

Was aus dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur 5-Prozent-Klausel bei Europawahlen folgt

Von Univ.-Prof. Dr. Hans Herbert von Arnim, Speyer*

Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur 5-Prozent-Klausel bei Europawahlen setzt die strenge Kontrolle von Wahl- und Parteienfinanzierungsgesetzen durch den Zweiten Senat fort. Aus den Gründen dieser Entscheidung lassen sich Hinweise für die Beurteilung des neuen Bundestagswahlgesetzes entnehmen. Zusätzlich gibt das Urteil Fingerzeige für die rechtliche Einschätzung der „Parteien im Parlament“, die aufgrund ihrer allzu großzügigen, selbst bewilligten Staatsfinanzierung immer mehr Parteiaufgaben übernehmen.

I. Wende der Rechtsprechung

Das mit 5:3-Mehrheit ergangene Urteil des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 9. November 2011 hat die 5-Prozent-Klausel bei deutschen Europawahlen für verfassungswidrig und nichtig erklärt.¹ Die Entscheidung eröffnet in Zukunft auch kleineren Parteien den Zugang zum Europäischen Parlament. Das Gericht setzt damit den Weg fort, den es – zusammen mit den Landesverfassungsgerichten² – 2008 begonnen hat, als es die

5-Prozent-Klausel bei Kommunalwahlen in Schleswig-Holstein für verfassungswidrig erklärte.³ Wie es Aufgabe des Kartellamts ist, den wirtschaftlichen Wettbewerb lebendig zu halten und Kartelle zu verhindern, so haben diese Aufgabe im politischen Bereich jetzt die Verfassungsgerichte übernommen.

Bisher fielen bei deutschen Europawahlen zahlreiche Stimmen nicht nur unter den Tisch – 2009 waren es 2,8 Millionen –, nein, sie kamen auch noch denen zugute, die den Sprung ins Parlament geschafft hatten, also Parteien und Kandidaten, die die betreffenden Bürger gar nicht gewählt hatten. Wie der Senat festgestellt hat, geschah dies ohne triftigen Grund. Die Gleichheit des Wahlrechts und die Chancengleichheit der Parteien gehören zu den zentralen Bestandteilen des Demokratieprinzips, die nicht ohne triftigen Grund eingeschränkt werden dürfen, und einen solchen sah der Senat nicht.

Noch wichtiger als das Ergebnis des Urteils ist seine Begründung. Denn sie markiert – zusammen mit den anderen genannten Urteilen – eine Zäsur. Dass das Gericht nunmehr sehr viel schärfer kontrolliert als früher, sieht man auch daran, dass es 1979 der 5-Prozent-Klausel bei Europawahlen noch den verfassungsrechtlichen Segen erteilt hatte.⁴

Die überstimmten Richter *Udo di Fabio* und *Rudolf Linghoff* bringen das Wesentliche in ihrem Sondervotum auf den Punkt, indem sie sich dagegen wenden, „hier wollten etablierte Parteien, in einem Kartell organisiert, die Konkurrenz fernhalten.“⁵ Die Existenz eines Kartells, das mittels der Sperrklausel eine Barriere gegen Außen-seiter errichtet, ist in der Tat der Kern des Urteils, was auch in der Formulierung der Mehrheit zum Ausdruck kommt:

* *Anmerkung der Schriftleitung: Der Verfasser lehrt als pensionierter Universitätsprofessor an der Deutschen Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer und arbeitet am dortigen Forschungsinstitut. Er war Beschwerdeführer im verfassungsgerichtlichen Verfahren zur 5%-Klausel bei der Europawahl und hat soeben das Buch „Politische Parteien im Wandel, Ihre Entwicklung zu wettbewerbsbeschränkenden Staatsparteien – und was daraus folgt“ veröffentlicht.*

1 BVerfG, Urt. v. 9.11.2011, 2 BvC 4/10, 2 BvC 6/10, 2 BvC 8/10, DÖV 2012, 75 LS 49. Der Gang des Verfahrens und die Schriftsätze des Verfassers können eingesehen werden unter www.dhv-speyer.de/vonarnim/Veroeffentlichungen/Klagen%20vor%20dem%20BVerfG/Klagen%20vor%20dem%20BVerfG.htm#I. Einspruch gegen die Europawahl 2009 (zuletzt abgerufen am 8.2.2012). Siehe auch *Hans Herbert von Arnim*, Wahlgesetze: Entscheidungen des Parlaments in eigener Sache, JZ 2009, 813.

2 BlnVerfGH, LKV 1998, 142; VerfGH MV, LKV 2001, 270; VerfGH NRW, DVBl 2009, 250; ThürVerfGH, NVwZ-RR 2009, 1, und zusammenfassend BremStGH in seinem Urt. v.

14.5.2009 zur 5%-Klausel in Bremerhaven, Neue Juristische Online Zeitschrift (NJOZ) 2009, 4325.

3 BVerfGE 120, 82 (113 ff.).

4 BVerfGE 51, 222.

5 BVerfG, Urt. v. 9.11.2011 (Anm. 1), Abs.-Nr. 156.

Da der Wahlgesetzgeber „in eigener Sache tätig“ werde, bestehe die Gefahr, dass er „sich statt von gemeinwohlbezogenen Erwägungen vom Ziel des eigenen Machterhalts leiten“ lasse und „die Wahl eigener Parteien auf europäischer Ebene durch eine Sperrklausel und den hierdurch bewirkten Ausschluss kleinerer Parteien absichern könnte.“ Deshalb unterliege die 5-Prozent-Klausel „einer strikten verfassungsgerichtlichen Kontrolle.“⁶

II. Das neue Bundestagswahlgesetz: Überhangmandate verfassungswidrig

Mit der intensivierten Gerichtskontrolle geraten aber auch andere vom Bundestag und von den Landtagen in eigener Sache beschlossene Regeln des Machterwerbs und Machterhalts in den Verdacht der Verfassungswidrigkeit und in den Focus des Gerichts, so z. B. das neue Wahlgesetz für den Bundestag, das dieser im September 2011 schließlich beschlossen hat.⁷ Regierung und Opposition stritten vor allem um Überhangmandate. Auch dabei ging es um Machterhalt, bei dem Parteien und Abgeordnete nun mal nicht unbefangen sind. Die FDP und vor allem die Union, die bei der Bundestagswahl 2009 24 Überhangmandate erhalten hatte, wollen an der Möglichkeit des Entstehens von Überhangmandaten festhalten, um so ihre Chancen auch bei der nächsten Bundestagswahl zu verbessern. Dagegen will die Opposition die Überhangmandate beseitigt sehen. Sie hat – ebenso wie die NGO *Mehr Demokratie* – bereits Verfassungsklage erhoben.

Bei der rechtlichen Beurteilung von Überhangmandaten muss man von einem Urteil des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts von 1997 ausgehen: Die damals 16 Überhangmandate (zwölf der CDU und vier der SPD) wurden in einer 4:4-Entscheidung gerade noch nicht für verfassungswidrig erklärt.⁸ Die vier Richter, die dagegen waren – alle von der CDU bestellt – stabilisierten so die Mehrheit der Kohl-Regierung. Aber auch ihnen kamen Bedenken, falls sich in Zukunft „Verhältnisse einstellen, unter denen Überhangmandate von Wahl zu Wahl in größerer Zahl anfallen.“⁹

Dies ist inzwischen der Fall. Das liegt an der Schwächung der Union und der SPD, dem Erstarken der GRÜNEN, dem Reüssieren der LINKEN auch im Westen und dem Aufkommen neuer Parteien (Piraten) und Wählergruppen (Freie Wähler) – alles Faktoren, die Überhangmandate wahrscheinlicher machen. Nach der Botschaft, die die 5-Prozent-Urteile aussenden – nämlich intensive Gerichtskontrolle bei machtorientierter Entscheidung der Parlamentsmehrheit in eigener Sache –, dürfte es nunmehr fast sicher sein, dass der Senat auch das neue Bundeswahlgesetz aufheben wird.¹⁰

III. Sperrklausel bei Bundestagswahlen: Auswirkungen mildern

Bei Wahlen zum Bundestag mit seiner völlig anderen Struktur als das Europäische Parlament ist an der Sperrklausel nicht zu rütteln. Das hat das Gericht klargestellt.¹¹ Über Wege, an ihr festzuhalten, gleichzeitig aber den Eingriff in die Wahlgleichheit zu mildern, kann aber durchaus nachgedacht werden. Sie können auch verfassungsrechtliches Gewicht haben.

Eine Möglichkeit besteht darin, die Stimmen kleiner erfolgloser Parteien nicht wie bisher auch noch den Parteien und ihren Kandidaten zuzuschlagen, die ins Parlament gelangen, was die Beeinträchtigung der Gleichheit der Wahl unnötig verschärft, sondern das Parlament entsprechend zu verkleinern. Damit würde verhindert, dass mit den für kleine Parteien abgegebenen Stimmen Abgeordnete ins Parlament kommen, die eigentlich gar nicht gewählt sind. Zugleich würde die psychologische Vorwirkung der Sperrklausel – die Sympathisanten kleiner Parteien abhalten kann, diese zu wählen, weil sie vielleicht nicht ins Parlament kommen – erheblich verringert. Da die Größe des Bundestags im Grundgesetz nicht festgeschrieben ist, wäre eine solche Änderung des Wahlgesetzes machbar – und hätte als milderes Mittel durchaus auch verfassungsrechtliche Qualität. Das Bundesverfassungsgericht hat betont, dass Regelungen zur Verfolgung ihrer Zwecke nicht nur geeignet, sondern auch „erforderlich“ sein müssen.¹² In dieselbe Richtung geht der Verfassungsgerichtshof des Saarlandes in einem Urteil vom 29. September 2011. Danach hat der Gesetzgeber bei Kontrolle der 5-Prozent-Klausel bei Landtagswahlen eben auch zu prüfen, „ob gegebenenfalls mildere, gleich wirksame Mittel zur Sicherung der von ihm verfolgten Zwecke zur Verfügung stehen.“¹³

Ein zweiter Weg, die Beeinträchtigung der Gleichheit der Wahl zu mildern und damit dem Verfassungsgrundsatz des milderen Mittels gerecht zu werden, wäre, dem Wähler zusätzlich eine Eventualstimme zu geben. Damit könnte er diejenige Partei ankreuzen, der seine Stimme zugutekommen soll, falls die primär gewählte Partei an der Sperrklausel scheitert.¹⁴

Ein dritter Weg, der allerdings die Wirkung der Klausel ein wenig abschwächen könnte, bestünde schließlich darin, die Sperrklausel auf einzelne Bundesländer zu beziehen. So war es auch bei der ersten Bundestagswahl 1949. Damals reichte es aus, dass Parteien in einem Bundesland fünf Prozent der Zweitstimmen erlangen, damit sämtliche für sie abgegebenen Stimmen mitgezählt wurden. Danach wurde die Sperrklausel ohne nachvollziehbare Begründung auf das ganze Bundesgebiet erstreckt.¹⁵

6 BVerfG, Urt. v. 9.11.2011 (Anm. 1), Abs.-Nr. 91, 93.

7 Neunzehntes Gesetz zur Änderung des Bundeswahlgesetzes v. 25.11.2011, BGBl I S. 2313.

8 BVerfGE 95, 335.

9 BVerfGE 95, 335 (365).

10 Siehe auch schon *Hans Herbert von Arnim*, Volksparteien ohne Volk, 2009, S. 131 ff.; *Hans Meyer*, Die Zukunft des Wahlrechts zwischen Unverständnis, Interessenkalkül, obiter dicta und Verfassungsverstoß, in: Joachim Wieland (Hrsg.), Entscheidungen des Parlaments in eigener Sache, 2011, S. 41 (49 ff.).

11 BVerfG, Urt. v. 9.11.2011 (Anm. 1), Abs.-Nr. 118.

12 BVerfG, Urt. v. 9.11.2011 (Anm. 1), Abs.-Nr. 89.

13 SaarlVerfGH, Urt. v. 29.9.2011, Lv 4/11, S. 75 des Umdrucks.

14 Siehe schon *Joachim Linck*, Zur verfassungsnäheren Gestaltung der 5%-Klausel, DÖV 1984, 884.

15 *Hans Herbert von Arnim*, Das System, 2001, S. 138 m. w. N.

IV. Sperrklauseln bei Landtagswahlen

Hinsichtlich der Beurteilung von Sperrklauseln bei Landtagswahlen ist meines Erachtens noch nicht unbedingt das letzte Wort gesprochen. Immerhin hat der Verfassungsgerichtshof des Saarlandes in dem erwähnten Urteil Zweifel an der 5-Prozent-Klausel bei der Wahl des Saarbrücker Landtags durchblicken lassen.¹⁶ Dieser weist mit seinen 51 Mitgliedern auch ohne rechtliche Klausel eine faktische Sperre für kleinere Parteien auf. In diesem Zusammenhang verdient es auch Erwähnung, dass der Bremer Staatsgerichtshof die Sperrklausel in Bremerhaven für verfassungswidrig erklärt hat,¹⁷ obwohl der dortige Oberbürgermeister nicht vom Gemeindevolk, sondern nach wie vor von der Stadtverordnetenversammlung gewählt wird, womit ein relevanter Unterschied zu den Landtagen entfällt. Sollten in Zukunft Regierungschefs der Länder direkt gewählt werden,¹⁸ hätte die 5-Prozent-Klausel ohnehin ihre Berechtigung verloren – genau wie in Städten und Gemeinden, seitdem dort die Bürgermeister vom Volk gewählt werden.

V. Starre Listen

Dem weiteren Antrag, auch die starren Listen für verfassungswidrig zu erklären, wurde nicht stattgegeben.¹⁹ Das Gericht hat ihn auf kaum einer halben Seite abgetan – mit nur schwer nachvollziehbaren Begründungen. Der Senat verweist auf das Europarecht, welches „die Möglichkeit einer Wahl nach ‚starren‘ Listen voraussetzt.“²⁰ Doch im Gegensatz zu seiner Argumentation bei der Sperrklausel unterlässt er es hier, zu prüfen, ob die starren Listen in dem vom Europarecht gelassenen Rahmen denn nun dem deutschen Verfassungsrecht widersprechen.

Eine Erklärung könnte darin liegen, dass die Entscheidung über starre Listen – anders als die über die 5-Prozent-Klausel – unübersehbar auch Auswirkungen auf die Beurteilung von Bundes- und Landtagswahlen gehabt hätte, bei denen es ebenfalls starre Listen gibt. Möglicherweise wollte der Senat die Entscheidung darüber nur nicht am Beispiel der Europawahl, also gewissermaßen im falschen Verfahren, behandeln. Dafür könnte auch sprechen, dass bei Europawahlen weder Art. 38 Abs. 1 Abs. 1 GG direkt einschlägig ist (der für den Bundestag allgemeine, unmittelbare, freie, gleiche und geheime Wahlen vorschreibt) noch Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG (der dasselbe für Landtags- und Kommunalwahlen vorsieht), sondern lediglich das allgemein Demokratieprinzip, bei dem im Übrigen zweifelhaft ist, ob es auch den Grundsatz der Unmittelbarkeit der Wahl umfasst.

Sollte die Vermutung, dass der Senat im vorliegenden Verfahren nicht über die starren Listen mitentscheiden wollte, zutreffen, wäre das Thema „starre Listen“ mit dem Urteil noch keineswegs erledigt.

16 A.a.O., S. 65 ff.

17 BremStGH, Ur. v. 14.5.2009, NJOZ 2009, 4325.

18 Siehe die umfassende Analyse von Jan Backmann, Direktwahl der Ministerpräsidenten, Als Kern einer Reform der Landesverfassungen, 2006.

19 BVerfG, Ur. v. 9.11.2011 (Anm. 1), Abs.-Nr. 130.

20 BVerfG, Ur. v. 9.11.2011 (Anm. 1), Abs.-Nr. 131.

VI. Das unkontrollierte Hochschießen der Mittel für „Parteien im Parlament“

Das Urteil zur 5-Prozent-Klausel bei Europawahlen gehört in den größeren Zusammenhang der Versuche des Gerichts, Missbräuche der Politik bei Entscheidungen in eigener Sache einzudämmen.²¹ So hat es die sog. Dreiländerklausel, die bestimmte kleinere Parteien von der Staatsfinanzierung ausschloss, kassiert und dabei die „Offenheit des politischen Prozesses“, die „einer Erstarrung des Parteiwesens“ vorbeuge und „die Lernfähigkeit des politischen Systems“ stärke, als „zentralen Grundsatz der Demokratie“ betont.²²

Bei Abgeordnetendiäten und Parteienfinanzierung praktiziert das Gericht eine strenge Kontrolle und schreibt zudem ein einsehbares, transparentes Bewilligungsverfahren vor, um auch die öffentliche Kontrolle zu ermöglichen.²³ Erhöhungen werden deshalb im Abgeordneten- oder im Parteiengesetz niedergelegt und dürfen nicht mehr bloß in einem Titel des Haushaltsplans genannt und auf diese Weise versteckt werden. Dort pflegten sie nämlich unterzugehen, zumal auch die Opposition profitiert und deshalb meist kein Interesse daran hat, die Medien zu informieren. Für die staatliche Parteienfinanzierung hat das Gericht zusätzlich Obergrenzen gezogen²⁴ und eine bürgernahe Ausgestaltung erzwungen.²⁵

Die Folge der rechtlichen Vorkehrungen waren allerdings Umgehungen. Statt an die Parteien (i. S. d. Parteiengesetzes) werden die Gelder nun an deren „Hilfsorgane“ gezahlt, also an die (von der Politikwissenschaft sog.) Parteien *im Parlament* – und gewaltig erhöht. So wurden die Mittel für Bundestagsfraktionen seit 1950 ver-450-facht.²⁶ Die Zahlungen für die 1969 eingeführten persönlichen Mitarbeiter von Parlamentsabgeordneten sind ebenfalls explodiert. Inzwischen gibt es im Bund und in den Ländern rund 10.000 Abgeordnetenmitarbeiter. Ihre Verwendung kommt – das ist ein offenes Geheimnis – vielfach auch den Mutterparteien zugute, genauso wie die Arbeit der Fraktionen, die zum Beispiel massiv Öffentlichkeitsarbeit betreiben. Der Verlagerung der Finanzströme folgen die Aufgaben. Die üppig dotierten parlamentarischen Geschwister der Parteien nehmen den durch Mitgliederschwund und Obergrenzen finanziell gedrosselten Parteien immer mehr Funktionen ab. Nimmt man noch die Inlandsarbeit der Parteistiftungen hinzu, für die fast 100 Millionen gezahlt werden und von der die Parteien ebenfalls profitieren, so fließen allein aus diesen drei Quellen über 500 Millionen Euro Staatsgeld jährlich. Außerparlamentarische Parteien sind davon ausgeschlossen. Dagegen beträgt die gedeckelte Staatsfinanzierung der

21 Siehe zuletzt Joachim Wieland (Hrsg.), Entscheidungen des Parlaments in eigener Sache, 2011. Siehe auch schon Hans Herbert von Arnim, Abgeordnetenentschädigung und Grundgesetz, 1975, S. 70 ff.

22 BVerfGE 111, 382 (404 f.).

23 BVerfGE 40, 296 (316 f., 327). Siehe auch Hans Herbert von Arnim, Parteienfinanzierung, Eine verfassungsrechtliche Untersuchung, 1982, S. 46 ff., 61 ff.

24 BVerfGE 85, 264 (289 ff.).

25 BVerfGE 85, 264 (292 ff.).

26 Hans Herbert von Arnim, Politische Parteien im Wandel, Ihre Entwicklung zu wettbewerbsbeschränkenden Staatsparteien – und was daraus folgt, 2011, m. w. N.

Parteien im engeren Sinne im Jahr 2012 nur 150,8 Millionen. Fasst man das ganze Geflecht ins Auge, so schafft die Verlagerung schafft in der Tendenz wettbewerbsbeschränkende Staatsparteien und ist weder mit dem verfassungsrechtlichen Gebot der Bürgernähe noch mit dem Grundsatz der Chancengleichheit der Parteien vereinbar.²⁷

Hier soll allerdings keineswegs das Kind mit dem Bade ausgeschüttet und die grundsätzliche Berechtigung von Fraktionsfinanzierung und Abgeordnetenassistenten in Frage gestellt werden. Es geht nicht um das Ob, sondern um das Wie, um das Wieviel und Wofür. Das zentrale Problem ist die mangelnde Bewilligungs- und Verwendungs-

kontrolle der in eigener Sache entscheidenden Parlamente bei leichter Verfügbarkeit der Mittel und großer Versuchung zum Missbrauch.

Alle Vorkehrungen, die das Bundesverfassungsgericht für Diäten und Parteienfinanzierung entwickelt hat, werden auf die Fraktionen und Abgeordnetenmitarbeiter des Bundes und vieler Länder sowie auf die Parteistiftungen bisher nicht oder nur eingeschränkt angewendet, obwohl die Notwendigkeit der Begrenzung und Kontrolle hier mindestens genauso groß ist. Für Erhöhungen werden einzelne Titel im Haushalt aufgestockt, und Obergrenzen gibt es nicht. Da die Parlamente kaum von sich aus tätig werden, sind die nächsten verfassungsgerichtlichen Verfahren schon absehbar. Auch das ist eine Botschaft des Urteils.

²⁷ Dazu von Arnim (Fn. 26).