

Kritisches zur Kritik der Sperrklausel-Rechtsprechung des BVerfG

von Prof. Hans-Herbert von Arnim, Speyer*

Die Urteile des Bundesverfassungsgerichts zu Sperrklauseln bei deutschen Europawahlen sind ungewöhnlich scharf kritisiert worden: sowohl aus der Wissenschaft als auch aus der Politik. Doch keines ihrer sachlich-inhaltlichen Argumente hält einer Überprüfung stand. Das zeigt die gründliche Durchsicht der wissenschaftlichen Stellungnahmen und der Minderheitsvoten, auf welche sich auch die Politik bezieht. Der Kern der Auseinandersetzung liegt denn auch darin, dass der Zweite Senat eine besonders intensive Prüfung von Sperrklauseln vornimmt, weil die Bundestagsmehrheit darüber »gewissermaßen in eigener Sache« beschließt, also dabei nicht unbefangen ist. Die darin liegende Einschränkung des Handlungsspielraums des Hohen Hauses scheint besonders zu stören. Eine solch intensive Prüfung durch das Gericht ist nun auch bei künftigen Entscheidungen des Parlaments in eigener Sache zu erwarten, wenn die 5:3-Mehrheit, mit welcher das 5 %- und das 3 %-Urteil beschlossen wurden, auch nach dem Auswechseln zweier Mitglieder des Zweiten Senats weiterhin »hält«.

I. Einführung

Der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts macht seit einiger Zeit die klare Ansage, dass das Parlament bei bestimmten »Entscheidungen in eigener Sache« einer verschärften Kontrolle durch die Öffentlichkeit und das Gericht selbst bedarf. Dabei geht es um Gesetze über Wahlen von Volksvertretungen und über die so genannte Politikfinanzierung, also die Finanzierung von Abgeordneten, Parteien, Fraktionen und parteinahen Stiftungen, kurz: um die Regeln des Machterwerbs, des Machterhalts und des Machtgenusses.¹ Diese sind für die demokratisch-rechtsstaatliche Legitimation des

politischen Gemeinwesens von *grundlegender* Bedeutung. Denn sie können die Mehrheitsbildung mit bestimmen; deren Ergebnis, der Mehrheitsentscheidung, »sind alle unterworfen, auch diejenigen, die nicht die Parteien der Mehrheit unterstützt haben.«² Zugleich ist die angemessene Gestaltung jener Regeln der Macht besonders *gefährdet*. Da das Parlament, sprich: seine Abgeordneten, ihre Fraktionen und die sie tragenden Parteien, selbst betroffen sind, fehlen ihnen die nötige Unbefangenheit³ und dem parlamentarischen Verfahren die sonst übliche Richtigkeitsvermutung;⁴ es bedarf deshalb verschärfter Inhaltskontrollen. Dabei hat das Verfassungsgericht einen »besonders strengen Maßstab anzulegen.«⁵

Das Bundesverfassungsgericht bezog die verschärfte Kontrolle zunächst auf die Staatsfinanzierung von Parteien – indirekt durch die Steuervergünstigung von Spenden,⁶ direkt durch staatliche Zuschüsse⁷ –, sodann auch auf die Regelung von

* Der Verfasser war Beschwerdeführer im verfassungsgerichtlichen Verfahren zur 5 %-Klausel bei Europawahlen, Vertreter der Freien Wähler und der ÖDP im 3 %-Verfahren und Vertreter der ÖDP im Verfahren gegen die Drei-Länder-Klausel bei der staatlichen Parteienfinanzierung. Er dankt Prof. Dr. Christian Pestalozza (Berlin) ganz herzlich für die kritische Durchsicht des Manuskripts dieses Aufsatzes und für wertvolle Anregungen.

1 Otmar Jung, Direkte Demokratie als Gegengewicht gegen Kartelle der herrschenden Klasse?, in: Joachim Wieland (Hrsg.), Entscheidungen des Parlaments in eigener Sache, 2011, S. 81 (83). Ferner von Arnim, Die Strategien der Macht und das Problem ihrer Kontrolle, NVwZ 2014, S. 846. Siehe auch BVerfGE 52, 63 (93): Es geht um »politische Macht«.

2 BVerfGE 8, 51 (67); 52, 63 (93).

3 von Arnim, Der strenge und der formale Gleichheitssatz, DÖV 1984, S. 85 (86).

4 von Arnim, Die Partei, der Abgeordnete und das Geld, 2. Ausg., 1996, S. 25 ff. und 405 f.

5 Ebenfalls BVerfGE 8, 51 (67); 52, 63 (93).

6 BVerfGE 8, 51 (64–69); 52, 63 (81–94).

7 BVerfGE 20, 56 (116–119); 24, 300 (339–343).

Abgeordnetendiäten, wo es erstmals auch ausdrücklich von Entscheidungen des Parlaments »in eigener Sache« sprach.⁸ Neuerdings verwendet das Gericht diesen Topos hinsichtlich des Wahlrechts, speziell von Sperrklauseln, und gründet auch darauf seine verschärfte Kontrolle (siehe sogleich unter II).

Zahlreiche Wissenschaftler stellen die neuere Linie der Rechtsprechung – strenge Gerichtskontrolle von Entscheidungen des Parlaments über Regeln der Macht, welche die Abgeordneten selbst oder ihre Parteien betreffen – heftig infrage. Am Beispiel der Sperrklausel-Urteile, die ja auch nicht einstimmig ergangen sind, wird das besonders deutlich.⁹

Kritik wäre eigentlich ganz »normal« und ohne weiteres hinzunehmen. Verfassungsgerichtliche Urteile werden häufig kontrovers diskutiert, und viele haben der Sperrklausel-Rechtsprechung ja auch zugestimmt.¹⁰ Das Besondere, das den vorliegenden Aufsatz provoziert, liegt darin, dass Politiker das Gericht diesmal besonders massiv attackieren und sogar Änderungen seiner Gerichtsverfassung, seiner Zuständigkeiten und Entscheidungswirkungen – unter Einschluss von Änderungen des Grundgesetzes – in Betracht ziehen, um das Gericht zu schwächen. Dabei verschweigt die Politik regelmäßig, was vermutlich den Hauptgrund ihrer Erbitterung darstellt: die verschärfte Gerichtskontrolle bei Entscheidungen des Bundestags in eigener Sache. Denn die von der Rechtsprechung erkannte Gefahr der Befangenheit der Parlamentarier wegen eigennütziger parteilicher Motive geht offenbar an die Wurzel des Selbstverständnisses des Hohen Hauses.¹¹

Sperrklauseln lenken aber nun einmal die Millionen Stimmen und die Mandate, die eigentlich kleinen Parteien zukommen müssten, auf die im Bundestag vertretenen Parteien um.¹² Die etablierten Parteien haben somit ein machtpolitisches Eigeninteresse an der Beibehaltung von Sperrklauseln. Das begründet die Gefahr, dass das Parlament sachliche Gründe nur vorschützt, es den großen Parteien in Wahrheit aber darum geht, sich die Mandate ihrer kleineren Konkurrenten einzuverleiben. Aus diesem Grund ist eine intensive Kontrolle durch die Verfassungsgerichte notwendig. Natürlich ist eine solche Gerichtskontrolle dem Bundestag lästig, natürlich schränkt sie seinen »Raum freier politischer Gestaltung« ein. Dieser Freiraum ist aber kein Selbstzweck, sondern soll ausgewogene Entscheidungen ermöglichen, welche sicherzustellen gerade der Sinn der gerichtlichen Überprüfung ist.

Da die Politik – meist unausgesprochen – die Argumente der wissenschaftlichen Kritik aufgreift, erscheint es geboten, diese Punkt für Punkt auf ihre Tragfähigkeit zu überprüfen, um so die mangelnde sachliche Berechtigung von strukturellen, das Verfassungsgericht berührenden Reformen aufzudecken. In Zeiten einer großen Koalition, die über fast vier Fünftel der Mandate verfügt, ist besondere Aufmerksamkeit geboten. Umso mehr als die Sperrklausel-Entscheidungen in den Medien eine ausgesprochen schlechte Aufnahme gefunden haben. Den Anfang machten die Verrisse des 5 %-Urteils durch die »Leitmedien« Frankfurter Allgemeinen Zeitung¹³ und Süddeutsche Zeitung.¹⁴ Auch das 3 %-Urteil stieß eher auf Widerspruch und Skepsis.¹⁵ Selbst bei den Bürgern trifft die Aufhebung der Sperrklausel bei Kommunal- und Europawahlen auf ein begrenztes Verständnis.¹⁶ Zu lange hatte sie fast die gesamte politische Bildung gelehrt, die Klauseln seien erforderlich, um Weimarer Verhältnisse zu verhindern.¹⁷ Vor diesem Hintergrund könnte die Politik sich in der Hoffnung

wiegen, das Gericht ohne großen öffentlichen Protest institutionell schwächen zu können oder das Gericht selbst zu einer Änderung seiner Rechtsprechung zu bewegen; zumal der Senat die Sperrklausel-Urteile nur mit 5:3-Richterstimmen beschlossen hatte, ausführlich begründete Minderheitsvoten vorliegen und nach dem Ausscheiden der Richterin Gertrude Lübke-Wolff und des Richters Michael Gerhardt im Jahr 2014 zwei neue Mitglieder in den Senat gewählt worden sind.

Die Richterinnen und Richter des Bundesverfassungsgerichts sind gegenüber öffentlicher Kritik, mag diese auch noch so heftig ausfallen, nur bedingt »wehrfähig«. Sich etwa in Fachaufsätzen oder sonstigen Stellungnahmen im Einzelnen zu erklären und gegebenenfalls auch zu wehren und die Kritik auseinander zu nehmen, gilt als wenig professionell, mag es davon auch

8 BVerfGE 40, 296 (327).

9 Bernd Grzeszick, Weil nicht sein kann, was nicht sein darf: Aufhebung der 3 %-Sperrklausel im Europawahlrecht durch das BVerfG und dessen Sicht auf das Europäische Parlament, NVwZ 2014, 537; ders., Demokratie und Wahlen im europäischen Verbund der Parlamente, EuR 2012, S. 667; ders., Demokratie und Parlamentarismus im europäischen Staatenverbund, in: Festschrift für Eibe Riedel, 2013, S. 441; Christoph Schönberger, Das Bundesverfassungsgericht und die Fünf-Prozent-Klausel bei der Wahl zum Europäischen Parlament, JZ 2012, S. 80; Eilert, Anmerkung zum Urteil des BVerfG vom 09.11.2011, DVBl 2012, S. 234; Geerlings/Hamacher, DÖV 2012, S. 671; Christian Hillgruber, Wahlprüfungsbeschwerde – Fünf-Prozent-Sperrklausel, JA 2012, S. 316; Rudolf Wendt, Sperrklauseln im Wahlrecht, in: Matthias Ruffert (Hrsg.), Festschrift für Meinhard Schröder, 2012, S. 431 (443 ff.); Walter Frenz, Drei-Prozent-Klausel für die Europawahl, NJW 24/2013 (Editorial); ders., 3 %-Klausel im Europawahlrecht – Europaskeptisches BVerfG?, DVBl 2014, S. 512; Volker M. Haug, Muss wirklich jeder ins Europäische Parlament?, ZParl 2014, S. 467; Dieter Nohlen, Die Politik des Sonderweges, JöR 2014, S. 11 (26 ff.); Hans Peter Bull, Erfolgswertgleichheit – eine Fehlkonstruktion im deutschen Wahlrecht, DVBl 2014 (im Erscheinen).

10 Martin Morlok, JZ 2012, S. 76 ff.; ders./Hana Kühn, Wahlrechtlichen Sperrklauseln und die Aufgaben einer Volksvertretung, JuS 2012, S. 385; Oliver W. Lembeck/Enrico Peucker/Dennis Seifarth, Wandel der Wahlrechtsrealitäten – Zur Verfassungswidrigkeit des § 2 Abs. 7 EuWG, DVBl 2012, S. 401; Dirk Ehlers, Sicherung der Funktionsfähigkeit des Europäischen Parlaments mittels einer Sperrklausel im deutschen Wahlrecht, ZG 2012, S. 188; Jörn Ipsen, Wahlrecht im Spannungsfeld von Politik und Verfassungsgerichtsbarkeit, DVBl 2013, S. 265; Martin Will, Nichtigkeit der 3-Prozent-Sperrklausel bei Europawahlen, NJW 2014, S. 1421; Wolfgang Kahl/James Bews, Die Verfassungswidrigkeit der 3-Prozent-Sperrklausel bei Europawahlen, DVBl 2014, S. 737.

11 von Arnim, Das Machtspiel um die Sperrklausel, Spiegel online vom 24.03.2014.

12 Selbst in einem Interview von Bundesverfassungsrichter Peter M. Huber mit Wolfgang Janisch und Heribert Prantl, in: SZ vom 5./06.04.2014, S. 7 (»Das nehmen wir nicht persönlich«), bleibt dieser Gesichtspunkt unerwähnt. Dazu von Arnim, Mehr Kontrolle notwendig, SZ vom 25.04.2014.

13 Georg Paul Hefty, Absichtliche Atomisierung, FAZ vom 10.11.2011, S. 1: »Fehlurteil«.

14 Heribert Prantl, Ist eh schon wurst, SZ vom 10.11.2011, S. 4: »Absurdes Sperrklausel-Urteil«.

15 Der Spiegel 11/2014 vom 10.03.2014, S. 20 (»Die Anmaßung«): Über das Urteil zur 3 %-Hürde »fand sich in den Kommentarspalten der Zeitungen kaum ein lobendes Wort.« Siehe zum Beispiel Nico Fried, Ein Urteil gegen Europa, SZ vom 27.02.2014, S. 4; Heribert Prantl, Das Europaparlament – ein Rummelplatz, SZonline vom 26.02.2014; Gregor Peter Schmitz, Karlsruher Arroganz, Spiegelonline vom 26.02.2014; Günther Nonnenmacher, Was Sache der Karlsruher Richter ist, FAZ vom 27.01.2014, S. 1; Alan Posener, Einzug der Schwätzer, Die Welt vom 27.02.2014, S. 3. – Vgl. aber andererseits z.B. Christian Rath, Weil jede Stimme gleich wertvoll sein soll, taz vom 27.02.2014, S. 1; Joachim Jahn, Scheinheiliges Lob, FAZ vom 19.03.2014, S. 15.

16 Vgl. Nico Fried, a.a.O.: Sperrklauseln seien »breit akzeptiert.« Nonnenmacher, a.a.O.: Sperrklauseln beruhen auf einer »Tradition, die sich bewährt hat und von den Wählern akzeptiert wurde.«

17 Laut einer Meinungsumfrage von TNS Forschung für den Spiegel halten das 3 %-Urteil 54 % der Befragten »nicht für gut, nur 39 % signalisieren Zustimmung« (Der Spiegel 11/2014, a.a.O.).

immer wieder beträchtliche Ausnahmen geben. Es gehört zum Selbstverständnis von Richtern, durch ihre Entscheidungen zu sprechen. Wie aber, wenn Urteile falsch verstanden oder gar von interessierter Seite bewusst verdreht werden? Es kann deshalb, wie die frühere Präsidentin des Bundesverfassungsgerichts, Jutta Limbach, bemerkt, auch zu den Aufgaben von Staatsrechtslehrern gehören, sozusagen als »ghost-writer oder -speaker« tätig zu werden, wenn ungerechtfertigte Kritik an Entscheidungen des Gerichts geäußert wird oder gar eine Art öffentliches Mobbing über das Gericht hereinbricht.¹⁸ Schließlich ist das Verfassungsgericht auf Zustimmung der Öffentlichkeit und der Fachwelt besonders angewiesen; es verfügt nun einmal über keinen Vollstreckungsapparat.

Dieser Text gliedert sich in folgende Teile: Zunächst ist die Rechtsprechung, jedenfalls in ihren Kernsätzen, in Erinnerung zu rufen (unter II). Sodann sind die Kriterien darzustellen, mit denen die Verfassungsmäßigkeit der Sperrklausel zu überprüfen ist (III). Mittelbar gehört hierzu auch das Gesetzgebungsverfahren, zumal, wenn eine sorgfältige Abwägung unterbunden und die öffentliche Kontrolle lahmgelegt wird (IV). Auch das erhebliche Gewicht des Eingriffs in das gleiche Wahlrecht und die Chancengleichheit der Parteien, den Sperrklauseln bewirken, ist darzustellen. Ohne seine Anerkennung ist die erforderliche Abwägung mit dem Eingriffszweck gar nicht möglich (V). Darauf wird die Kritik der Politik an der Rechtsprechung im Einzelnen dargestellt (VI), bevor auf die Notwendigkeit einer intensiven Gerichtskontrolle – in Auseinandersetzung mit der wissenschaftlichen Kritik – eingegangen wird (VII), ebenso auf die Minderheitsvoten zu den Sperrklausel-Urteilen (VIII). Ferner ist aufzuzeigen, dass die vom Bundestag zur Rechtfertigung der Sperrklauseln befürchteten tatsächlichen Gefahren nicht eingetreten sind (IX). Schließlich folgt eine Zusammenfassung (X).

II. Die Rechtsprechung

1. Das Urteil von 2004

Als der Gesetzgeber im Jahr 2002 die Voraussetzungen für die Beteiligung kleiner Parteien an der staatlichen Parteienfinanzierung verschärft hatte,¹⁹ erklärte das Bundesverfassungsgericht (Zweiter Senat) in seinem Urteil von 2004 das Gesetz für verfassungswidrig und hob dabei die große Bedeutung kleiner Parteien für die »Offenheit des politischen Prozesses« als »einen zentralen Grundsatz der Demokratie« hervor. Die Offenheit beuge einer »Erstarrung des Parteienwesens« vor und stärke die »Lernfähigkeit des politischen Systems«. »Schon die potentielle Konkurrenz, also die Chance neuer und kleiner Wettbewerber, für überzeugende Lösungskonzepte bei Wahlen belohnt zu werden, zwingt die etablierten Parteien zu einer Rückkoppelung mit dem Volk, um dem Aufkommen neuer Konkurrenten und einem Erfolg kleiner Wettbewerber nach Möglichkeit entgegenzutreten.« Es gelte deshalb von Verfassung wegen, der »Gefahr des Verlustes der politischen Vielfalt und damit einer Einschränkung des Parteienwettbewerbs« entgegenzuwirken.²⁰ »Der im Mehrparteiensystem angelegte politische Wettbewerb soll Unterschiede hervorbringen – je nach Zuspruch der Bürger. Diesen darf die öffentliche Gewalt nicht ignorieren oder gar konterkarieren.«

»Das Recht der Parteien auf Chancengleichheit im politischen Wettbewerb . . . steht in engem Zusammenhang mit den Grundsätzen der Allgemeinheit und Gleichheit der

Wahl (Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG), die ihre Prägung durch das Demokratieprinzip erfahren. Aus diesem Grund ist es – ebenso wie die durch die Grundsätze der Allgemeinheit und Gleichheit der Wahl verbürgte gleiche Behandlung der Wähler – streng formal (BVerfGE 104,14 [20] m.w.N.; stRspr) und führt zu einem grundsätzlichen Differenzierungsverbot, dessen Durchbrechung nur durch einen besonders zwingenden Grund zu rechtfertigen ist. Das Recht der Parteien auf Chancengleichheit zieht so dem Ermessen des Gesetzgebers besonders enge Grenzen (vgl. BVerfGE 73, 40 [88 f.] m.w.N.; 82,322 [337 f.]; 85,264 [297]; stRspr).«²¹

2. Die Sperrklausel-Urteile von 2008, 2011 und 2014

Speziell zu Sperrklauseln hat der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts mit Urteil vom 13.02.2008 seine – seither durch die Urteile zur 5 %- und zur 3 %-Sperrklausel bei Europawahlen²² bestätigte – Rechtsprechung entwickelt. Das Urteil von 2008 betraf die 5 %-Klausel im Kommunalwahlrecht Schleswig-Holsteins, welche der Senat – auch unter Berufung auf die Landesverfassungsgerichte²³ – für verfassungswidrig erklärte und aufhob. Dabei benannte das Gericht bereits die typischen Versuchungen, denen Parlamente bei solchen Entscheidungen ausgesetzt sind:

»Mit Regelungen, die die Bedingungen der politischen Konkurrenz berühren, [wird] die jeweilige parlamentarische Mehrheit gewissermaßen in eigener Sache tätig.«²⁴

»Gerade bei der Wahlgesetzgebung besteht die Gefahr, dass die jeweilige Parlamentsmehrheit sich statt von gemeinwohlbezogenen Erwägungen vom Ziel des eigenen Machterhalts leiten lässt. . . .

Die im Landesparlament vertretenen Parteien könnten an der Fünf-Prozent-Sperrklausel festhalten, um die Konkurrenz durch kleinere Parteien und kommunale Wählergemeinschaften möglichst klein zu halten. . . . Aus diesem Grund unterliegt auch die Ausgestaltung des Wahlrechts einer strikten verfassungsgerichtlichen Kontrolle. Der Gesetzgeber darf daher nicht frei darüber befinden, von welchem Wahrscheinlichkeitsgrad an er Funktionsstörungen in Betracht ziehen will. Andernfalls würde eine gerichtliche Kontrolle gesetzgeberischer Prognoseentscheidungen, einschließlich deren tatsächlichen Grundlagen, unmöglich gemacht.«²⁵

»Differenzierungen bedürfen zu ihrer Rechtfertigung stets eines besonderen, sachlich legitimierten, »zwingenden« Grundes (vgl. BVerfGE 6, 84 [92]; 51, 222 [236]; 95, 408 [418]). Das bedeutet nicht, dass sich die Differenzierung als von Verfassung wegen notwendig darstellen muss. Differenzierungen im Wahlrecht können vielmehr auch durch Gründe gerechtfertigt werden, die durch die Verfassung legitimiert und von

18 Jutta Limbach (im Gespräch mit Rudolf Gerhardt), Die Schmerzgrenze bei der Richterkritik, ZRP 1996, S. 414 (415).

19 § 18 Abs. 4 Satz 3 PartG in der Fassung des Achten Gesetzes zur Änderung des Parteiengesetzes vom 28.06.2002 (BGBl I S. 2268).

20 BVerfGE 111, 382 (404 f.).

21 BVerfGE 111, 382 (398).

22 BVerfGE 129, 300 und Urteil vom 26.02.2014.

23 BVerfGE 120, 82 (110, 114 f., 116).

24 BVerfGE 120, 82 (105). So auch BVerfGE 129, 300 (322 f.); Urteil vom 26.02.2014, Abs.-Nr. 59.

25 BVerfGE 120, 82 (113 f.). Bestätigt durch BVerfGE 129, 300 (322–324); Urteil vom 26.02.2014, Abs.-Nr. 59 und 64.

einem Gewicht sind, das der Wahlgleichheit die Waage halten kann.«²⁶

Es schade deshalb nicht, wie der Bremer Staatsgerichtshof – ausdrücklich im Anschluss an das Urteil des Bundesverfassungsgerichts von 2008 – die strengere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zusammenfasst, wenn die Volksvertretung »bunter« werde.²⁷ Vielmehr sei eine an den konkreten Verhältnissen der jeweiligen Volksvertretung ausgerichtete »Realanalyse« durchzuführen (BVerfGE 120, 82 [Rn 60]), aus der sich mit »einer die Intensität der Einschränkung der Wahlrechtsgleichheit und Chancengleichheit der Parteien in Rechnung stellenden hinreichenden Wahrscheinlichkeit« ergebe, dass die Funktionstätigkeit des Parlaments ernsthaft gefährdet sei.²⁸

Zu beachten sei, wie der Bremer Staatsgerichtshof fortfährt, »dass in der neueren Rechtsprechung der Landesverfassungsgerichte . . . , der sich der Staatsgerichtshof anschließt, und Literatur . . . die fundamentale Bedeutung der Gleichheit der Wahl für die Hinnahme der demokratischen Mehrheitsentscheidung einerseits und die Gefahr einer Instrumentalisierung des Wahlrechts zur Sicherung des Machterhalts der Mehrheitsparteien andererseits stärker als zuvor erkannt worden ist. Hieraus wird zutreffend auch für Kommunalwahlen die Notwendigkeit einer strikten verfassungsgerichtlichen Kontrolle einer Einschränkung der Wahlrechtsgleichheit und Chancengleichheit gefolgert.«²⁹

III. Kriterien der Prüfung

1. Abwägung

Die Überprüfung von Sperrklauseln hat eine inhaltliche und eine verfahrensmäßige Seite. Verfahrensmäßig soll der Gesetzgeber die Voraussetzungen für eine sorgfältige sachliche Abwägung schaffen und nicht bereits durch Gestaltung des Gesetzgebungsverfahrens den Eindruck erwecken, es gehe ihm vornehmlich um Machterhalt (dazu unter IV). Inhaltlich hat der Gesetzgeber bei der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit einer Sperrklausel drei Faktoren einzubeziehen (und das Bundesverfassungsgericht hat die Abwägung dann einer sorgfältigen Kontrolle zu unterziehen):

- die Schwere des Eingriffs, den die Sperrklausel bewirkt. Dazu gehört es, die Bedeutung kleiner Parteien und das Gewicht der Millionen Wählerstimmen klarzustellen, die nicht nur, wie häufig gesagt wird, unter den Tisch fallen, sondern auch noch den erfolgreichen Konkurrenten zuwachsen, für die sie gar nicht bestimmt sind,
- die Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit des Parlaments beim Wegfall der Sperrklausel,
- und schließlich die Abwägung zwischen beiden Polen.

Die Prüfung durch das Bundesverfassungsgericht, ob und inwieweit der Gesetzgeber diese Kriterien beachtet hat, hat intensiv zu erfolgen. Denn der Gesetzgeber entscheidet dabei gewissermaßen in eigener Sache, so dass die Gefahr besteht, dass er sich von machtpolitischen Erwägungen leiten lässt und die Abwägung deshalb einseitig ausfällt.

2. Zwingender Grund

Ein älterer Ansatz verlangt zur Rechtfertigung von Differenzierungen beim Wahlrecht, speziell bei Sperrklauseln, wie auch bei anderen Regeln der Macht, einen zwingenden Grund. Nach diesem Konzept reichen irgendwelche sachli-

chen Gründe nicht aus, um eine Ungleichbehandlung zu rechtfertigen.

Dieser Ansatz, den auch die neuere Sperrklausel-Rechtsprechung noch ausdrücklich nennt (siehe oben unter II 1 und 2), lässt allerdings die Frage nach der Ratio offen. Er beantwortet nicht, *warum* ein zwingender Grund erforderlich ist. Die Antwort folgt aus der grundlegenden Bedeutung der Regeln der Macht *und* aus der besonderen Gefährdung ihrer angemessenen Gestaltung, eben weil darüber die Betroffenen selbst entscheiden.³⁰ Hinter dem Grundsatz vom Erfordernis zwingender Gründe kommt also die besondere Kontrollbedürftigkeit von Entscheidungen des Parlaments in eigener Sache doch wieder zum Vorschein.

Zudem lässt der Ansatz keine Abwägung zu. Denn er stellt nur auf die drohende Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit des Parlaments ab. Indem er den anderen Pol der Abwägung, die Schwere des Eingriffs in das gleiche Wahlrecht und in die Chancengleichheit der Parteien, vernachlässigt, kann er zu einer Abwägung nicht gelangen.

Das zeigt z.B. das Urteil von 1979, mit welchem das Bundesverfassungsgericht die Fünf-Prozent-Klausel bei Europawahlen noch akzeptiert hatte. Damals war der Zweite Senat auf die Schwere des Eingriffs in die Gleichheit der Wahl und die Chancengleichheit der Parteien nicht eingegangen; schon gar nicht hatte er die Zahl der Stimmen, die fehlgeleitet wurden, indem sie den erfolgreichen Parteien zuwachsen, ziffernmäßig aufgezählt; er konnte deshalb auch keine Abwägung vornehmen.³¹

Eine ähnlich einseitige Prüfung hatte das Bundesverfassungsgericht übrigens schon bei erstmaliger Absegnung der Sperrklausel für Bundestagswahlen im Jahre 1952³² und bei der Absegnung der 5 %-Sperrklausel bei nordrhein-westfälischen Kommunalwahlen³³ vorgenommen. Das Gewicht und die Vielzahl der durch die Sperrklausel fehlgeleiteten Stimmen wurden noch nicht herausgestellt. Auch von der Anlegung eines »besonders strengen Maßstabs« bei der Prüfung war damals nicht die Rede. Dazu kam es erst 1958 am Beispiel der Steuervergünstigung bei Parteispenden.³⁴

Bei der Beurteilung von Steuervergünstigungen war allerdings eine Abwägung mit der Funktionsfähigkeit des Parlaments auch nicht erforderlich. Deshalb konnte der Grundsatz vom zwingenden Grunde allein zu angemessenen Ergebnissen führen, sprich: zur erforderlichen strengen Gerichtskontrolle. Das belegt auch das Parteienfinanzierungsurteil von 1992. Dieses hat – genau wie frühere Urteile – die steuerliche

26 BVerfGE 129, 300 (320). So auch Urteil vom 26.02.2014, Abs.-Nr. 53.

27 BremStGH, Urteil vom 14.05.2009, St 2/08, NJOZ 2009, 111, 4325, Abs.-Nr. 69.

28 Abs.-Nr. 52.

29 Abs.-Nr. 54.

30 von Arnim, Der strenge und der formale Gleichheitssatz, DÖV 1984, S. 85 (86).

31 BVerfGE 51, 222. – Mit insgesamt 1,1 Millionen abgegebenen Stimmen (= 4,0 %) hatte die Zahl der von der Sperrklausel betroffenen Stimmen allerdings noch nicht die bei späteren Wahlen anfallende Größenordnung erreicht.

32 BVerfGE 1, 208 (246–256). Siehe auch BVerfGE 6, 84 (92–96).

33 BVerfGE 6, 104 (114–120). In diesem Urteil hatte das Gericht sogar für verfassungsmäßig erklärt, dass nur politische Parteien zur Kommunalwahl zugelassen und Wählergemeinschaften davon ausgeschlossen wurden.

34 BVerfGE 8, 51 (67). Siehe auch oben unter I.

Begünstigung von Parteispenden³⁵ und den so genannten Chancenausgleich³⁶ am formalen bzw. strengen oder strikten Gleichheitssatz gemessen und beide damaligen Regelungen für verfassungswidrig erklärt.

Der strenge Gleichheitssatz ist allerdings nicht mehr anwendbar, wenn es nicht um die Vermeidung von Gleichheitsverstößen geht, sondern um die Verhinderung eines überhöhten Niveaus, etwa der staatlichen Parteienfinanzierung, durch relative oder absolute Obergrenzen.³⁷ Dann wird einmal mehr deutlich, dass die Befangenheit der Abgeordneten und die Gefahr des Missbrauchs, welche Entscheidungen des Parlaments in eigener Sache begründen, in Wahrheit die zentralen rechtlichen Gesichtspunkte darstellen.

Zuzugeben ist allerdings, dass das Gericht mit der ursprünglich allein verwendeten Formel vom Erfordernis zwingender Gründe dem Parlament, wenigsten sprachlich, weniger zu nahe trat, als wenn es die Notwendigkeit einer intensiven gerichtlichen Kontrolle offen mit der Entscheidung in eigener Sache und der deshalb bestehenden Befangenheit der Mehrheit der Abgeordneten gerechtfertigt hätte. Das ist einer der Gründe, warum Thilo Streit vorschlägt, statt von Entscheidung in eigener Sache von »Entscheidung mit strukturellem Kontrolldefizit« zu sprechen.³⁸ Bei Streit handelt es sich aber nicht bloß um eine semantisch gefälligere Ausdrucksweise.³⁹ Er lässt die Frage nach der Kontrolldichte nämlich nur scheinbar offen; tatsächlich aber will er dem unabhängigen Bundesverfassungsgericht offenbar keine größere strukturelle Gerüthetheit für richtige Entscheidungen attestieren als einem in Eigeninteressen befangenen Parlament.⁴⁰

Das Bundesverfassungsgericht nennt in den Sperrklausel-Urteilen zwar noch beide Ansätze: den Grundsatz vom zwingenden Grund und die Abwägung, die mit der Schwere des Eingriffs zu erfolgen hat. Allerdings erfolgt vom zwingenden Grund dann aber im Urteil von 2014 insofern eine gewisse Distanzierung, als der Begriff in Anführungsstriche gesetzt und der Vergangenheit zugeschrieben wird.

IV. Zum Gesetzgebungsverfahren bei Einführung der 3 %-Klausel

Wie sehr die Berliner Politik ihre Macht ausspielt, um eine offene Diskussion zu verhindern und die mediale Kontrolle zu überspielen, war im Gesetzgebungsverfahren des Bundestags zur Dreiprozentklausel ganz deutlich geworden.

1. Unterdrücken des Staatsrechtslehrer-Appells und Ignorieren der BMI-Analyse

Ein dem Bundestagspräsidenten vor der ersten Lesung des 3 %-Gesetzes im Bundestag übersandter Appell von zahlreichen Staatsrechtslehrern, die eindringlich davon abrieten, eine solche Klausel bei Europawahlen einzuführen, wurde quasi unterdrückt. Das Schreiben⁴¹ wurde – entgegen der darin enthaltenen Bitte – nicht den Fraktionen zugestellt, sondern an den Petitionsausschuss weitergeleitet, obwohl offensichtlich war, dass es sich nicht um eine Petition im Rechtssinne handelte.⁴²

Auf diese Weise wurde der Appell den Fraktionen offiziell erst mit Schreiben des Petitionsausschusses vom 1. Juli, also fast vier Wochen später, weitergeleitet⁴³ und damit zu einer Zeit, als das Gesetz längst beschlossen und an den Bundesrat weitergeleitet worden war.

Der Appell war zwar im Bundestag bekannt, wie z.B. die Äußerungen des Vorsitzenden des Innenausschusses, Wolfgang Bosbach, zu Beginn der Sachverständigenanhörung am 10. Juni zeigen.⁴⁴ Aufgrund der Fehlleitung brauchte der Bundestag auf den Appell aber offiziell nicht einzugehen.

Zudem waren die Fachleute des Ministeriums des Innern in einer Analyse des 5 %-Urteils zu dem Ergebnis gelangt, dass das Urteil der Einführung jedweder Sperrklausel bei Europawahlen entgegenstehe.⁴⁵ Auch diese Stellungnahme dürfte jedenfalls den Regierungsfractionen bekannt gewesen sein. Sie blieb aber während des Gesetzgebungsverfahrens unerwähnt. Das Ministerium hielt sie unter Verschluss und musste sie erst später aufgrund des Informationsfreiheitsgesetzes herausgeben.⁴⁶

2. Ein Blitzgesetz

Die Fraktionen peitschten das Gesetz in wenig mehr als einer Woche durch den Bundestag und hielten die Mindestfristen, die eine ordentliche Gesetzesberatung ermöglichen sollen, nicht ein. Der zunächst ohne Drucksachen-Nummer vorgelegte Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU, SPD, FDP und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN datierte vom 04.06.2013.⁴⁷ Er wurde vom Bundestag bei der ersten Lesung am 6. Juni ohne Aussprache an die zuständigen Ausschüsse überwiesen.⁴⁸ Der Zeitpunkt der Überweisung stand im Widerspruch zum Grundsatz des § 78 Abs. 5 der Geschäftsordnung des Bundestags (GOBT), wonach Vorlagen »frühestens am dritten Tag nach Verteilung der Drucksache« beraten werden sollen.

Von der Geschäftsordnung darf zwar ausnahmsweise mit Zweidrittelmehrheit der Anwesenden abgewichen werden,⁴⁹ dies aber nur, wenn das Grundgesetz nicht entgegensteht. Inwieweit eine solche Abweichung hier zulässig ist, wird noch zu prüfen sein. Jedenfalls umschreiben die Regelungen im Normalfall die Mindestanforderungen an ein ordentliches Gesetzgebungsverfahren.

35 BVerfGE 85, 264 (315, 317).

36 BVerfGE 85, 264 (297 f.).

37 BVerfGE 85, 264 (288 bis 292).

38 Thilo Streit, Entscheidung in eigener Sache, 2006, S. 184 f.

39 So Otmar Jung, a.a.O., S. 91.

40 Streit, a.a.O., S. 208, Fn 98.

41 Schreiben von Prof. Dr. Hans Heinrich Rupp vom 31.05.2013 an den Bundestagspräsidenten mit der Bitte, den beigefügten Appell von zunächst 20 Staatsrechtslehrern auch den Fraktionen zur Kenntnis zugeben. Der Appell wurde im Nachrichtenmagazin »Der Spiegel« vom 03.06.2013, S. 15, veröffentlicht.

42 Das wäre durch die hier erforderliche Auslegung des Begehrens leicht zu ermitteln gewesen. Siehe Hans-Joachim Roll, Geschäftsordnung des Bundestags, Kommentar, 2001, § 108 Rn 4; Ritzel/Bücker/Schreiner, Handbuch für die Parlamentarische Praxis und Kommentar zur Geschäftsordnung des Deutschen Bundestags, Loseblatt, § 109 GOBT, Nr. 2g, Stand: November 1998. Siehe auch Siegfried Magiera, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 6. Aufl. 2011, Art. 45c, Rn 3.

43 Siehe Schreiben des Petitionsausschusses an Prof. Rupp vom 01.07.2013, und das nicht unterschriebene Schreiben der CDU/CSU-Fraktion vom 08.07.2013.

44 <http://dbtg.tv/cvid/2421267>.

45 Stellungnahme des Bundesministeriums des Innern vom 16.11.2011.

46 Die Stellungnahme wurde dem Verfasser vom Ministerium zunächst verweigert. Erst als er sich mit Schreiben vom 22.05.2013 auf das Informationsfreiheitsgesetz berief und mit mehreren Mails »nachfasste«, wurde sie ihm mit Mail vom 08.07.2013 übermittelt.

47 Später Bundestagsdrucksache 17/13705.

48 Deutscher Bundestag, Protokoll vom 06.06.2013, S. 30732 und 30734.

49 Siehe z.B. § 81 Abs. 1 Satz 2, 2. Halbsatz und § 126 GOBT.

Bereits am 05.06.2013, d.h. noch vor der Überweisung an die Ausschüsse, hatte der Innenausschuss die Durchführung einer öffentlichen Anhörung zum Gesetzentwurf beschlossen. Die Anhörung fand am folgenden Montag, dem 10.06.2013, statt. Geladen waren auf Vorschlag der jeweiligen Fraktionen sechs Sachverständige, von denen fünf schriftliche Stellungnahmen vorlegten, aber – wegen der kurzfristigen Ladung und der durch Überschwemmungen bedingten Verkehrsprobleme – nur vier anwesend waren. Hinzu kam später noch die Stellungnahme des Sachverständigen Werner Heun.⁵⁰

Ein Sachverständiger hatte im vorangegangenen 5 %-Verfahren den Bundestag vertreten, ein anderer das entsprechende Urteil im einem Fachaufsatz kritisiert. Noch andere legten dem Bundestag nahe, das Gericht durch eine Grundgesetzänderung auszubooten. Nur ein von der Opposition benannter Sachverständiger warnte nachdrücklich vor Erlass des Gesetzes.

Am 12. Juni legte der Innenausschuss in einer elektronischen Vorabfassung, die nach Vorlage der lektorierten Druckfassung durch diese ersetzt werden sollte, seinen am selben Tag beschlossenen Bericht vor und empfahl mit den Stimmen der Fraktionen, die den Gesetzentwurf eingebracht hatten, seine Annahme mit gewissen redaktionellen Änderungen. Die Dreiprozent-Klausel wurde unverändert beibehalten. Zur Begründung wurde lediglich pauschal auf den Text des Gesetzentwurfs verwiesen.

Die 2. Lesung des Gesetzentwurfs fand einen Tag nach Vorlage des Berichts des Innenausschusses statt, am 13.06.2013, nachts gegen 23:30 Uhr,⁵¹ nachdem zunächst erwogen worden war, auch in der 2. Lesung keine Aussprache vorzunehmen, sondern die Reden zu Protokoll zu geben.⁵² Die Eile widersprach dem Grundsatz des § 81 Abs. 1 Satz 2 GOBT, wonach die zweite Beratung eines Gesetzes im Plenum am zweiten Tag nach der Verteilung der Beschlussempfehlung und des Ausschussberichts beginnt.

Die dritte Lesung und die abschließende Beschlussfassung des Bundestags fanden ebenfalls am 13. Juni statt, unmittelbar im Anschluss an die zweite Lesung.⁵³ Nur die Fraktion DIE LINKE stimmte dagegen.⁵⁴

Die Ausschusssitzungen, die Sachverständigenanhörung und die drei Beratungen im Plenum erfolgten genau zu der Zeit, als Überschwemmungen Bayern, Sachsen-Anhalt und andere Ländern heimsuchten und am 4. und 5. Juni die mündliche Verhandlung zu ESM/EZB vor dem Bundesverfassungsgericht stattfand, zwei Themen also, die die Medien beherrschten und alles andere, auch mögliche Kritik am 3 %-Gesetz, weit gehend verdrängten.

3. Das Verfahren: verfassungswidrig

Beschließt der Bundestag ein Gesetz in eigener Sache, wie dies etwa bei Gesetzen über Politikfinanzierung der Fall ist, stellt – neben der verfassungsgerichtlichen Kontrolle – die öffentliche Kontrolle die einzige wirksame Kontrolle dar.⁵⁵ Dann sind die formalen Anforderungen an das Gesetzgebungsverfahren besonders ernst zu nehmen und müssten eigentlich noch verschärft werden. Die vom Bundespräsidenten Richard von Weizsäcker eingesetzte Parteienfinanzierungskommission hatte deshalb vorgeschlagen, längere und *unübersteigbare* Mindestfristen für die Regelung der Politikfinanzierung in

die Geschäftsordnung des Bundestags einzufügen.⁵⁶ Dasselbe muss auch für Sperrklauseln bei Wahlen gelten, über die der Bundestag ebenfalls »gewissermaßen« in eigener Sache entscheidet. Die Missachtung der Fristen indiziert eine auch inhaltlich fehlerhafte Regelung. Zwar schuldet der Gesetzgeber grundsätzlich nur das Ergebnis des Verfahrens, also das Gesetz, – aber eben nur grundsätzlich.⁵⁷

Da die Ausnahmeregelungen unter dem Vorbehalt entgegenstehenden Verfassungsrechts stehen⁵⁸, durfte der Bundestag im vorliegenden Fall von der Abweichungskompetenz keinen Gebrauch machen.⁵⁹ Dies folgt bei Entscheidungen in eigener Sache m.E. aus dem verfassungsrechtlichen Öffentlichkeitsprinzips, das seinerseits auf dem Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip beruht.⁶⁰ Dass die formalen Grundsätze für ein ordentliches Gesetzgebungsverfahren von Verfassung wegen ohne Ausnahmeverbehalt einzuhalten sind, gilt hier erst recht, weil auch die Anforderungen an das sog. *innere* Verfahren nicht beachtet wurden. Danach hat der Gesetzgeber »das einschlägige Entscheidungsmaterial, die Daten der Entscheidungsfindung, umfassend heranzuziehen, aufzubereiten und gegeneinander abzuwägen.«⁶¹ Die Nichteinhaltung dieser Anforderungen, die schon der äußere Ablauf des Gesetzgebungsverfahrens indiziert, wird im Folgenden noch im Einzelnen dargelegt. Aus der Missachtung der doppelten verfahrensmäßigen Bindung muss die Verfassungswidrigkeit des so beschlossenen Gesetzes – ohne Rücksicht auf seinen Inhalt – gefolgert werden.⁶² Geht man nicht so weit, muss die Konsequenz in jedem Fall sein, dass das Gesetz einer umso strengeren inhaltlichen Kontrolle durch das Bundesverfassungsgericht unterliegt.

Das doppelt mangelhafte Gesetzgebungsverfahren bewirkt zumindest, dass sich die strenge Gerichtskontrolle – neben der Entscheidung des Parlaments in eigener Sache (siehe oben I, II und III 1) – noch auf eine weitere rechtliche Basis stellen lässt.

50 Deutscher Bundestag, Innenausschuss, Ausschussdrucksache 17(4) 736 E.

51 Protokoll der 246. Sitzung des Bundestags vom 13.06.2013, S. 31430–31437.

52 MdB Axel Schäfer (Bochum), Protokoll, S. 31433. Siehe auch Eckart Lohse, Die Angst vor dem Tod des Reiters, FAS vom 23.06.2013, S. 5: »Es hatte ein Hin und Her gegeben, ob über die Einführung einer Dreiprozenthürde debattiert werden sollte oder die Reden bloß zu Protokoll gegeben würden.«

53 Protokoll, S. 31437. – Das entspricht § 84 Satz 1 Buchst. a GOBT.

54 Protokoll, S. 31437.

55 BVerfGE 40, 296 (327).

56 So Bundespräsidialamt [Hrsg.], Empfehlungen der Kommission unabhängiger Sachverständiger zur Parteienfinanzierung, 1994, S. 100–102.

57 Andreas Voßkuhle, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 3, 6. Aufl., 2010, Art. 93, Rn 45.

58 § 126 GOBT: »wenn die Bestimmungen des Grundgesetzes dem nicht entgegenstehen.«

59 von Arnim, Entschädigung und Amtsausstattung, in: Hans-Peter Schneider/Wolfgang Zeh (Hrsg.), Parlamentsrecht und Parlamentspraxis, 1989, S. 523 (533).

60 BVerfGE 40, 296 (327): Bei Entscheidungen in eigener Sache verlangt »das demokratische und rechtsstaatliche Prinzip (Art. 20 GG), dass der gesamte Willensbildungsprozess für den Bürger durchschaubar ist und das Ergebnis vor den Augen der Öffentlichkeit beschlossen wird.«

61 Gunnar Schwerdtfeger, Öffentliches Recht in der Fallbearbeitung, 8. Aufl., 1986, Rn 498; ders., Optimale Methodik der Gesetzgebung als Verfassungspflicht, Festschrift Hans Peter Ipsen, 1977, S. 173 ff.

62 von Arnim, a.a.O. (Fußn. 59), S. 523 (534 m.w.N.).

V. Geringschätzung kleiner Parteien und ihrer Wähler

Viele Autoren vernachlässigen die Bedeutung kleiner Parteien und ihre Rolle für die Aufrechterhaltung des politischen Wettbewerbs mit seinen in einer Parteiendemokratie wichtigen direkten und indirekten Wirkungen (siehe oben II 1). Dann entfällt einer der beiden für die Abwägung erforderlichen Pole und damit auch die Abwägung selbst. Das geschieht oft eher unausgesprochen, etwa, indem kleinere Parteien und ihre Wähler mit dem Hinweis abgewertet werden, bei der Mehrheitswahl könnten sogar 50 oder mehr Prozent der Stimmen nicht zum Zuge kommen. Da das Grundgesetz den Übergang zu diesem System gestatte, könnten die von einer Sperrklausel betroffenen 10 oder 15 % der Stimmen vernachlässigt werden (siehe unten VIII 4).

Bisweilen werden kleine Parteien aber auch ausdrücklich und ganz pauschal als unbedeutend abgetan. So wenn Di Fabio und Mellinshoff von »Gruppierungen, deren Parteiprogramm kaum jemand kennt«, sprechen.⁶³ Georg Paul Hefty bezeichnet kleine Parteien, die die Sperrklausel nicht überwinden, in einem Leitartikel der Frankfurter Allgemeine Zeitung gar als »Gruppierungen und Parteigründer, die sich mit einer kleinen – gleich ob extremistischen oder schläfrigen – Gefolgschaft weit gehend selbst genügen.«⁶⁴

Besteht hier aber nicht ein Henne-Ei-Problem? Stehen kleine Parteien nicht gerade deshalb bisher im Schatten, weil die Sperrklausel sie ausgeschlossen hatte, weil solche Parteien bei der medialen Wahlberichterstattung nicht namentlich erwähnt werden, sondern in der Anonymität der »sonstigen Parteien« untergehen und weil sie in Fernseh-Runden vor und nach Wahlen nicht dabei sind? Hinzu kommen die staatlich finanzierten Aktivitäten der Regierungen in Bund und Ländern, der Parlamentsfraktionen, der Abgeordneten mit ihren Mitarbeitern und der parteinahen Stiftungen,⁶⁵ welche die Wirkung der Sperrklausel verdoppeln und den in den Parlamenten vertretenen Parteien sehr viel bessere Möglichkeiten verschaffen, öffentlich auf sich aufmerksam zu machen.

VI. Kritik aus der Politik

Politiker, besonders der Union, haben das Urteil vom 26.02.2014, mit dem das Gericht die 3 %-Klausel bei Europawahlen für verfassungswidrig erklärt hat, so vehement kritisiert,⁶⁶ dass einige geradezu von einem »Gerichtsbashing« sprechen.⁶⁷ Bundestagspräsident Norbert Lammert äußerte sich empört über das Urteil.⁶⁸ Es sei »rechtlich umstritten, politisch nicht hilfreich und weise auf einen Europa-Skeptizismus in den Reihen des Verfassungsgerichts hin.«⁶⁹ Der Vorsitzende der Unionsfraktion im Bundestag, Volker Kauder, bemängelte, das Bundesverfassungsgericht schränke die Gestaltungsfreiheit des Bundestags ungebührlich ein und beachte den Grundsatz der richterlichen Selbstbeschränkung nicht.⁷⁰ In dasselbe Horn stießen Bundesfinanzminister Wolfgang Schäuble und der Vorsitzende des Auswärtigen Ausschusses, Norbert Röttgen.⁷¹

Aus Unionskreisen hieß es, von der Union vorgeschlagene Verfassungsrichter, wie Peter Huber, täten so, als hätten sie »nie etwas mit der Union zu tun gehabt,«⁷² und scheinen damit eine parteiische Rechtsprechung einzufordern. Offenbar »will die Führung der CDU/CSU-Fraktion im Bundestag

künftig stärker auf die Auswahl von Kandidaten für Richterposten achten.«⁷³

Andere, wie der CSU-Vorsitzende Horst Seehofer⁷⁴ und der Vorsitzende des EU-Ausschusses im Deutschen Bundestag, Gunther Krichbaum,⁷⁵ plädieren sogar dafür, die Sperrklausel im Grundgesetz zu verankern und so dem Verfassungsgericht die Grundlage seiner Sperrklausel-Entscheidungen zu entziehen. Auch der frühere Präsident des Bundesverfassungsgerichts, Hans-Jürgen Papier, hat eine solche Verfassungsänderung vorgeschlagen.⁷⁶ Allerdings erscheint es fraglich, ob eine solche Verfassungsänderung mit der Ewigkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG vereinbar wäre.⁷⁷ Denn sie könnte möglicherweise die Gleichheit der Wahl und damit auch⁷⁸ das Demokratieprinzip berühren.⁷⁹ Erwogen wird in Berlin offenbar auch, die Zuständigkeit des Gerichts zu beschneiden oder die zwölfjährige Amtszeit zu verkürzen,⁸⁰ die seinerzeit gerade eingeführt worden war, um die Unabhängigkeit der Richter zu stärken.⁸¹

VII. Kritik aus der Wissenschaft und dem BVerfG selbst

1. Thilo Streit und Heinrich Lang

Besonders auf die Düsseldorfer Dissertation von Tilo Streit⁸² und die Kölner Habilitationsschrift von Heinrich

63 BVerfGE 129, 300; 346 (351).

64 Hefty, Absichtliche Atomisierung, FAZ vom 11.11.2011, S. 1. – Auf dieser einseitig-polemischen Grundlage sinnt Hefty dann dem Bundestag an, eine neue Sperrklausel zu erlassen: »Das deutsche Parlament wird ein neues Wahlgesetz für das Europäische Parlament beschließen müssen, das dessen Funktionsfähigkeit wahrt.«

65 von Arnim, Politische Parteien im Wandel, 2011, S. 12 ff.

66 Wolfgang Janisch, Karlsruher Prügelknaben, Süddeutsche Zeitung vom 18.03.2014.

67 So z.B. die Bundestagsabgeordnete Halina Wazyzniak (Die Linke), zitiert in: Jochen Gangele/Günther Lachmann, Verfassungsrichter erleben Sturm der Entrüstung, Die Welt online vom 16.03.2014.

68 »Lammert empört«, Süddeutsche Zeitung vom 01.03.2014, S. 5.

69 Christian Rath, Hürdenlos nach Straßburg, Das Parlament vom 17.03.2014, S. 6.

70 Volker Kauder, in: Welt am Sonntag vom 16.03.2014, S. 4.

71 »Röttgen kritisiert Karlsruher Urteil«, Süddeutsche Zeitung vom 03.03.2014, S. 5.

72 »Ketten für Karlsruhe«, Der Spiegel 15/2014 vom 07.04.2014, S. 14.

73 So Der Spiegel 15/2014 vom 07.04.2014, S. 14 (»Ketten für Karlsruhe«).

74 »Seehofer will Sperrklausel sichern«, Der Spiegel 12/2014 vom 17.03.2014, S. 15.

75 »Noch nicht vom Tisch«, Der Spiegel 10/2014 vom 03.03.2014, S. 14.

76 »Fünfprozenthürde ins Grundgesetz?«, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 11.03.2014, S. 1. So auch bereits in der Sachverständigen-Anhörung des Bundestags am 10.06.2013. – Zur »beabsichtigten wirksamen Korrektur der Karlsruher Herrschaft über das Wahlrecht« durch Einführung einer Sperrklausel in die Verfassung: Julian Krüper, Maßstab, Modelle und Folgen einer Beschränkung der Wahlrechtsgleichheit im Grundgesetz, ZRP 2014, S. 130.

77 Die Verfassungsmäßigkeit wurde bejaht vom Verfassungsgerichtshof Berlin, Entscheidung vom 13.05.2013 – VerfG 155/11.

78 BVerfGE 1, 208 (247).

79 So Reiner Wernsmann, Verfassungsfragen der Drei-Prozent-Sperrklausel im Europawahlrecht, JZ 2014, S. 23 (28). – Julian Krüper, Verfassungsunmittelbarer Sperrklauseln, ZRP 2014, S. 130 (131), behandelt lediglich eine verfassungsrechtliche Sperrklausel für Bundestagswahlen und hält sie für zulässig, weil ja auch eine einfachgesetzliche Klausel zulässig wäre. Gerade das wäre dann aber die Frage. Auf die Zulässigkeit einer verfassungsrechtlichen Sperrklausel hinsichtlich Europa- und Kommunalwahlen, um die es hier geht, behandelt er nicht.

80 Der Spiegel 15/2014, a.a.O.

81 Dazu von Arnim, Zum Regierungsentwurf eines vierten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht, 1970.

82 Thilo Streit, Entscheidung in eigener Sache, 2006.

Lang⁸³ pflegen sich Kritiker zu berufen, wie der Verfassungsrichter Peter Müller in seinem Minderheitsvotum zum Drei-prozent-Urteil (siehe unter VIII) und der Heidelberger Öffentlichrechtler Bernd Grzeszick (siehe sogleich unten unter 2). Grzeszick überhöht die beiden Arbeiten sogar als die »maßgeblichen monografischen Arbeiten zu dem Thema«.⁸⁴

Streit und Lang konnten allerdings auf die neuere Rechtsprechung zu Sperrklauseln noch gar nicht eingehen, da diese ja erst 2008 mit dem Urteil zur kommunalen Sperrklausel (oben II 2) ihren Anfang nahm. Die Ausführungen Streits und Langs zum Wahlrecht sind denn auch knapp und cursorisch, und zu Sperrklauseln äußern sie sich überhaupt nicht, so dass sie offenbar selbst nicht die Absicht hatten, etwas Maßgebliches zum Thema beizutragen.⁸⁵

Lang will ohnehin das ganze Wahlrecht aus dem Bereich der »Entscheidungen des Parlaments in eigener Sache« ausklammern. Denn das Gericht verwende diesen Topos im Zusammenhang mit Wahlen selbst nicht.⁸⁶ Das ist inzwischen aber offensichtlich überholt: Tatsächlich misst die neuere Rechtsprechung zu Sperrklauseln dem Umstand, dass die Parlamentsmehrheit hier »gewissermaßen in eigener Sache« entscheide, zentrale Bedeutung bei (siehe oben unter II 2).

Weiter argumentiert Lang, Wahlgesetze seien regelmäßig Entscheidungen der *Parlamentsmehrheit*. Er will zu den Entscheidungen des Parlaments in eigener Sache aber nur solche rechnen, bei denen eine weit gehende Übereinstimmung der Interessen *aller* Abgeordneten bestehe, zu denen, wie er meint, Wahlgesetze nicht gehörten.⁸⁷ Auch insoweit ist Langs Auffassung durch die Rechtsprechung überholt, die durchgehend von Entscheidungen spricht, welche die jeweilige *Parlamentsmehrheit* in eigener Sache trifft, und darauf ihre strenge Kontrolle gründet (siehe wiederum unter II 2).

Im Übrigen können Sperrklauseln durchaus im Interesse *aller* Abgeordneten und ihrer Parteien liegen, nämlich wegen ihres Bestrebens, sich kleinere, außerparlamentarische Parteien vom Leibe zu halten. Auch von allen oder fast allen Abgeordneten getragene Entscheidungen bleiben allerdings Mehrheitsentscheidungen im Sinne der Rechtsprechung. Denn eine strenge Gerichtskontrolle muss natürlich auch erfolgen, wenn die Mehrheit das ganze (oder fast das ganze) Parlament umfasst und deshalb auch noch die Kontrolle durch die parlamentarische Opposition ausfällt, ohne die auch die öffentliche Kontrolle meist nicht voll funktioniert.

Schließlich will Lang den Begriff Entscheidung des Parlaments in eigener Sache auf solche Beschlüsse des Parlaments reduzieren, bei denen die Entscheidung sich »unmittelbar auf den verfassungsrechtlichen (finanziellen) Status des Abgeordneten auswirkt.«⁸⁸ Grzeszick greift diesen Gedanken – neben den anderen, bereits widerlegten Argumenten von Lang und Streit – auf und meint, eine gesteigerte Kontrolldichte sei nur angezeigt, wenn die Entscheidung für die Abgeordneten »unmittelbar statusbegründend, -ausgestaltend oder -beendend« wirke. Dies sei »bei Entscheidungen des Bundestags über die Wahlgesetzgebung zum Europäischen Parlament nicht der Fall.«⁸⁹

Diesem behaupteten Erfordernis der Unmittelbarkeit liegt aber eine Abgrenzung zu Grunde, welche mit dem Sinn der verschärften Kontrolle, im Machterhalts-Interesse befangene Abgeordnete strikt zu kontrollieren, nicht vereinbar ist. Wahl-

recht ist Machtrecht.⁹⁰ Das Bundesverfassungsgericht bringt die mittelbare Betroffenheit der Bundestagsabgeordneten dadurch zum Ausdruck, dass die Bundestagsmehrheit bei Gesetzen über Sperrklauseln für Kommunal- und Europawahlen »gewissermaßen in eigener Sache tätig« werde⁹¹ (siehe oben II 2). Lang ging es bei seiner – gar nicht auf Sperrklauseln bezogenen – Einschränkung denn auch erkennbar um etwas ganz anderes, nämlich darum, den Einzugsbereich seiner Habilitationsschrift, die auch so schon mit 570 Seiten ziemlich umfangreich ist, auf den finanziellen Status von Parlamentsabgeordneten zu begrenzen.

2. Bernd Grzeszick und Hans Hugo Klein

a) Unhaltbarer Ausgangspunkt

Grzeszick, der den Bundestag im Verfahren über die 5 %-Klausel bei Europawahlen vor dem Bundesverfassungsgericht vertreten hat, stützt sich vor allem auf die Arbeiten von Streit und Lang; viele ihrer allgemeinen Argumente gegen die Anwendbarkeit des Topos Entscheidung in eigener Sache auf Wahlen wurden oben bereits widerlegt. Im Übrigen behandeln Streit und Lang Sperrklauseln, um die es hier geht, überhaupt nicht (siehe oben unter 1).

b) Fehlen eines Kontrolldefizits wegen Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts?

Grzeszick meint weiter und bezieht sich dabei wieder auf Streit,⁹² hinsichtlich des Wahlrechts bestehe schon deshalb kein Kontrolldefizit, weil jeder Bürger im Wahlprüfungsverfahren »die Einhaltung der rechtlichen Vorgaben« prüfen lassen und gegen eine Zurückweisung durch den Bundestag Beschwerde zum Bundesverfassungsgericht einlegen könne.⁹³

Doch Grzeszick und Streit verfehlen auch hier das Problem. Denn es geht nicht um die prozessrechtliche Frage, *ob* das Gericht angerufen werden und kontrollieren kann, sondern darum, *wie intensiv* die Gerichtskontrolle zu erfolgen hat, und

83 Heinrich Lang, Gesetzgebung in eigener Sache, 2007.

84 Grzeszick, Weil nicht sein kann, was nicht sein darf: Aufhebung der 3 %-Sperrklausel im Europawahlrecht durch das BVerfG und dessen Sicht auf das Europäische Parlament, NVwZ 2014, 537 (538).

85 Streit, S. 54, 66, 72, 77, 175; Lang, S. 32 ff.

86 Lang, S. 33 f.

87 Lang, S. 35.

88 Lang, S. 28.

89 Grzeszick, NVwZ 2014, S. 538.

90 Martin Morlok, JZ 2012, S. 76; Hans Meyer, Demokratische Wahl und Wahlsystem, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, 3. Aufl., 2005, S. 521 (540 f.). Siehe auch oben zu Fußnote 2. – Wie berechtigt das Misstrauen gegenüber dem in eigener Sache entscheidenden Bundestag ist, belegt auch ein Blick auf die Entwicklungsgeschichte der Novelle zum Diätengesetz. Hier hat das Parlament sowohl die öffentliche als auch die gerichtliche Kontrolle gezielt leerlaufen lassen, obwohl beide auch hier eigentlich unerlässlich wären (siehe von Arnim, Umstrittenes Diätengesetz, in: Focus.de vom 18.07.2014 [http://www.dhv-speyer.de/VONARNIM/Veroeffentlichungen/IV%20Zeitungen%20und%20Magazine/2014/2014.07.18%20-%20Focus%20Online.pdf]). Der große Unterschied besteht allerdings darin, dass gegen das 3 %-Gesetz Bürger und außerparlamentarische Parteien klagebefugt waren, so dass das Bundesverfassungsgericht eingreifen und das verfassungswidrige Gesetz kassieren konnte. Das Diätengesetz aber können weder Bürger noch außerparlamentarische Parteien nach Karlsruhe zur Entscheidung bringen, und die Abgeordneten, die könnten, wollen anscheinend nicht. Ohne Klage aber kein Richter.

91 So auch Martin Will, Nichtigkeit der Drei-Prozent-Klausel bei Europawahlen, NJW 2014, S. 1421 (1423). – Kursivsetzung nicht im Original.

92 Thilo Streit, Entscheidung in eigener Sache, 2006, S. 175. Ähnlich auch Peter Müller, Minderheitsvotum zum 3 %-Urteil, Abs.-Nr. 10, und Di Fabio/Mellinghoff, Minderheitsvotum zum 5 %-Urteil, BVerfGE 129, 300 (351).

93 Grzeszick, EuR 2012, S. 667 (673); ders., NVwZ 2014, S. 538.

die Antwort darauf beruht auf der Notwendigkeit, im eigenen Interesse befangene Abgeordnete strikt zu kontrollieren, also letztlich auf dem Gedanken des Entscheidens in eigener Sache.

c) Entscheidet das Parlament *stets* in eigener Sache?

Grzeszick wendet ferner ein, die Begründung des Bundesverfassungsgerichts treffe »im Grunde auf jede Mehrheitsentscheidung über politisch relevante Fragen zu.«⁹⁴ Die Entscheidung des Parlaments in eigener Sache sei der Normalfall, weshalb dieser Topos rechtlich nichts hergeben und keine strenge Gerichtskontrolle rechtfertigen könne.

Dass dieser Einwand am Wesentlichen vorbei geht, sieht man z.B. an Gesetzen zum Einkommensteuerrecht. Sie können natürlich auch die Abgeordneten selbst betreffen, die ihre Entschädigung und ihre Altersversorgung versteuern müssen. Das aber ist demokratisch erwünscht, damit Volksvertreter die Auswirkungen der von ihnen beschlossenen Gesetze selbst zu spüren bekommen und sie am eigenen Leibe erfahren, was sie ihren Mitbürgern zumuten.⁹⁵ Auch deshalb müssen die Diäten besteuert werden.

Entscheidungen des Parlaments in eigener Sache im hier gemeinten Sinn liegen dann vor, wenn diese *nur* die Abgeordneten selbst betreffen, wie Entscheidungen über Diäten, oder nur sie und ihre Partei bzw. deren Abgeordnete in anderen Volksvertretungen betreffen. Dies ist beim Wahlrecht der Fall, besonders bei Sperrklauseln, oder bei der Finanzierung von Parteien, Fraktionen und politischen Stiftungen. Oder wenn die Abgeordneten eine steuerliche Sonderregelung für sich beschließen, z.B. Steuerfreiheit für ihre Diäten oder Teile davon in Anspruch nehmen.

Entscheidungen des Parlaments in eigener Sache sind also, genau genommen, solche, die nur die Abgeordneten und/oder die ihr parteipolitisch Verbundenen betreffen. Dagegen fallen solche Gesetze nicht darunter, die die Allgemeinheit betreffen, mögen von ihnen auch die Abgeordneten mitbetroffen sind, aber eben nur *auch* und *mit*, d.h. als Mitglieder der steuerzahlenden Allgemeinheit. Diese Präzisierung versteht sich bei verständiger Betrachtung von selbst und berührt die rechtliche Bedeutung des Topos der Entscheidung in eigener Sache nicht.

Auch Hans Hugo Klein meint, das Parlament könne gar nicht anders, als *stets* in eigener Sache zu entscheiden,⁹⁶ und bestreitet ganz generell, dass solche Entscheidungen irgendeine verfassungsrechtliche Relevanz besitzen.⁹⁷ Dafür führt er eine merkwürdige theoretisch-abstrakte Begründung an: Das Parlament sei in Wahrheit gar nicht die Vertretung des Volkes, sondern mit ihm identisch. Klein⁹⁸ beruft sich auf die wolkenige, nicht überprüfbare Identitätsfiktion eines Carl Schmitt,⁹⁹ die auch Walter Schmitt Glaeser übernommen hat: »Das im Parlament repräsentierte Volk [entscheide] gewissermaßen immer in eigener Sache.«¹⁰⁰ Schmitt Glaeser erklärt »Eigennutz« von Volksvertretern und die entschiedene Wahrnehmung ihrer eigenen Interessen geradezu zur demokratischen Tugend und lehnt den »Befangenheitsgedanken« und die »Selbstlosigkeit als Strukturprinzip« rundheraus ab.¹⁰¹ Dass Art. 48 Abs. 3 GG und das Repräsentationsprinzip¹⁰² die Unabhängigkeit der Abgeordneten postulieren, scheint ihn nicht zu kümmern.

Da Klein sich dem ausdrücklich anschließt,¹⁰³ kommt für ihn eine verschärfte Kontrolle des in eigener Sache entscheidenden Gesetzgebers durch das Bundesverfassungsgericht nicht in Betracht.¹⁰⁴ Deshalb bleibe der Entscheidungsspielraum des Gesetzgebers weit.¹⁰⁵ Deshalb seien besondere Verfahrensregeln bei der Gesetzgebung in eigener Sache (dazu oben IV 2 und 3) nicht erforderlich.¹⁰⁶

Das Bundesverfassungsgericht dürfe dem Parlament nicht misstrauen, selbst wenn dieses in eigener Sache entscheide¹⁰⁷ – eine These also ganz nach dem Motto, dass nicht sein kann, was nicht sein darf. Sie kommt in Variationen auch bei anderen Kritikern des Gerichts vor, so wenn ein »Generalverdacht« zurückgewiesen wird¹⁰⁸ oder dem Gericht gar selbst eigennützige Motive vorgeworfen werden, wenn es um die Wahrung oder Erweiterung seiner Kompetenzen gehe, was die Geltung seiner Entscheidung ja auch nicht berühre.¹⁰⁹

Klein räumt im Hinblick auf Diätenentscheidungen zwar ein, dass die tatsächliche Situation bei ihnen eine besondere ist, weil das »individuelle Interesse der Abgeordneten an statusrechtlichen Regelungen, die nur sie betreffen, tatsächlich ein gesteigertes sein kann«. Doch das sei für »die verfassungsrechtliche Betrachtung . . . ohne Bedeutung.«¹¹⁰ Ein solches Ausblenden der Wirklichkeit aus dem Blick des Verfassungsrechtlers steht aber in krassem Widerspruch zum heutigen Stand der Verfassungsinterpretation.¹¹¹

Auch für Gerhard Leibholz, der in den ersten Jahren der Republik als Staatsrechtslehrer und Bundesverfassungsrichter großen Einfluss ausgeübt hatte, stellten Entscheidungen der Politik in eigener Sache den Normalfall dar. Denn Partei und Volk seien, so Leibholz, genauso wie Volk und Partei, als iden-

94 Grzeszick, NVwZ 2014, S. 538. So wiederum auch Streit, a.a.O., S. 15.

95 Das hat schon Theodor Eschenburg hervorgehoben: Der Sold des Politikers, 1959, S. 76. Zustimmung z.B. Otmar Jung, Direkte Demokratie als Gegengewicht gegen Kartelle der herrschenden Klasse?, In: Joachim Wieland (Hrsg.), Entscheidungen des Parlaments in eigener Sache, 2011, S. 81 (83).

96 Hans Hugo Klein, Die Entschädigung der Abgeordneten – eine notwendige Erinnerung, ZParl 2000, S. 401.

97 Hans Hugo Klein, in: Theodor Maunz/Günter Dürig/Roman Herzog, Grundgesetz-Kommentar (Loseblatt), Art. 48 (Bearbeitung: Dezember 2007), Rn 152. Kritik an Klein auch bei von Arnim, Der Verfassungsbruch, 2011, S. 16 ff.

98 Klein, in: Maunz/Dürig/Herzog, Grundgesetz-Kommentar, a.a.O., Rn 149 f.

99 Carl Schmitt, Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus, 7. Aufl., 1991, S. 5 ff., 30 ff.

100 Walter Schmitt Glaeser, Das Bundesverfassungsgericht als »Gegengewalt« zum verfassungsändernden Gesetzgeber? – Lehren aus dem Diäten-Streit 1995, in: Joachim Burmeister (Hrsg.), Festschrift für Klaus Stern zum 65. Geburtstag, 1997, S. 1183 (1195).

101 Schmidt Glaeser, a.a.O., S. 1195 f.

102 von Arnim, Abgeordnetenentschädigung und Grundgesetz, 1975, S. 27 ff. m.w.N. Ausführlich Heinrich Lang, Gesetzgebung in eigener Sache, 2007, S. 314 ff. m.w.N.

103 Siehe Klein, Rn 150; Schmitt Glaeser, »dessen Überlegungen ich folge.«

104 Klein, Rn 152.

105 Klein, Rn 153.

106 Klein, ZParl 2000, S. 401 f.

107 Klein, Rn 125.

108 Schönberger, JZ 2012, S. 80 (83), im Anschluss an Mellinghoff/Di Fabio (BVerfGE 129, 300 [352]).

109 Schönberger, a.a.O.

110 Klein, Rn 150.

111 Siehe zusammenfassend Hartmut Maurer, Staatsrecht I, 6. Aufl. 2010, § 1 Rdnr. 74.

tisch anzusehen. Partei, Staat und Volk seien eins.¹¹² Auch in dieser Sicht, deren – *horribile dictu* – faschistische Provenienz¹¹³ von einer jungen, auch politisch inkorrekte Wahrheiten nicht scheuenden Historikerin aufgezeigt worden ist,¹¹⁴ müssen Entscheidungen der Politik in eigener Sache als ganz normal erscheinen. Die Dreieinigkeitslehre von Leibholz gilt heute in der Staatsrechtslehre und Verfassungsrechtsprechung aber mit Recht als völlig überholt.¹¹⁵

d) Neuerdings: Änderung der Rechtsprechung?

Grzeszick behauptet schließlich, der Zweite Senat habe in einem Urteil vom 31.01.2012 – in Reaktion auf seine Kritik und die von anderen – die bisher hohe Kontrollintensität bei Entscheidungen des Parlaments in eigener Sache zurückgenommen.¹¹⁶ Auch das trifft nicht zu. Im Gegenteil: Der Senat hat in diesem Urteil ausdrücklich bestätigt, dass die strenge gerichtliche Kontrolle in den (oben unter II) genannten Fallgruppen gefestigter Rechtsprechung entspricht.¹¹⁷

Im zu Grunde liegenden Fall ging es um die Einteilung von Wahlkreisen, bei der sich der Grundsatz der Wahlgleichheit »nur näherungsweise verwirklichen« lässt.¹¹⁸ Deshalb erlaubt § 3 Abs. 1 Nr. 3 BWG aus gutem Grund Abweichungen von der grundsätzlich erforderlichen gleichen Anzahl der Wahlberechtigten. Gewisse Bevölkerungsentwicklungen sollen nicht immer gleich zur Neueinteilung der Wahlkreise führen müssen.¹¹⁹

e) Zurückweisung der Kritik durch das Bundesverfassungsgericht

Grzeszick hatte viele seiner Argumente bereits im 5 %-Verfahren zur Europawahl als Vertreter des Bundestags vorgetragen, damit aber beim Bundesverfassungsgericht kein Gehör gefunden. Wenn er dem Senat nun vorhält, dieser habe es nicht für nötig gehalten, auf seine Argumente einzugehen,¹²⁰ so liegt das daran, dass sie im damaligen Verfahren bereits Punkt für Punkt widerlegt worden waren,¹²¹ ihnen also letztlich jede Plausibilität fehlt. Grzeszick muss sich jetzt selbst vorhalten lassen, dass er früher vorgetragene Argumente wiederholt, ohne auf die relevanten Gegenargumente einzugehen.

VIII. Die Minderheitsvoten zum 5 %- und zum 3 %-Urteil

1. Zu hohe Kontrolldichte?

Der Bundesverfassungsrichter Peter Müller¹²² hält in seinem Minderheitsvotum zum 3 %-Urteil den Topos der Entscheidung in eigener Sache nicht für einschlägig und distanziert sich von der nach seiner Auffassung zu hohen »Kontrolldichte« des Senats.¹²³ Er beruft sich dabei auch auf Streit und Lang, deren Darlegungen aber bereits entkräftet wurden (siehe oben VII 1).

2. Vergleich mit anderen Mitgliedstaaten: rechtlich irrelevant

Ferner hebt Müller darauf ab, fast alle anderen Mitgliedstaaten hätten rechtliche oder faktische Sperrklauseln bzw. äquivalente Regelungen.¹²⁴ Doch für die verfassungsrechtliche Beurteilung der deutschen Sperrklausel besagt ein solcher Vergleich nichts. Die mögliche Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit des Europäischen Parlaments könnte sich allenfalls signifikant verschärfen, wenn der Wegfall der deutschen Sperrklausel auch andere Staaten veranlassen würde, ihre Sperrklauseln abzubauen. Darauf deutet aber – zweieinhalb Jahre nach dem

5 %-Urteil – nichts hin.¹²⁵ Ohnehin haben auch in anderen Mitgliedstaaten die Parlamentsmehrheiten ein machtpolitisches Interesse daran, ihre Sperrklauseln aufrechtzuerhalten, und werden diese deshalb von sich aus kaum aufheben.

3. Verantwortung zur gesamten Hand?

Die Erkenntnis, dass nationale Sperrklauseln das angestrebte Ziel, die Funktionsfähigkeit des Europäischen Parlaments zu verbessern, nicht erreichen können, wie Arndt treffend darlegt,¹²⁶ überspielen Di Fabio und Mellinghoff in ihrem Minderheitsvotum zum 5 %-Urteil mit der aus dem Nichts gezauberten Annahme, es bestehe eine Verantwortung zur gesamten Hand: Jeder Mitgliedstaat habe zu fragen, »ob die Strukturen seines Wahlrechts zugleich Maxime für die Wahl des gesamten Europaparlaments sein könnten.«¹²⁷ Doch diese Annahme ist durch nichts belegt.

Das angestrebte Ziel könnte nur eine verpflichtende einheitliche EU-Sperrklausel erreichen, die aber gerade nicht besteht, auch nicht auf Grund des Direktwahlakts, der in Art. 3 lediglich bestimmt, dass Sperrklauseln über 5 % dem Europarecht widersprechen. Die Schaffung eines darüber hinausgehenden, stärker vereinheitlichten Wahlverfahrens ist bisher immer daran gescheitert, dass Mitgliedstaaten die Regelung ihres Wahlrechts nicht aus der Hand geben wollten. Dann aber bleibt es insoweit bei der nationalen Verantwortung, und es hat nationales Recht einschließlich nationalen Verfassungsrechts zu gelten.

112 Gerhard Leibholz, *Das Wesen der Repräsentation und der Gestalt von der Demokratie im 20. Jahrhundert*, 3. Aufl., 1966, S. 245; ders., *Deutscher Juristentag 1950*, C 2 (19).

113 Siehe Leibholz' akademische Antrittsvorlesung »Zu den Problemen des faschistischen Verfassungsrechts«, 1928.

114 Susanne Benöhr, Gerhard Leibholz' Parteienstaatslehre im Spiegel des faschistischen Verfassungsrechts, *Quellen und Forschungen aus italienischen Archiven und Bibliotheken* 81 (2001), S. 504 (506): »Die Weichenstellung der Antrittsvorlesung für Leibholz' Parteienstaatslehre wurde« bisher »größtenteils ignoriert«.

115 Statt vieler Dieter Grimm, *Die politischen Parteien*, in: Benda/Maihofer/Vogel (Hg.), *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 2. Aufl., 1994, 599 (615 ff.) mit weiteren Nachweisen.

116 Grzeszick, *NVwZ* 2014, S. 538.

117 *BVerfGE* 130, 212 (229).

118 *BVerfGE* 130, 212 (228).

119 *BVerfGE* 130, 212 (229 ff.).

120 Grzeszick, *NVwZ*, S. 583: In den beiden Urteilen zur Sperrklausel bei Europawahlen fehle »eine Reflektion oder gar Differenzierung.« Zumindest darüber »hätte der Senat sich . . . äußern müssen«, warum er auch eine strengere Kontrolle vornehmen, obwohl die Sperrklausel bei Europawahlen die Mitglieder des Bundestags nicht unmittelbar betreffe.

121 von Arnim, Stellungnahme zum Schriftsatz des Deutschen Bundestags vom 02.05.2011 und zu den Ausführungen der Sachverständigen in der mündlichen Verhandlung am 03.05.2011, S. 12 ff. <http://www.dhv-speyer.de/VONARNIM/Einspruch%20Europawahl%202009/Erwiderung%20auf%20den%20Schriftsatz%20des%20Bundestages.pdf>

122 Die Argumentation Müllers übernehmen ganz oder teilweise z.B. Frenz, *DVBl* 2014, S. 512 (513 f.); Haug, *ZParl* 2014, S. 467 (z.B. 472 ff.).

123 Abs.-Nr. 7, 10, 18, 23, 24 ff. Ebenso schon Di Fabio/Mellinghoff in ihrem Minderheitsvotum zum 5 %-Urteil: *BVerfGE* 129, 300 (352).

124 Abs.-Nr. 13, 29. Ähnlich Haratsch/Koenig/Pechstein, *Europarecht*, 9. Aufl., 2014, S. 108.

125 Siehe auch *BVerfG*, Urteil vom 26.02.2014, Abs.-Nr. 69.

126 Arndt, in: Ulrich Karpenstein/Franz Mayer, *EMRK*, Kommentar, 2012, Art. 3 ZP I, Rn 35.

127 *BVerfGE* 129, 300 (352). – Die Argumente von Di Fabio und Mellinghoff, auf die sich auch der Bundestag bei Erlass des 3 %-Gesetzes im Wesentlichen stütze (siehe Urteil vom 26.02.2014, Abs.-Nr. 26), werden ganz oder teilweise auch von der kritischen Literatur übernommen. So z.B. von Schönberger; Eilert; Hillgruber; Geerlings/Hamacher; Frenz und Haug. Die Fundstellen finden sich oben in Fn 10.

Die seit Jahrzehnten bestehende Absicht, ein einheitliches oder gemeinsamen Grundsätzen entsprechenden Wahlverfahrens zu schaffen (Art. 223 AEUV), vermag daran nichts zu ändern; denn diese Absicht ist immer noch nicht realisiert.¹²⁸ Andernfalls würde man das derzeitige Ist unredlicherweise mit den erwünschten künftigen Soll vergleichen, das aber möglicherweise in den Sternen steht. Ein solcher, ansonsten in der Wissenschaft verfeimter »Nirwana-Ansatz«, der nicht die derzeitige, sondern die künftig anzustrebende Struktur der Europäischen Union als Referenz heranzieht,¹²⁹ würde die erforderliche intensive gerichtliche Überprüfung unmöglich machen, und darin liegt ja wohl auch die Absicht seiner Vertreter.

Im Übrigen hat das Gericht seine Urteile ausdrücklich unter dem Vorbehalt veränderter Umstände gestellt,¹³⁰ und da der Bundestag eventuelle Abhilfemaßnahmen zu treffen hätte, würde eine übermäßige Erschwerung der Entscheidungsfähigkeit des Europäischen Parlaments derartige Maßnahmen auch nicht behindern.¹³¹

4. Die Mehrheitswahl: geringerer Eingriff?

Das Gewicht des Eingriffs in die Gleichheit der Wahl und die Chancengleichheit der Parteien suchen Di Fabio und Mellinghoff mit dem Hinweis auf die Mehrheitswahl zu relativieren, bei welcher »sogar mehr als 50 % der im Wahlkreis abgegebenen Stimmen ohne jede Mandatswirkung bleiben« könnten; und ein Übergang zur Mehrheitswahl sei ja grundgesetzlich durchaus zulässig.¹³²

Dass diese Argumentation, welche das Bundesverfassungsgericht seit eh und je zurückgewiesen hat, nicht tragfähig sein kann, sieht man bereits daran, dass sich mit ihr nicht nur die 10 % bei der Europawahl 2009 durch die Fünf-Prozent-Klausel fehlgeleiteten Stimmen rechtfertigen ließen, sondern auch sehr viel höhere Sperrklauseln. Derartige Überlegungen würden den Parlamentsparteien einen Freibrief ausstellen, ihre kleineren Konkurrenten mit der Behauptung auszuschalten, die großen Parteien würden »die im Volk vertretenen Meinungen hinreichend . . . vertreten.«¹³³ Genau das scheint aus der Sicht praxisnaher Autoren aber gerade den Charme einer solchen Argumentation auszumachen. Denn auf diese Weise würde eine wirksame Gerichtskontrolle wahlrechtlicher Manipulationen praktisch ausgeschlossen. Mit der Anerkennung des Werts der politischen Konkurrenz (siehe oben II 1) ist ein solcher Ansatz unvereinbar.

Beide Wahlsysteme sind inkomensurabel und gehören ganz unterschiedlichen Kategorien an; das Herausbrechen einer Komponente, wie des mangelnden Erfolgswerts bei der Mehrheitswahl, zur Rechtfertigung von Sperrklauseln bei der Verhältniswahl, wird dem nicht gerecht. So besitzt die Mehrheitswahl beachtliche Vorzüge – z.B. in Bezug auf Partizipation und Verantwortlichkeit gegenüber den Bürgern – welche die geringe Bedeutung, die der Erfolgswert der Stimmen bei ihr spielt, rechtfertigen können, die bei der Verhältniswahl gerade nicht vorliegen.¹³⁴

5. Geringe Bedeutung des Europäischen Parlaments: rechtlich unerheblich

Di Fabio und Mellinghoff kritisieren ferner, mit dem Kassieren der Sperrklausel bringe der Senat zum Ausdruck, dass er dem Europäischen Parlament »trotz der gewachsenen politischen Verantwortung« nur geringe Bedeutung beimesse.¹³⁵ Auch

das ist eine Fehlinterpretation. Der Senat stellt keineswegs in Abrede, dass die Kompetenzen und das Gewicht des Europäischen Parlaments im Laufe der Zeit ständig zugenommen haben.¹³⁶ Nur ist das für die Zulässigkeit von Sperrklauseln nicht entscheidend. Dem Gericht geht es in Wahrheit erkennbar nicht um die Bedeutung der jeweiligen Volksvertretung, sondern um ihre Struktur, und die ist, wie das Gericht eingehend dargelegt hat, eine ganz andere als die des Bundestags und der Landesparlamente.¹³⁷ Die Kritiker erkennen nicht, dass das Gewicht und die Bedeutung eines Parlaments sich auf beide Seiten der erforderlichen Abwägung auswirken; je größer Gewicht und Bedeutung eines Parlaments sind, desto wichtiger ist zwar einerseits sein Funktionieren, desto gewichtiger ist andererseits aber auch der Eingriff in die Chancengleichheit der durch die Sperrklausel von der Wahl zu diesem wichtigen Parlament ausgeschlossenen Parteien und in die Gleichheit des Wahlrechts ihrer Wähler.¹³⁸

6. Blockade?

Di Fabio/Mellinghoff wenden sich schließlich dagegen, dass nur eine drohende Blockade und daraus resultierende Funktionsunfähigkeit des Europäischen Parlaments Sperrklauseln rechtfertigen könne¹³⁹ und damit die Rechtfertigungsfähigkeit von Sperrklauseln übermäßig erschwert würde.¹⁴⁰ Dieser Einwand scheint vordergründig berechtigt, kann das Urteil aber dennoch nicht erschüttern. Denn die Argumentation des Senats beruht erkennbar durchgehend darauf, dass es bereits an der ernststen Gefahr wesentlicher Beeinträchtigungen der Funktionsfähigkeit fehlt.¹⁴¹ Im Urteil zur 3 %-Klausel hat der Senat denn auch nicht mehr von »Blockade« oder »Funktionsunfähigkeit« gesprochen.

IX. Tatsächliche Entwicklung

Der Bundestag hatte versucht, die Dreiprozent-Klausel mit der Behauptung zu rechtfertigen, der Erfolg eines der neu geschaf-

128 BVerfG, Urteil vom 26.02.2014, Abs.-Nr. 5 und 67.

129 So aber zum Beispiel Wendt, Sperrklauseln im Wahlrecht, Festschrift für Meinhard Schröder, 2012, S. 431 (448). Ebenso Prantl, Ist eh schon wurst, SZ vom 09.11.2011. Siehe auch Nettesheim, Postpolitik aus Karlsruhe, Merkur 2014, S. 481.

130 BVerfGE 129, 300 (Leitsatz).

131 BVerfGE 129, 300 (324).

132 BVerfGE 129, 300 (348).

133 So Hans Peter Bull, Erfolgswertgleichheit – eine Fehlkonstruktion im deutschen Wahlrecht, DVBl 2014 (im Erscheinen).

134 Dazu zählen die Bestimmung der Abgeordneten durch die Bürger und nicht durch die Reihung auf Parteilisten, die Bestimmung der Regierung durch die Bürger und nicht im Wege von Koalitionsvereinbarungen nach der Wahl und die direkte Verantwortlichkeit von Regierung und einzelnen Abgeordneten gegenüber den Bürgern. Dazu von Arnim, Mehrheitswahl und Partizipation, in: Gerd Strohmeier (Hrsg.), Wahlsystemreform, Zeitschrift für Politikwissenschaft, Sonderband 2009, S. 183 (201: Zusammenfassung).

135 BVerfGE 129, 300 (346, 352 ff.). So zum Beispiel auch Heribert Prantl, Ist eh schon Wurst, SZ vom 10.11.2011, S. 4: Das Europäische Parlament sei »verglichen mit dem Bundestag, schwach an Rechten. Und weil es ohnehin schwach sei, darf man es, so die Folgerung der Richter, noch weiter schwächen.« Ähnlich zum Beispiel die Bundestagsabgeordneten Axel Schäfer (SPD) und Thomas Silberhorn (CDU/CSU), Amtliches Protokoll der Zweiten Lesung des 3 %-Gesetzes, S. 31.432 und 31.436.

136 BVerfGE 129, 300 (303).

137 Zustimmung auch Martin Morlok/Hannah Kühn, Wahlrechtlichen Sperrklauseln und die Aufgaben einer Volksvertretung, Jus 2012, S. 385 (391).

138 Ebenso Wilko Zicht, Stellungnahme bei der Sachverständigen-Anhörung des Bundestags zum 3 %-Gesetz, S. 4.

139 Missverständlich insofern BVerfGE 129, 300 (332 f., 339).

140 BVerfGE 129, 300 (353).

141 So auch Martin Morlok, JZ 2012, S. 76 (79).

fenen Spitzenkandidaten bei der Europawahl 2014 sollte die Auswahl des Kommissionspräsidenten präjudiziert, und das könne zu einem antagonistischen Verhältnis zwischen den beiden großen Fraktionen führen. Dadurch könnten Mehrheitsbeschlüsse erschwert werden, so dass nicht noch eine weitere Erschwerung durch eine Sperrklausel hinzukommen solle.¹⁴² Doch diese Behauptung war dem Senat zu vage, und nach der Wahl hat sich dann auch gezeigt: Die EVP- und die SPE-Fraktion arbeiten nun erst recht intensiv zusammen, auch und gerade bei der Bestimmung des Kommissionspräsidenten.¹⁴³

Der Bundestag hatte weiter die Gefahr an die Wand gemalt, die Abgeordneten kleiner Parteien, die bei Wegfall der Sperrklausel ins Europäische Parlament kommen, würden sich keiner Fraktion anschließen und so die Handlungsfähigkeit des Europäischen Parlaments tendenziell verschlechtern.¹⁴⁴ Der Senat war dagegen schon im 5 %-Urteil davon ausgegangen, auch diese Abgeordneten würden sich bestehenden Fraktionen anschließen.¹⁴⁵ Und so ist es denn auch ganz überwiegend gekommen.¹⁴⁶

X. Zusammenfassung

Die Argumente, mit welchen Kritiker versuchen, die Sperrklausel-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu erschüttern, fallen bei gründlicher Durchsicht sämtlich in sich zusammen wie ein Kartenhaus. Einige umgehen die erforderliche Abwägung zwischen dem Gewicht des Eingriffs in die Gleichheit der Wahl und die Chancengleichheit der Parteien, den die Sperrklausel bewirkt, und der dadurch hervorgerufenen Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit des Parlaments, indem sie eine Seite der Waage wegargumentieren, andere, indem sie kleine Parteien und ihre Wähler diskreditieren oder die Fehlleitung der von der Sperrklausel betroffenen Stimmen als zu vernachlässigende Größe darstellen, oder schließlich, indem sie allein die mögliche Einschränkung der Funktionstätigkeit des Europäischen Parlaments thematisieren.

Um den Topos der Entscheidung in eigener Sache auszuhebeln, wird der Sinn der neueren Rechtsprechung, im eigenen Macht- oder Einkommensinteresse (oder in dem ihrer Parteien) befangene Abgeordnete – zur Vorbeugung gegen mögli-

chen legislativen Missbrauch – einer strengen Gerichtskontrolle zu unterwerfen, übergangen. Stattdessen wird es als ganz normal hingestellt, dass das Parlament in eigener Sache entscheidet. Dies begründet man mit abenteuerlichen Konstruktionen, bis hin zur völlig wirklichkeitsfremden Fiktion, Volk, Staat, Parlament und politische Parteien seien ohnehin dasselbe.

Es gibt in Wahrheit keine triftigen sachlichen Gründe für eine Sperrklausel bei Europawahlen. Im Europäischen Parlament sind schon jetzt über 160 Parteien vertreten. Fast alle Beschlüsse werden von den beiden großen Fraktionen, den Sozialdemokraten und den Bürgerlichen, gemeinsam getroffen, die regelmäßig mehr als die Hälfte der Mandate besitzen. Die Kommission, einmal im Amt, genießt Unabhängigkeit und ist nicht auf das Vertrauen des Parlaments angewiesen. Und die zusätzlichen Argumente, die der Bundestag zur Rechtfertigung der 3 %-Klausel angeführt hatte, waren eben bloße, wenig belegte Behauptungen, die die Praxis inzwischen auch widerlegt hat.

Von einem antagonistischen Verhältnis der beiden großen Fraktionen wegen der Spitzenkandidaturen zum Amt des Kommissionspräsidenten kann ebenso wenig die Rede sein wie davon, die zusätzlichen Abgeordneten schlossen sich keiner Fraktion an. Damit entfallen aber schon jetzt die Vorbehalte, welche das Gericht selbst gemacht hat. Die Urteile dürften deshalb nicht nur für die laufende Wahlperiode gelten.

142 BVerfG, Urteil vom 26.02.2014, Abs.-Nr. 11.

143 Siehe z.B. Cerstin Gammel, Von wegen Hinterzimmer, SZ vom 28.05.2014, S. 4.

144 Vgl. BVerfGE 129, 300 (314). So dann auch das Minderheitsvotum von Peter Müller, gestützt auf die Äußerungen der EU-Abgeordneten Brok und Bütikofer und des Sachverständigen Poguntke: Abs.-Nr. 20. Ebenso schon Christoph Schönberger, JZ 2012, S. 80 (84).

145 BVerfGE 129, 300 (327 ff.).

146 Daniel Brössler, Von Schnitzeljägern und Umschwärzten. Für die sieben Abgeordneten der »Karlsruher Fraktion« beginnt im Straßburger Parlament der Arbeitsalltag. Fünf haben sich einer Parteifamilie angeschlossen, SZ vom 30.06.2014; Peter Riesbeck, Kein Platz für Einzelkämpfer, Die Rheinpfalz vom 01.07.2014.