterworfen, der seine Wahlchancen in der Tat entscheidend präge. Die Zweifel, ob wirklich "Freiwilligkeit" vorliege, verneinte das Gericht mit dem Hinweis, jeder habe die Möglichkeit, in einem Wahlkreis zu kandidieren (BVerfGE 7, 63 [70 f.]), sei also nicht auf die Partei angewiesen. Stellt man aber in Rechnung, dass parteifreie Kandidaten heute bei Bundestagswahlen praktisch kaum mehr Chancen besitzen und deshalb in Wahrheit keine Alternative zur Kandidatur innerhalb der Parteien besteht, so ist die Grundlage dieser Bewertung selbst bei Bundestagswahlen heute entfallen. Für Europawahlen ist das Argument ohnehin nicht schlüssig, weil es bei ihr keine Wahlkreiskandidaten gibt.

Damit ist festzuhalten: Die Rechtsprechung des Gerichts zu den starren Listen ist überholt und entspricht nicht mehr der heutigen Situation,²⁶ so dass auch sie das starre Listenwahlrecht bei Europawahlen nicht tragen kann. Die vom Gericht seinerzeit angeführten Einzelargumente erscheinen heute nicht mehr stichhaltig; übrig bleibt die Auffassung von Leibholz und Rinck, Art. 21 Abs. 1 GG rechtfertige es eben, dass die *Parteien*, nicht die Abgeordneten, von den Bürgern

²⁶ Von Arnim, Wählen wir unsere Abgeordneten unmittelbar, JZ 2002, S. 578 ff.; ders., Wahl ohne Auswahl, Zeitschrift für Rechtspolitik 2004, S. 115 ff.; ders., Wahlgesetze: Entscheidungen des Parlaments in eigener Sache, JZ 2009, S. 813 ff. Siehe auch Zippelius/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 22. Auflage, 2008, § 39 Rn. 17: "Das System der starren Listen ... ist verfassungsrechtlich nicht unbedenklich. Denn hier bestimmt die politische Partei, aber nicht der Wähler, in welcher Reihenfolge Parlamentssitze errungen werden." Zweifel auch bei Hartmut Maurer, Staatsrecht I, 6. Auflage, 2010, § 13 Rn. 11; Christoph Degenhart, Staatsrecht I, 20. Auflage, 2004, § 1 Rn. 24a. Rein rechtspolitisch argumentierend Brun-Otto Bryde, in: Brink/Wolff (Hg.), Gemeinwohl und Verantwortung, 2004, S. 679 (684 f.).

gewählt werden und sich folglich auch die demokratischen Wahlgrundsätze, insbesondere die Unmittelbarkeit und Freiheit der Wahl und der Wählbarkeit, auf die Parteien und nicht auf die Abgeordneten zu beziehen hätten. Doch die dieser Auffassung zugrundeliegende Doktrin von der Gleichsetzung von Partei und Volk wird, wie bereits dargelegt, heute allgemein und mit vollem Recht als unrichtig erkannt. Die Parteien *sind* nicht das Volk, sondern haben ein Medium zu sein, den Einfluss des Volkes möglichst wirksam werden zu lassen. Sie haben nicht die politische Willensbildung des Volkes zu beherrschen, sondern daran nur *mitzuwirken*.

Damit verliert auch die Argumentation des Bundestages hinsichtlich der Europawahl, der sich auf die Beurteilung der starren Listen bei der Bundestagswahl beruft, ihre Grundlage.

d) Zur Methodik

Eine rein formale Argumentation weist die Rechtsprechung in anderen Bereichen zurück. So wird z.B. bei der Grundrechtsinterpretation im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsprüfung materiell abgewogen zwischen dem öffentlichen Interesse, das für einen Eingriff spricht, und dem jeweiligen Grundrecht.²⁷

Im Zivil-, Wirtschafts- und Arbeitsrecht ist in Rechtsprechung und Rechtslehre heute eine Methodik ganz selbstverständlich, die bei der Beurteilung von Verträgen, also des hauptsächlichen Gestaltungsmittels des Privatrechts, die

²⁷ Statt aller *Christian Starck*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Das Bonner Grundgesetz. Kommentar, 4. Aufl., 1999, Art. 1 Abs. 3, Rn. 232 m.w.N.

jeweilige faktische Situation mit einbezieht.²⁸ Ursprünglich war auch das im Jahre 1900 in Kraft getretene Bürgerliche Gesetzbuch von einer rein formalen Betrachtung geprägt ("Vertrag ist Vertrag"). Die formale Zustimmung der Vertragspartner begründete bereits ihre Bindung, selbst wenn eine Seite aufgrund ihrer Übermacht der anderen den Vertrag aufgezwungen hatte. Inzwischen ist eine völlige Abkehr vom positivistischen Formalismus erfolgt. Heute besteht in Rechtswissenschaft²⁹ und Praxis weitgehende Einigkeit darüber, dass Gesetzgeber und Richter die tatsächlichen Machtverhältnisse in ihre Beurteilung einzubeziehen haben und "die Vertragsfreiheit nur im Falle eines annähernd ausgewogenen Kräfteverhältnisses der Partner als Mittel eines angemessenen Interessenausgleichs taugt und dass der Ausgleich gestörter Vertragsparität zu den Hauptaufgaben des geltenden Zivilrechts gehört."(So BVerfGE 89, 214 [233 f. m.w.N.]). Die Privatautonomie beruht auf dem Prinzip der Selbstbestimmung, setzt also voraus, "dass auch die Bedingungen freier Selbstbestimmung tatsächlich gegeben sind." (BVerfGE 81, 242 [245 f. m.w.N.]). Dabei ist es gleichgültig, ob man dem ungleichgewichtigen Vertrag wegen mangelnder inhaltlicher Richtigkeit³⁰ (Output-Orientierung) oder wegen mangelnder Freiheit des Unterlegenen³¹ (Input-Orientierung) die Gültigkeit abspricht.

²⁸ Siehe zum Beispiel Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., 1991; Franz Bydlinski, Fundamentale Rechtsgrundsätze, 1988; Reinhold Zippelius, Juristische Methodenlehre, 10. Aufl., 2006; Bernd Rütters, Rechtstheorie, 3. Aufl., 2007.

²⁹ Statt vieler: Franz-Jürgen Säcker, Gruppenparität und Staatsneutralität als verfassungsrechtliche Grundprinzipien des Arbeitskampfrechts, 1974, S. 99 f. m.w.N.: "Heute besteht allseits im Grundsatz Klarheit darüber, dass reale Vertragsfreiheit für alle Vertragsparität voraussetzt."

³⁰ Grundlegend Walter Schmidt-Rimpler, Grundfragen der Erneuerung des Vertragsrechts, Archiv für civilistische Praxis 147 (1941), S. 130 (156); ders., Zum Problem der Geschäftsgrundlage, Festschrift für Nipperdey zum 60. Geburtstag, 1955, S. 1 (6).

³¹ Grundlegend Werner Flume, Rechtsgeschäft und Privatautonomie, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, 1960, Band I, S. 135 (143).

Trotz aller Unterschiede zwischen Zivil- und öffentlichem Recht könnte erwogen werden, ob die Rechtsprechung sich nicht auch bei Beurteilung der starren Listen im Europawahlrecht vom Formalen lösen und die tatsächlichen Verhältnisse mit einbeziehen sollte, wie sie dies bei auch bei Beurteilung der Fünfprozentlausel im Kommunalwahlrecht (siehe oben II 1 und IV 1) und der Steuerbegünstigung von Parteispenden (siehe oben unter b) bereits tut. Dann zeigt sich, dass der Wähler keinen wirklichen Einfluss auf die Auswahl der Kandidaten besitzt.

Um noch eine weitere Parallele zum Zivilrecht zu versuchen: Wer wollte Konsumenten heute noch entgegenhalten, sie hätten die irgendwo ausgehängten oder beigehefteten (und für sie ungünstigen) Allgemeinen Geschäftsbedingungen kennen können und müssten sie deshalb gegen sich gelten lassen. Den Wählern aber hält man hinsichtlich der nicht auf der Liste stehenden Namen der Kandidaten genau dies vor. Der früher auch im Vertragsrecht herrschende rein formale Standpunkt gilt heute mit Recht als antiquiert und unhaltbar. Entscheidend ist, dass die Konsumenten – aufgrund ihrer Verhandlungsschwäche – keinen Einfluss auf den Inhalt der Allgemeinen Geschäftsbedingungen haben - genauso wenig wie die Wähler Einfluss auf die Zusammensetzung der Wahlliste besitzen. Deshalb unterliegen Allgemeine Geschäftsbedingungen der gerichtlichen Inhaltskontrolle.³² Deshalb muss auch der Gesetzgeber Vorkehrungen zum Schutz des eindeutig Verhandlungsschwächeren treffen. Muss er dann nicht auch Vorkehrungen zum Schutze der Wähler treffen, denen aufgrund der überlegenen Macht der Parteien, die die Gesetzgebung beherrschen, ihre Freiheit und Unmittelbarkeit der Wahl und die Gleichheit der Wählbarkeit genommen wird?

³² Michael Coester, Eckpfeiler des Zivilrechts, Allgemeine Geschäftsbedingungen, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Neubearbeitung 2008, A I (S. 159 ff.)

e) Geschichte der starren Listen: Wegfall der früheren Gründe

Angesichts des Verstoßes der starren Wahllisten gegen die grundgesetzlichen Prinzipien der freien und unmittelbaren Wahl der Abgeordneten durch das Volk (und eben nicht durch die Parteien) und der gleichen Wählbarkeit der Kandidaten, ist es aufschlussreich zu verfolgen, wie sie sich dennoch etablieren und bis heute halten konnten. Schon in Weimar wurde der Reichstag nach Verhältniswahl mit starren Listen gewählt. Ihre Unvereinbarkeit mit den Grundsätzen der unmittelbaren und freien Wahl der Abgeordneten veranlasste die Reichsregierung, bereits im Jahre 1924 einen Reformentwurf vorzulegen. Zu seiner Begründung führte sie aus:

„Wortlaut und Geist der Verfassung erfordern eine Änderung dieses Zustandes. ... die Mängel sind so augenfällig, dass nach den tatsächlichen Verhältnissen die Vorschriften der Verfassung, daß das Wahlrecht ein unmittelbares sein soll, durch das Wahlsystem nicht mehr erfüllt wird.“³³

Dennoch kam es nicht zu einer Änderung. Eine strikte Bindung des Gesetzgebers an die Verfassung und ein Verfassungsgericht, das ihre Einhaltung überprüft, gab es in Weimar noch nicht. Und im Reichstag war die Reform nicht durchzusetzen, „weil gerade die kleinen Parteien, die den Ausschlag gaben, an dem Verhältniswahlrecht hingen und in den großen Parteien die führenden Abgeordneten sich so daran gewöhnt hatten, dass ihre Wiederwahl gesichert sei, ohne dass sie sich besonders anzustrengen brauchten, dass sie ungern an eine mögliche Erschütterung ihrer Berufsstellung denken mochten“ (so der Staatsrechtler *Friedrich Glum*). Ähnliche Gründe dürfte auch das Festhalten des Bundestages an den starren Listen haben (siehe oben).

³³ Reichstagsdrucksachen 1924, Nr. 445, S. 32.

Unter dem Grundgesetz ist die verfassungsrechtliche Ausgangslage eine völlig andere. Die Verfassungsgebende Nationalversammlung zur Weimarer Reichsverfassung hatte das Reichswahlgesetz, welches starre Listen vorsah, einstimmig, also mit der für Verfassungsänderungen notwendigen Mehrheit, beschlossen. Daraus folgte die herrschende Auffassung, dass das Reichswahlgesetz, auch wenn es mit dem Verfassungstext nicht vereinbar war, jeder Anfechtbarkeit seiner Verfassungsmäßigkeit entrückt sei.³⁴ Die Weimarer Verfassung ließ nämlich sogenannte Verfassungsdurchbrechungen zu, das heißt, die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes galt als behoben, wenn dieses mit den für Verfassungsänderungen erforderlichen Mehrheiten zustande gekommen war.

Dagegen ließ der Parlamentarische Rat 1948/49 die Entscheidung über das Wahlsystem verfassungsrechtlich bewusst offen. Gleichzeitig präjudizierte er die Entscheidung zwar faktisch, indem er für den ersten Bundestag ein Wahlgesetz erließ, in dem auch starre Listen vorgesehen waren.³⁵ Verfassungsdurchbrechungen sind unter dem Grundgesetz aber – im Gegensatz zu Weimar – ausdrücklich untersagt (Art. 79 Abs. 1 Satz 1 GG). Deshalb muss das Bundeswahlgesetz sich nach wie vor am Grundgesetz messen lassen. Das gilt erst recht für das Europawahlgesetz, welches der Bundestag vor der ersten so genannten Direktwahl des Europäischen Parlaments im Jahre 1979 erlassen hat.

Angesichts der dargelegten Verschärfung der Beurteilungsmaßstäbe, die auch eine Einbeziehung der tatsächlichen Verhältnisse zwingend verlangen, können die früheren Urteile des Bundesverfassungsgerichts zum Bundestagswahlrecht nicht

³⁴ Gerhard Anschütz, Kommentar zur Weimarer Reichsverfassung, 14. Aufl., 1933, Art. 22 Anm. 4, Fn. 3.

³⁵ Näheres bei von Arnim, Volksparteien ohne Volk, 2009, S. 53.

auf die heutige Beurteilung der starren Listen bei der Europawahl erstreckt werden. Vielmehr muss eine Überprüfung erfolgen, die nur ergeben kann, dass die starren Listen bei der Europawahl für verfassungswidrig zu erklären sind.

Speyer, den 5. September 2010

(Univ.-Prof. Dr. iur. Hans Herbert von Arnim)