

Prof. Dr. Hans Herbert von Arnim
Im Oberkämmerer 26
67346 Speyer

An den
Deutschen Bundestag
Platz der Republik 1
11011 Berlin

Einspruch gegen die deutsche Wahl zum Europäischen Parlament vom 7. Juni 2009

Hiermit erhebe ich gem. § 2 Wahlprüfungsgesetz (WahlPrG)

Einspruch

gegen die Gültigkeit der Wahl der deutschen Abgeordneten zur Europawahl vom 7. Juni 2009.

Der Einspruch betrifft die Fünfprozentklausel und die starren Wahllisten, die trotz ihrer Verfassungswidrigkeit bei der Ermittlung der Mandate zugrunde gelegt wurden.

Gliederung

- I. Überblick
 - 1. Fünfprozentklausel
 - 2. Starre Listen
- II. Anträge
- III. Zulässigkeit des Einspruchs
- IV. Begründetheit des Einspruchs
 - 1. Fünfprozentklausel
 - 2. Starre Listen

I. Überblick

1. Fünfprozentklausel

Das Stimmgewicht bei Europawahlen ist von Land zu Land unterschiedlich. Der Bürger eines bevölkerungsschwachen Mitgliedstaats hat etwa das zwölfwache Stimmgewicht des Bürgers eines bevölkerungsstarken. Das ist beim derzeitigen Stand der Integration allerdings nicht zu ändern und deshalb auch verfassungsrechtlich hinzunehmen. Durch die deutsche Fünfprozentklausel, die Millionen Stimmen unter den Tisch fallen lässt, wird aber eine Ungleichheit von unerhört viel größerer Intensität geschaffen. Dieses Mehr an Ungerechtigkeit, das keineswegs durch die Struktur der Europäischen Union bedingt ist, besteht einmal im Verhältnis zu anderen deutschen Wählern, Kandidaten und Parteien, deren Stimmen berücksichtigt werden. 10,8 Prozent der in Deutschland abgegebenen Stimmen sind

2009 entwertet worden und nicht den Parteien und Vereinigungen zugute kommen, für die sie gedacht waren. Stattdessen wurden sie ganz anderen Parteien zugeschlagen, nämlich denen, die die Hürde übersprungen hatten (siehe **Anlage 1**). Das waren rund 2,8 Millionen Stimmen.

Die Ungerechtigkeit besteht aber auch im Verhältnis zu Wählern, Kandidaten und Parteien anderer Staaten. Denn durch die Fünfprozentklausel werden in einem bevölkerungsreichen Land wie Deutschland sehr viel mehr Stimmen entwertet als in kleinen Staaten. Das ist wohl auch der Grund, warum keiner der anderen großen Mitgliedstaaten seinen Wählern eine auf das ganze Land bezogene Fünfprozentklausel zumutet, wie wir sie in Deutschland haben: weder Großbritannien noch Italien, Frankreich oder Spanien. Eine deutsche Partei oder politische Vereinigung musste 2009 zum Überwinden der Hürde mehr Wählerstimmen bekommen, als Estland, Malta, Slowenien und Zypern zusammen benötigen, um ihre 24 Abgeordneten nach Brüssel zu schicken. Und 1994 war die FDP war trotz ihrer 1.443.146 Stimmen (4,1 Prozent) und 1999 trotz ihrer 820.106 Stimmen (3,0 Prozent), die ein Mehrfaches der Stimmen kleiner Mitgliedstaaten betrug, aus dem Europäischen Parlament ausgesperrt worden. Das treibt die Ungerechtigkeit auf die Spitze.

Dennoch hat der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts die Fünfprozentklausel des Europawahlgesetzes für verfassungsmäßig erklärt (BVerfGE 51, 222). Das Urteil datiert allerdings vom 22. Mai 1979. Seitdem sind drei Jahrzehnte vergangen. Die *Beurteilungsmaßstäbe* haben sich inzwischen deutlich verschärft. Dies ergibt sich mit aller Klarheit aus neueren Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts und der Landesverfassungsgerichte zur Fünfprozentklausel im Kommunalwahlrecht und wird auch durch das jüngst ergangene Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Lissabonvertrag vom 30.6.2009 (2 BvK 1/07) bestätigt. Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungswidrigkeit des negativen Stimmgewichts vom 3.7.2008 (BVerfG, 2 BvC 1/07) weist in die gleiche Richtung. Das Bundesverfassungsgericht hat im Lissabonurteil (Absatz-Nrn. 167 ff.) die grundlegende Bedeutung des Wahlrechts hervorgehoben und – sogar wegen der Minderung des Gewichts des Wahlrechts zum Bundestag aufgrund der Übertragung von Kompetenzen auf die Europäische Union durch den Lissabonvertrag - die Möglichkeit einer Verletzung des Wahlrechts der Bürger gesehen und ihnen ein Anfechtungsrecht zugebilligt. Umso dringender erscheint es dann aber, dagegen vorzugehen, dass Millionen Bürgern das Wahlrecht völlig entwertet wird, wie dies durch die deutsche Fünfprozentklausel geschieht.

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

Wenn die Beurteilungsmaßstäbe oder die tatsächliche Lage sich wandeln (und erst recht, wenn *beides* sich wandelt), ist der Gesetzgeber nach der neuen Judikatur von Verfassungen wegen zu einer Überprüfung von Sperrklauseln verpflichtet. Diese Pflicht wird permanent verletzt. Eine sorgfältige Überprüfung der Fünfprozentklausel und die Darlegung zwingender Gründe für ihre Beibehaltung fehlen nämlich immer noch. Der Gesetzgeber hätte die Prüfung eigentlich schon nach einem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 11.3.2003 (BVerfGE 107, 286) vornehmen müssen. Dieses Urteil schrieb bereits vor, dass der Gesetzgeber Sperrklauseln zu überprüfen und gegebenenfalls aufzuheben habe, wenn die „vom Wahlgesetzgeber vorausgesetzte tatsächliche oder normative Grundlage“ sich ändert oder sich

„die bei Erlass der Bestimmung getroffene Prognose als irrig“ erweist (BVerfG, aaO, S. 294 f.). Die Gelegenheit zur Prüfung hätte sich auch bei der Zustimmung des Bundestags zur Änderung des Direktwahlakts durch Beschluss vom 15.8.2003 (BGBl 2003 II S. 810) ergeben. Spätestens aber nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 13. 2. 2008 (Aktenzeichen: 2 BvK 1/07), welches die Fünfprozentklausel im schleswig-holsteinischen Kommunalwahlrecht wegen verschärfter Beurteilungsmaßstäbe und geänderter tatsächlicher Verhältnisse aufhob, hätte der Gesetzgeber auch hinsichtlich der Fünfprozentklausel bei der Europawahl reagieren müssen. Dass er dies immer noch nicht getan hat, erklärt sich wohl daraus, dass es ausreichende Gründe für die Beibehaltung der Fünfprozentklausel bei der Europawahl gar nicht gibt, der Gesetzgeber aber dennoch so lange wie möglich an der Klausel festhalten möchte, die den im Bundestag vertretenen Parteien zusätzliche Mandate verschafft – illegitime Mandate, die eigentlich anderen Parteien gebühren. Hier wird ganz deutlich, dass der Gesetzgeber bei Überprüfung der Fünfprozentklausel *in eigener Sache* entscheidet. Gesetzgebung in eigener Sache weist aber nur eine geringe Richtigkeitschance auf und bedarf deshalb besonderer Kontrolle durch die Öffentlichkeit, durch sachverständige Wissenschaftler und durch die Verfassungsrechtsprechung (BVerfGE 40, 296 [327]; 85, 264 [288 ff.]).

Sperrklauseln widersprechen den Grundsätzen der Demokratie, der Gleichheit der Wahl und der Chancengleichheit der Parteien. Sie sind verfassungswidrig, es sei denn, sie lassen sich durch zwingende Gründe des öffentlichen Wohles rechtfertigen. Will der Gesetzgeber eine Sperrklausel aufrechterhalten, reichen deshalb nach neuerer Rechtsprechung irgendwelche abstrakten Behauptungen nicht mehr aus. Er muss vielmehr im Wege einer sorgfältigen Realanalyse darlegen, dass solche zwingenden Gründe mit einiger Wahrscheinlichkeit auch wirklich vorliegen. Solche Gründe bestehen hier nicht. Der Wegfall der Fünfprozentklausel im deutschen Europawahlgesetz wird zu keiner wesentlichen Beeinträchtigung relevanter Belange führen. Das Europäische Parlament wählt – im Gegensatz zum Bundestag und zu den Landtagen – keine Regierung. Dies ähnelt der Situation in den Kommunen, wo der Verwaltungschef seit der Einführung seiner Direktwahl ebenfalls nicht mehr von der Volksvertretung, dem Gemeinderat oder Kreistag, gewählt wird und die Rechtsprechung deshalb den Sperrklauseln ihre Berechtigung abgesprochen hat. Hinzukommt, wie das Bundesverfassungsgericht im Lissabonurteil hervorhebt, dass sich im Europäischen Parlament keine Regierungs- und Oppositionsfraktionen gegenüberstehen und deshalb die Wähler auch keine Richtungsentscheidungen treffen, die durch kleine Parlamentsparteien erschwert werden könnten. Angesichts der 162 im Europäischen Parlament vertretenen Parteien kann es ohnehin nicht schaden, wenn nach Wegfall der Fünfprozentklausel Abgeordnete einiger weiterer deutscher Parteien, die bisher leer ausgegangen sind, ins Parlament einziehen, zumal es dabei nur um ein Prozent der Mitglieder des gesamten Europäischen Parlaments geht. Bei der Europawahl vom 7. Juni 2009 wären es sieben zusätzliche Parteien und politische Vereinigungen gewesen, die zusammen acht Mandate erhalten hätten (siehe **Anlage 1**).

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

- CDU: 2 (Herbert Reul, Platz 9 der nordrhein-westfälischen Landesliste, und Birgit Schnieber-Jastram, Platz 1 der Hamburger Landesliste),
- SPD: 2 (Constanze Krehl und Norbert Neusel, Platz 22 und 23 der Bundesliste),

- Grüne: 2 (Elisabeth Schrödter und Gerald Häfner, Listenplätze 13 und 14 der Bundesliste),
- FDP: 1 (Britta Reimers, Platz 12 der Bundesliste) und
- CSU: 1 (Martin Kastler, Platz 8 der Liste).

Erst recht nicht zu rechtfertigen ist, dass es nicht ausreicht, in *einem Bundesland* 5 Prozent zu erreichen. Durch Erstreckung der Sperrklausel auf das ganze Bundesgebiet, sehen sich selbst große Regionalparteien wie die CSU einer Hürde von bis zu 40 Prozent gegenüber.¹ Bei Bundestagswahlen können Regionalparteien die Fünfprozentklausel mit drei Direktmandaten außer Kraft setzen und so der Härte, die in der auf das ganze Bundesgebiet bezogenen Sperrklausel liegt, gegebenenfalls entgehen. Bei Europawahlen gibt es mangels Direktmandaten eine solche Grundmandatsklausel nicht. Politische Vereinigungen mit regionalem Schwerpunkt wie die Freien Wähler werden durch die Klausel ausgesperrt, obwohl sie in Bayern bei der Europawahl vom 7. Juni 2009 6,7 Prozent der Stimmen erlangt haben. Würden 5 Prozent in einem Bundesland genügen, wären bei der Europawahl 2009 die Freien Wähler mit zwei Abgeordneten im Europäischen Parlament vertreten (siehe **Anlage 2**). Diese beiden Mandate gebühren den beiden Erstplatzierten auf der Bundesliste der Freien Wähler, Gabriele Pauli und Armin Greim, deren Plätze derzeit Herbert Reul (CDU) und Gerald Häfner (Grüne) einnehmen. Dass ein Auswechseln von zwei Abgeordneten (0,27 Prozent der 732 Mitglieder des Europäischen Parlaments) das Funktionieren des Europäischen Parlaments wesentlich beeinträchtigen könnte, erscheint von vornherein ausgeschlossen.

Die Rechts- und Verfassungswidrigkeit der Fünfprozentklausel wird, wie auch der Bundestag selbst einräumt, durch den sogenannten europäischen Direktwahlakt nicht geheilt. Denn er ermächtigt die Mitgliedstaaten zwar zur Einführung von Sperrklauseln, verpflichtet sie aber nicht dazu. Der Akt lässt die Bindung des deutschen Gesetzgebers an das Grundgesetz bei Beurteilung der Klausel deshalb unberührt.

Der Bundestag stellt sich zwar auf den Standpunkt, er habe im Rahmen der Wahlprüfung die Verfassungsmäßigkeit von Vorschriften gar nicht zu überprüfen. Dies sei allein Sache des Bundesverfassungsgerichts (Bundestagsdrucksache 14/1560, Anlage 77; 15/4750, Anlage 21 [S. 89 steht[290]]), das gegen den ablehnenden Entscheid des Bundestags mittels Beschwerde angerufen werden kann (§ 26 Abs. 3 EuWG). Doch in Fällen der vorliegenden Art darf sich der Gesetzgeber nicht hinter dem Gericht verstecken, sondern ist unmittelbar selbst gefordert. Das haben die Gerichte immer wieder betont. Der Bundestag hat aufgrund der veränderten tatsächlichen Verhältnisse und der verschärften Rechtsprechung der Verfassungsgerichte die verfassungsrechtliche Pflicht, die Fünfprozentklausel im Europawahlrecht zu prüfen und aufzuheben und muss deshalb in dieser Sache – unabhängig von einem erst in Zukunft zu erwartenden Spruch des Gerichts - sogleich selbst tätig werden.

2. Starre Listen

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

Bei Europawahlen können Deutsche nur eine Stimme für eine vorgegebene Parteiliste abgeben. Aufgrund der starren Listen stehen regelmäßig bis zu drei Viertel der 99 Abgeordneten, die Deutschland nach Brüssel schickt, schon vorher namentlich fest. Dazu gehörten bei der Europawahl 2009 z. B. die ersten 22 auf der Wahlliste der SPD. Sie konnten selbst bei einem sehr schwachen Ergebnis der SPD ihres Einzugs ins Parlament sicher sein. Die Europawahl als „Direktwahl“ zu bezeichnen, wie es üblich ist, erscheint deshalb als semantische Verschleierung der wahren Verhältnisse.²

Das Bundesverfassungsgericht hat am Beispiel der Bundestagswahlen starre Listen für verfassungsmäßig erklärt. Das geschah in einem Urteil des Zweiten Senats vom 3.7. 1957 (BVerfGE 7, 63), also vor mehr als einem halben Jahrhundert. Auch hier erscheint inzwischen eine Überprüfung angezeigt. Über die Gestaltung der Listen entscheidet der Gesetzgeber ebenfalls in eigener Sache. Auch hier ist deshalb eine strenge Kontrolle durch die Verfassungsrechtsprechung erforderlich. Starre Listen verstoßen gegen die Grundsätze der Freiheit und Unmittelbarkeit der Wahl der Abgeordneten durch das Volk, ohne dass dafür zwingende Gründe vorlägen. Deshalb sind starre Listen, die deutsche Wähler lediglich ankreuzen können, verfassungswidrig. Art. 1 des europäischen Direktwahlaktes ermächtigt die Mitgliedstaaten ausdrücklich zur Flexibilisierung der Wahllisten.

II. Anträge

Ich beantrage,

1. festzustellen, dass § 2 Abs. 7 EuWG (Fünfprozentklausel) gegen den streng auszulegenden Gleichheitssatz im politischen Wettbewerb (Art. 3 Abs. 1, 20 Abs. 1, 21 Abs. 1 und 38 Abs. 1 Satz 2, Art. 79 Abs. 3 GG) verstößt,
 - a) weil die Klausel Kandidaten kleinerer Parteien und politischer Vereinigungen ohne zwingenden Grund den Zugang zum Europäischen Parlament verwehrt und die für sie abgegebenen Stimmen den Kandidaten anderer Parteien zugute kommen,
 - b) weil die Klausel statt auf die einzelnen Bundesländer auf das ganze Bundesgebiet bezogen ist und deshalb politische Vereinigungen mit regionalem Schwerpunkt (wie die Freien Wähler) ohne zwingenden Grund ausschließt und Regionalparteien (wie der CSU) den Zugang ohne zwingenden Grund erschwert,
2. das Ergebnis der Wahl unter Nichtanwendung der Fünfprozentklausel neu zu berechnen,
3. festzustellen, dass § 2, insbesondere Abs. 5, §§ 9, 15 und 16 EuWG (starre Listen) gegen den verfassungsrechtlichen Grundsatz der unmittelbaren und freien Wahl der Abgeordneten durch das Volk (siehe Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 Satz 2, 38 Abs. 1 Satz 1

² Der Begriff „Direktwahlen“ ist natürlich auch vor dem Hintergrund zu verstehen, dass die Mitglieder des Europäischen Parlaments bis 1979 von den nationalen Parlamenten, also indirekt, gewählt wurden. Doch der Umkehrschluss, dass sie jetzt direkt, nämlich durch die Bürger, gewählt würden, hinkt zumindest für deutsche Europaabgeordnete – angesichts der starren Listen.

GG) verstoßen und gemäß § 26 Abs. 2 Europawahlgesetz (EuWG) sowie § 1 WahlPrG für ungültig zu erklären und eine Wiederholungswahl gemäß §§ 4 EuWG, 44 Bundeswahlgesetz (BWG) anzuordnen ist.

III. Zulässigkeit des Einspruchs

Gegen Europawahlen ist gemäß § 2 Abs. 1 WahlPrG der Einspruch zulässig. Er kann gem. § 2 Abs. 2 - 4 WahlPrG von jedem Wahlberechtigten schriftlich und begründet innerhalb einer Frist von zwei Monaten nach dem Wahltag beim Bundestag eingelegt werden. Der Einspruchsführer ist als 69-jähriger Deutscher, der seit langem ständigen Wohnsitz in Speyer hat, wahlberechtigt. Die Zweimonatsfrist, die - angesichts des Wahltermins 7. Juni - am 7. August abläuft, wird mit dieser Einspruchsschrift, die auch die Begründung enthält, eingehalten. Damit ist die Zulässigkeit des Einspruchs dargetan.

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

- Wenn die Fünfprozentklausel entfällt, verlieren acht Abgeordnete der etablierten Parteien ihren Sitz im Europäischen Parlament zugunsten von acht Bewerbern von sieben Parteien, die an der Sperrklausel gescheitert sind.
- Wäre die Fünfprozentklausel nicht auf das ganze Bundesgebiet, sondern auf die einzelnen Bundesländer bezogen, hätten die Freien Wähler zwei Sitze im Europäischen Parlament erhalten.
- Würden die Listen flexibilisiert, wären mit Sicherheit teilweise andere Kandidaten ins Europäische Parlament gekommen.

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

Hinsichtlich der starren Listen ist eine solch „schonende“ Korrektur wie bei der Fünfprozentklausel nicht möglich. Die Kandidaten sind den Wählern aufgezwungen worden. Welche Personen die Bürger gewählt hätten, wenn sie aufgrund flexibler Listen hätten

mitbestimmen können, ist offen. Deshalb ist, wenn dieser Fehler sich noch auf die Wahl vom 7. Juni 2009 auswirken soll, die Wahl für ungültig zu erklären, und Neuwahlen anzuordnen.

IV. Begründetheit des Einspruchs

1. Fünfprozentklausel

Der Einspruch ist auch begründet. Die Fünfprozentklausel des § 2 Abs. 7 EuWG wurde bei Berechnung der Sitzverteilung zugrundegelegt, obwohl diese Vorschrift gegen das Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG), die Wahlgleichheit der Bürger (Art. 38 Abs. 1 GG) und die Chancengleichheit der Parteien (Art. 21 Abs. 1 GG) verstößt und deshalb für verfassungswidrig und nichtig zu erklären ist.

Die Fünfprozentklausel führt dazu, dass die bei der Europawahl 2009 von ihr betroffenen sieben Parteien und politischen Vereinigungen sowie ihre Kandidaten nicht ins Parlament einziehen und die für sie abgegebenen Stimmen keinerlei Gewicht haben, weil sie bei der Mandatsverteilung nicht mitgerechnet werden. Ja, sie haben sogar ein negatives Gewicht, weil sie Parteien zugute kommen, die die Bürger gerade *nicht* gewählt haben. Dass dies die Gleichheit der Wahl der Bürger und die Chancengleichheit der Parteien und politischen Vereinigungen beeinträchtigt, ist seit eh und je allgemein anerkannt. Die verfassungsrechtliche Beurteilung hängt deshalb davon ab, ob der Eingriff sich durch zwingende Gründe rechtfertigen lässt. Dies ist entscheidend, und gerade an diesem Punkt haben sich die Beurteilungsmaßstäbe erheblich verschärft. 1979 hatte das Bundesverfassungsgericht es noch ausreichen lassen, dass der Gesetzgeber mit der Sperrklausel der Parteienzersplitterung entgegenwirkt. Dazu stützte das Gericht sich auf die Formel, es reiche aus, wenn der Gesetzgeber sich „an dem durch besondere, zwingende Gründe gerechtfertigten Ziel, einer übermäßigen Parteienzersplitterung im Europäischen Parlament entgegenzuwirken, orientiert ... und das Maß des zur Erreichung dieses Ziels Erforderlichen nicht überschreitet.“ (BVerfGE 51, 222 [233, 246 f., 249]). Zur Bejahung solch übermäßiger Parteienzersplitterung berief sich das Gericht auf eine Reihe abstrakter Überlegungen, die aber bereits für sich genommen nicht trugen (Dietrich Murswiek, DVBl 1980, 123 ff.). Eine Realanalyse, die mit einiger Wahrscheinlichkeit eine wesentliche Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit des Parlaments durch die Sperrklausel ergibt, hatte das Gericht vom Gesetzgeber noch nicht verlangt, und dieser hatte sie auch nicht vorgenommen.

Diese laxen und permissiven Auffassung hat das Gericht neuerdings ausdrücklich aufgegeben. Anlässlich der Beurteilung von Fünfprozentklauseln im Kommunalwahlrecht stellt der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts in seinem Urteil vom 13.2.2008 (Aktenzeichen: 2 BvK 1/07) fest, dass das bloße Zersplitterungsargument nun definitiv *nicht* mehr genügt, selbst wenn klar ist, dass „Mehrheitsbildung und Beschlussfassung aus diesem Grund erschwert werden (...). Die bloße ‚Erleichterung‘ oder ‚Vereinfachung‘ der Beschlussfassung [reicht] nicht aus, um den mit der Fünf-Prozent-Sperrklausel verbundenen Eingriff in die Wahlgleichheit und Chancengleichheit der politischen Parteien zu rechtfertigen (...). Denn Demokratie setzt das Aufeinandertreffen verschiedener Positionen und das Finden von Kompromissen voraus. (Abs.-Nr. 126). Es schade durchaus nicht, wenn die Volksvertretung „politisch bunter“ werde (Abs.-Nr. 69). Vielmehr sei zwingend eine an den konkreten Verhältnissen der jeweiligen Volksvertretung ausgerichtete „Realanalyse“ durchzuführen (Abs.-Nr. 60), aus der sich mit „einer die Intensität der Einschränkung der Wahlrechtsgleichheit und Chancengleichheit der Parteien in Rechnung stellenden

hinreichende Wahrscheinlichkeit“ ergibt, dass die Funktionsfähigkeit des Parlaments ernsthaft gefährdet sei (Abs.-Nr. 52).

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

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

Damit reiht sich das Bundesverfassungsgericht in die neuere Rechtsprechung der Landesverfassungsgerichte und die neuerdings herrschende Auffassung in der wissenschaftlichen Literatur³ ein. Rechtsprechung und Lehre erkennen, wie der Staatsgerichtshof der Freien Hansestadt Bremen in einem Urteil vom 14.5.2009 zur Fünfprozentklausel in Bremerhaven (Aktenzeichen: 2 St 2/08, Absatz-Nr. 54) zusammenfasst, „die fundamentale Bedeutung der Gleichheit der Wahl für die Hinnahme der demokratischen Mehrheitsentscheidung einerseits und die Gefahr einer Instrumentalisierung des Wahlrechts zur Sicherung des Machterhalts der Mehrheitsparteien andererseits stärker als zuvor“ an. „Hieraus wird zutreffend auch für Kommunalwahlen die Notwendigkeit der strikten verfassungsgerichtlichen Kontrolle einer Einschränkung der Wahrechtsgleichheit und Chancengleichheit gefolgert“.⁴

Der Nachweis einer erheblichen Funktionsstörung der Arbeit des Europäischen Parlaments bei Wegfall der deutschen Fünfprozentklausel ist vom Gesetzgeber nicht erbracht und auch gar nicht zu erbringen. Die Erschwerung der Beschlussfassung des Europäischen Parlaments, die zusätzliche Parteien verursachen könnten, würde, wenn sie denn überhaupt vorläge, keinesfalls ausreichen, um die Fünfprozentklausel zu rechtfertigen. Das haben das

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

⁴ Der Staatsgerichtshof Bremen weist auf folgende weitere Urteile hin: Verfassungsgerichtshof Berlin, LKV 1998, 142; Verfassungsgerichtshof Mecklenburg-Vorpommern, LKV 2001, 270; Verfassungsgerichtshof Nordrhein-Westfalen, DVBl 2009, 250; Thüringer Verfassungsgerichtshof NVwZ-RR 2009, 1.

Bundesverfassungsgericht und die Landesverfassungsgerichte klargestellt, die in der größeren „Buntheit“ der Volksvertretung sogar ein Positivum sehen. Der Umstand, dass mehr Parteien in die Volksvertretung gelangen, genügt keinesfalls, das bloße Zersplitterungsargument reicht nicht aus. Erforderlich wäre eine Realanalyse, die aufzeigt, dass eine wesentliche Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit des Europäischen Parlaments tatsächlich mit einiger Wahrscheinlichkeit eintritt und diese Beeinträchtigung den Eingriff in die Gleichheit des Wahlrechts und die Chancengleichheit der Parteien überwiegt.

Darüber hinaus hebt der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts im Lissabonurteil hervor, dass das Europäische Parlament keine Regierung wählt und auch nicht im Regierungs- Opposition-Schema nationaler deutscher Parlamente organisiert ist. Das Europäische Parlament ist – im Gegensatz zu nationalen Parlamenten – nicht gerüstet, „repräsentative und zurechenbare Mehrheitsentscheidungen als einheitliche politische Leitentscheidungen zu treffen. Es ist gemessen an staatlichen Demokratieanforderungen nicht gleichheitsgerecht gewählt und innerhalb des supranationalen Interessenausgleichs zwischen den Staaten nicht zu maßgeblichen politischen Leitentscheidungen berufen. Es kann deshalb auch nicht eine parlamentarische Regierung tragen und sich im Regierungs-Oppositions-Schema parteipolitisch so organisieren, dass eine Richtungsentscheidung europäischer Wähler politisch bestimmend zur Wirkung gelangen könnte“ (so die zusammenfassende Darstellung in der Presseerklärung des Bundesverfassungsgerichts vom 30.6.2009). Das bedeutet, dass das Europäische Parlament zu allen *wichtigen* Mehrheitsentscheidungen, die nationale Parlamente zu treffen haben, strukturell gar nicht in der Lage ist. Dann aber könnte auch die Erschwerung von Mehrheitsbeschlüssen des Europäischen Parlaments durch kleine Parlamentsparteien, selbst wenn sie tatsächlich vorliegen sollte, erst recht keinen zwingenden Grund für die Aufrechterhaltung der Fünfprozentklausel darstellen.

Damit verliert auch der Umstand, dass die Befugnisse des Europäischen Parlaments seit 1979 erheblich erweitert wurden, auf den der Bundestag sich bei Zurückweisung von Einsprüchen gegen die Bundestagswahl 2002 beruft (Bundestagsdrucksache 15/4750, Anlage 21, S. 92), seine Schlüssigkeit. Denn diese Erweiterung führt eben gerade nicht dazu, dass das Europäische Parlament die Mehrheitsentscheidungen, deretwegen die Fünfprozentklausel in den nationalen deutschen Parlamenten besteht, treffen kann.

In dieselbe Richtung deuten die tatsächlichen Veränderungen, die seit 1979 eingetreten sind. Im Europäischen Parlament waren damals, wie schon erwähnt, 40 Parteien aus neun Mitgliedstaaten vertreten. Heute sind es 162 Parteien aus 27 Staaten. Angesichts dieser Vielzahl kann es keinen wesentlichen Unterschied machen, wenn nach Wegfall der Sperrklausel zu den sechs deutschen Parteien, die Abgeordnete nach Brüssel entsenden, noch einige hinzu kommen, die ohnehin 2009 nicht einmal ein Zwölftel des deutschen Kontingents (8 von 99) betreffen, welches insgesamt nur noch 13 Prozent aller europäischen Abgeordneten ausmacht; früher waren es 20 Prozent. Die bei Wegfall der Sperrklausel zusätzlich ins Europäische Parlament gelangenden Abgeordneten machen nur etwa 1 Prozent aller Europaparlamentarier aus (acht von 736). Eine wesentliche Verschlechterung der Arbeitsweise des Europäischen Parlaments kann daraus schon rein mengenmäßig gar nicht resultieren, auch wenn man berücksichtigt, dass kleinere Parteien bei Wegfall der Sperrklausel etwas mehr Stimmen bekommen dürften. Im übrigen ist erwarten, daß sich die Abgeordneten der deutschen Parteien, die nach Wegfall der Fünfprozentklausel ins Parlament kommen, den dort bereits bestehenden Fraktionen eingliedern. Eine Beeinträchtigung der Funktionen des Europäischen Parlaments ist deshalb nicht zu befürchten und schon gar keine gravierende.

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

An der Verfassungs- und Rechtswidrigkeit der Fünfprozentklausel ändert auch der europäische Direktwahlakt nichts. Sein 2002 eingefügter Art. 3 erlaubt den Mitgliedstaaten, bei der Europawahl eine Sperrklausel festzulegen. Doch dabei handelt es sich lediglich um eine Kann-Vorschrift. Vorgeschrieben ist nur, dass die Klausel, falls der Gesetzgeber sie einführt, nicht mehr als fünf Prozent betragen darf. Hinsichtlich der Zulässigkeit von Sperrklauseln bleibt der deutsche Gesetzgeber hingegen in vollem Umfang an das Grundgesetz gebunden. Das stellt auch Art. 8 Abs. 2 des Direktwahlakts klar, wonach die innerstaatlichen Vorschriften „den Besonderheiten in den Mitgliedstaaten Rechnung tragen können“, solange sie das in Art. 1 des Direktwahlaktes vorgeschriebene Verhältniswahlssystem nicht in Frage stellen. Auch der Bundestag räumt ein, dass der Direktwahlakt nicht die Verfassungsmäßigkeit der Fünfprozentklausel begründet, sondern die Bindung des deutschen Gesetzgebers an das Grundgesetz unberührt lässt (Bundestagsdrucksache 15/4750, Anlage 21, S. 92). Das muss erst recht gelten, wenn man berücksichtigt, dass die Gleichheit der Wahl im Demokratieprinzip wurzelt, welches über Art. 79 Abs. 3, 23 Abs. 1 Satz 1 GG „europarechtfest“ ist, wie das Bundesverfassungsgericht im Lissabonurteil bestätigt hat (BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 30.6.2009, Absatz-Nrn. 179, 218). Deshalb kann – anders als der Bundestag ohne jede Begründung behauptet – der Direktwahlakt auch keinerlei „Indiz“ für die Verfassungsmäßigkeit der Sperrklausel darstellen.

Die Überprüfung der Fünfprozentklausel bei Europawahlen hat besondere Eile. Denn bei der Wahl vom 7. Juni 2009 wurde acht Kandidaten kleinerer Parteien das ihnen gebührende Mandat vorenthalten. Stattdessen wurden die Mandate acht Abgeordneten etablierter Parteien übertragen, die die Sperrklausel überwunden haben. Dadurch wurden die acht übergangenen Kandidaten, ihre Parteien und ihre Wähler in ihrem Recht auf Gleichheit der Wählbarkeit und der Wahl, ja eigentlich überhaupt in ihrem Recht zu wählen, verletzt. Denn ihre Stimmen hatten nicht nur geringeres Gewicht als die anderer Bürger, sondern sie wurden völlig ausgeschlossen. Die Anpassung ist durch Neuberechnung der Mandatsverteilung im Wahlprüfungsverfahren vorzunehmen. Der Bundestag sieht sich nach seiner bisherigen Praxis zwar nicht in der Lage, die Wahlgesetze auf ihre Verfassungsmäßigkeit zu prüfen und die Anpassung von sich aus vorzunehmen. Das kann erst das Bundesverfassungsgericht, sobald es gem. Art. 41 Abs. 2 GG, § 48 BVerfGG gegen einen negativen Entscheid des Bundestags angerufen wird. Der Bundestag muss aber, da es keinen anderen Rechtsbehelf gibt, das Seine dazu beitragen, dass eine solche Anpassung rasch erfolgen kann. Da er der Frage der Verfassungsmäßigkeit von Wahlrechtsnormen keinen Einfluss auf seine Entscheidung im Wahlprüfungsverfahren beimisst, sollte er sich mit der Entscheidung wenigstens beeilen, um den Weg für ein möglichst baldiges Urteil des Bundesverfassungsgerichts freizumachen.

2. Starre Listen

Starre Wahllisten greifen in die Grundsätze der unmittelbaren und freien Wahl der Abgeordneten durch das Volk (vgl. Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG) ein. Würden die Parteien die Abgeordneten erst nach der Wahl benennen, wäre die Beeinträchtigung der Freiheit und Unmittelbarkeit der Wahl offensichtlich. Es kann aber keinen Unterschied machen, ob die

Bestimmung der Abgeordneten durch die Parteien vor der Wahl durch ihre Platzierung auf sicheren Listenplätzen oder nach der Wahl erfolgt. Auch hier stellt sich deshalb die Frage nach zwingenden Rechtfertigungsgründen. Art. 21 Abs. 1 GG, wonach die Parteien an der politischen Willensbildung des Volkes lediglich *mitwirken*, kann keine Rechtfertigung darstellen. Denn solche Mitwirkung besteht auch nach einer Flexibilisierung der Listen, weil die Parteien weiterhin die Listen aufstellen und die Kandidaten vorschlagen und dies ein beträchtliches Beharrungsmoment besitzt. Und für die Monopolisierung der Bestimmung der Abgeordneten durch die Parteien gibt Art. 21 GG nichts her, es sei denn, man interpretierte ihn im Sinne der Parteienstaatsdoktrin von Gerhard Leibholz. Leibholz räumt zwar ein, dass starre Listen gegen die Unmittelbarkeit der Wahl der Abgeordneten durch das Volk verstoßen,⁵ will den Unmittelbarkeits-Grundsatz aber „parteienstaatlich“ modifiziert wissen und ihn auf diese Weise weginterpretieren: Da Leibholz Volk und Partei in eins setzt,⁶ sei auch die Auswahl der Abgeordneten durch die Partei als Wahl durch das Volk anzusehen.⁷ Von dieser Doktrin, die der Rechtsprechung jahrzehntelang den Stempel aufdrückte, ist das Gericht inzwischen zwar wieder abgerückt. Die Gleichsetzung von Volk und Parteien wird heute praktisch von niemandem mehr vertreten.⁸ Die früheren Urteile sind aber noch nicht korrigiert und wirken deshalb fort, vor allem eben auch die Urteile zu den starren Listen.

Die bisherige Rechtsprechung wusste sich denn auch nicht anders zu helfen, als die politische Freiheit auf einen bloßen Formalismus zu verkürzen,⁹ und segnete die starren Listen ab, obwohl von zwingenden Gründen für ihre Beibehaltung nicht die Rede sein kann. Das gelegentlich zur Verteidigung der starren Listen vorgebrachte angebliche Bedürfnis, Fachleute ins Parlament zu bringen, erscheint angesichts der schnellen Einarbeitung der Volksvertreter in ihnen bisher völlig unbekannte Materien nur eine Schutzbehauptung und besitzt jedenfalls nicht das Gewicht, um die Grundsätze der Freiheit und Unmittelbarkeit der Wahl der Abgeordneten aufzuwiegen. Das habe ich in einem Aufsatz in der Juristenzeitung¹⁰ eingehend dargestellt, den ich zum Gegenstand dieser Einspruchsschrift mache und in der **Anlage 3** beifüge. Tatsächlich beruht der Widerstand der politischen Klasse auf dem Wunsch, an dem Wahlsystem festzuhalten, welches ihnen das Amt verschafft hat. Erhielten die Bürger mehr Einfluss, würden die parteiinternen Verbindungen, die es der großen Mehrheit der Abgeordneten bisher erleichtern, für ihre Wiedernominierung auf guten Plätzen zu sorgen, zumindest teilweise entwertet und die Wiederwahl unsicherer. Egoistische Eigeninteressen

⁵ Gerhard Leibholz, z. B. Parteien und Wahlrecht in der modernen Demokratie, in: Parteien, Wahlrecht, Demokratie. Vorträge und Diskussionen einer Arbeitstagung der Friedrich-Naumann-Stiftung und der Deutschen Gruppe der Liberalen Weltunion vom 17. bis 19.3.1967 im Kurhaus Baden-Baden, 1967, 40 (47 f.).

⁶ Leibholz, Verfassungsrechtliche Stellung und innere Ordnung der Parteien, Deutscher Juristentag 1950, C 2 (10): „Ja, man kann geradezu sagen, daß in dieser Form der Demokratie (das heißt, dem 'modernen demokratischen Parteienstaat') die Parteien das Volk 'sind'.“

⁷ So schon Leibholz, Die Wahlrechtsreform und ihre Grundlagen, Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer, Band 7 (1932), 159 (172).

⁸ Statt vieler Dieter Grimm, Die politischen Parteien, in: Benda/Maihofer/Vogel (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl., 1994, 599 (613 ff.).

⁹ BVerfGE 7, 63 (68 f.): Der Grundsatz der Unmittelbarkeit der Wahl der Abgeordneten sei „im Parteienstaat... formal zu interpretieren.“

¹⁰ Von Arnim, Wählen wir unsere Abgeordneten unmittelbar?, Juristenzeitung 2002, 578-588. Siehe auch Zippelius/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 32. Aufl., 2008, § 39 Randnummer 17: „Das System der starren Listen... ist verfassungsrechtlich nicht unbedenklich. Denn hier bestimmt die politische Partei, aber nicht der Wähler, in welcher Reihenfolge Parlamentssitze errungen werden.“ Zweifel auch bei Hartmut Maurer, Staatsrecht I, 5. Aufl., 2007, § 13 Randnummer 11; Christoph Degenhart, Staatsrecht I, 20. Aufl., 2004, § 1 Randnummer 24a. Bewusst rechtspolitisch argumentierend Brun-Otto Bryde, Mehr Demokratie wagen. Überlegungen zu einer Optimierung der Wahlgrundsätze, in: Stefan Brink/Heinrich Amadeus Wolf (Hrsg.), Gemeinwohl und Verantwortung, 2004, 679 (684 f.).

von Abgeordneten können – angesichts ihrer verfassungsrechtlich gebotenen Gemeinwohlorientierung – aber keine Relevanz beanspruchen.

Nach dem Lissabonurteil des Bundesverfassungsgerichts, das die zentrale Bedeutung des Art. 38 GG und der darin enthaltenen Wahlgrundsätze jüngst wieder hervorgehoben hat, ist es höchste Zeit, dass die unzähligen Empfehlungen – von der Enquetekommission Verfassungsreform 1976 bis hin zu den letzten drei Bundespräsidenten -, die Listen zu flexibilisieren, endlich umgesetzt werden. Das hätte auch Rückwirkungen auf die Rekrutierung von Politikern. Wenn die Bürger mehr Einfluss auf die Personen gewännen, würde die Bedeutung der parteiinternen sogenannten Ochsentour, deren negative Auswirkungen vielfach beschrieben worden sind,¹¹ zurücktreten. Denn dann müssten die Parteien aus eigenem Interesse attraktive Kandidaten aufstellen.

Speyer, den 23. Juli 2009

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

3 Anlagen

¹¹ Von Arnim, Fetter Bauch regiert nicht gern, 1997, 101 ff. m. w. N.

Anlage 1

Wirkung der Fünfprozentklausel (Europawahl 2009)

Partei	Stimmen absolut	Stimmen-anteile	Mandate ohne 5%-Klausel	Mandate mit 5%-Klausel	Differenz
CDU	8.071.391	30,7%	32	34	-2
SPD	5.472.566	20,8%	21	23	-2
GRÜNE	3.194.509	12,1%	12	14	-2
FDP	2.888.084	11,0%	11	12	-1
DIE LINKE	1.969.239	7,5%	8	8	0
CSU	1.896.762	7,2%	7	8	-1
Freie Wähler	442.579	1,7%	2	0	2
REP	347.887	1,3%	1	0	1
Die Tierschutzpartei	289.694	1,1%	1	0	1
Familie	252.121	1,0%	1	0	1
PIRATEN	229.464	0,9%	1	0	1
RENTNER	212.501	0,8%	1	0	1
ÖDP	134.893	0,5%	1	0	1

Quellen: Bundeswahlleiter und Wilko Zicht, wahlrecht.de

Anlage 2

Wirkung der auf das ganze Bundesgebiet bezogenen Fünfprozentklausel (Europawahl 2009)

Partei	Stimmen absolut	Stimmen-anteile	Mandate wenn 5% in einem Bundesland ausreichen	Mandate bei Bezug der 5%-Klausel auf das ganze Bundesgebiet	Differenz
CDU	8.071.391	30,7%	33	34	-1
GRÜNE	3.194.509	12,1%	13	14	-1
Freie Wähler (6,7% in Bayern)	442.579	1,7%	2	0	2

Die Mandate der übrigen Parteien bleiben unverändert.

Quellen: Bundeswahlleiter und Wilko Zicht, wahlrecht.de

Anlage 3

Professor Dr. Hans Herbert von Arnim, DHV Speyer

Wählen wir unsere Abgeordneten unmittelbar?

Mit Blick auf die Wahlsysteme in Bund, Ländern und Kommunen sowie zum Europäischen Parlament wird untersucht, ob der Grundsatz der unmittelbaren Wahl noch gewahrt ist.

Es gehört zu den unverzichtbaren Prinzipien demokratischer Wahlen, dass die Abgeordneten unmittelbar durch das Volk gewählt werden. Auch das Grundgesetz schreibt die Einhaltung dieses Prinzips für alle Wahlen auf Bundes-, Landes- und Kommunalebene ausdrücklich vor¹. Der Grund-

satz der Unmittelbarkeit gilt auch für die Wahl der Abgeordneten zum Europäischen Parlament². Inwieweit dieser demokratische Fundamentalsatz wirklich eingehalten wird, soll im Folgenden untersucht werden. Wurden bei uns Wahlverfahren durchgesetzt, die diesem Grundsatz in Wahrheit gar nicht genügen? Haben wir uns im Laufe der Jahrzehnte daran schon so sehr gewöhnt, dass wir den Widerspruch zu

¹ Art. 28 I 1 und 38 I 1 GG.

² Nach Art. 1 des sogenannten Direktwahlakts von 1976 werden „die Abgeordneten der Völker der in der Gemeinschaft vereinigten Staaten im Parlament ... in allgemeiner, unmittelbarer Wahl gewählt.“ Siehe jetzt auch Art. 190 Abs. 1 EGV.

den unverzichtbaren Mindestanforderungen der Demokratie gar nicht mehr wahrnehmen?

I. Zum Wahlrecht in der Bundesrepublik

Die Vielzahl der Wahlen zum Bundestag und zum Europäischen Parlament, zu sechzehn Landesparlamenten und zu Tausenden von Kreistagen, Stadt- und Gemeindevertretungen erweckt zwar auf den ersten Blick den Eindruck, als hätte der Bürger viel zu sagen, aber der Schein trügt, zumindest hinsichtlich der drei oberen Ebenen.

Das (nicht nur formale) Recht, Kandidaten aufzustellen, fehlt den Bürgern völlig. Vor allem aber kann der „Wähler“ die Abgeordneten meist nicht einmal auswählen. Aufgrund der Eigenheiten unseres Verhältniswahlrechts mit starren Listen ist er streng an die Personen auf den Listen und an die dort festgelegte Reihenfolge gebunden (gebundene Listen)³. Alle Kandidaten, die die Parteigremien auf so genannte sichere Listenplätze gesetzt haben, sind mit der Nominierung durch die Partei praktisch auch schon gewählt („Wahlen ohne Auswahl“)⁴. Auf diese Weise immunisieren sich Berufspolitiker gegen eine Abwahl durch die Bürger. Die eigentliche Volkswahl wird zur Farce. Dass es in Wahrheit um die Wahl von Parteien geht, zeigt auch der Umstand, dass nur ganz wenige Namen auf den Wahlzetteln genannt werden, auf denen der Bürger bei der Wahl sein Kreuzchen macht. So werden bei Bundestagswahlen jeweils nur die ersten fünf Namen der Landeslisten der Parteien auf den Wahlzetteln aufgeführt, bei den Europawahlen nur die ersten zehn, auch wenn ungleich viel mehr auf der Liste stehen, und zwar auf sicheren Plätzen.

1. Wahlen zum Europäischen Parlament

Die Wahlen der 99 deutschen Mitglieder des Europäischen Parlaments erfolgen nach einem reinem Verhältniswahlrecht mit starren Listen. Jeder Wähler hat nur eine Stimme, mit der er die eine oder andere Parteiliste wählen kann. Die Parteien stellen ganz überwiegend Bundeslisten auf. Nur die Union präsentiert – im Hinblick auf die in Bayern kandidierende CSU – Landeslisten. Wie die Wähler hier bevormundet werden, zeigt ein Blick auf die letzten Wahlen:

Die SPD hatte 1994 40 von insgesamt 99 deutschen Abgeordneten nach Straßburg entsandt. Bei der folgenden Europawahl von 1999 schnitt sie sehr viel schlechter ab und verlor sieben Sitze. Das war ihr schlechtestes Wahlergebnis bei allen fünf Europawahlen seit 1979⁵. Dennoch konnten zumindest ihre Kandidaten mit den Listenplätzen 1 bis 30 schon lange vor dem Wahltermin ihres Erfolges bei der Europawahl absolut sicher sein. Sie wären selbst dann ins Eu-

ropäische Parlament eingezogen, wenn die SPD noch drei weitere Sitze verloren hätte, mochte der Wähler fast keinen von ihnen auch nur dem Namen nach kennen.

Die CDU und die CSU schnitten 1999 sehr gut ab und brachten 53 Abgeordnete ins Europäische Parlament. Geht man, um die Zahl der sicheren Listenplätze in etwa einzugrenzen, vom schlechtesten Ergebnis aus, das die Union jemals erzielte – das war 1989 – und nimmt zusätzlich noch einen „Sicherheitsabschlag“ vor, so konnten 1999 jedenfalls die ersten 35 Listenplätze der Union als sicher gelten⁶.

Bei Europawahlen ist die „Stetigkeit“ der Wahlergebnisse besonders gering. Hier spielt – da sie als relativ wenig bedeutsam eingeschätzt werden – oft auch ausgesprochenes Protestwahlverhalten eine erhebliche Rolle. Das wirkt sich besonders bei den Republikanern⁷, möglicherweise auch bei der PDS und bei Bündnis 90/Die Grünen aus. Hier können die Ausschläge deshalb besonders groß sein. Von sicheren Kandidaturen kann man deshalb allenfalls bei den ersten sechs Listenplätzen von Bündnis 90/Die Grünen sprechen.

Insgesamt gehen wir also davon aus, dass bei der Europawahl von 1999 71 Listenplätze als sicher anzusehen waren: 30 der SPD, 35 der Union und 6 der Grünen, das sind rund 72 Prozent von insgesamt 99 zu vergebenden Sitzen.

Ob es berechtigt ist, hinsichtlich der sicheren Listenplätze von „Direktwahlen“ zu sprechen, wie es sich für Wahlen zum Europäischen Parlament eingebürgert hat⁸, oder ob hier nicht in Wahrheit eine semantische Verschleierung der wahren Verhältnisse vorliegt⁹, wird zu klären sein.

2. Bundestagswahlen

Bei Bundestagswahlen sind die Regelungen noch sehr viel unübersichtlicher als bei Europawahlen. Jeder Wähler hat zwei Stimmen. Mit der ersten wählt er einen Abgeordneten im Wahlkreis; gewählt ist, wer die (relativ) meisten Stimmen erhält. Auf diese Weise wird in den 328 (ab Herbst 2002: 299) Wahlkreisen je ein Abgeordneter oder eine Abgeordnete gewählt. Die andere Hälfte der Abgeordneten, also ebenfalls 328 (ab Herbst 2002: 299), kommt über starre Landeslisten der Parteien in den Bundestag. Die Wahl der Landeslisten erfolgt mittels der Zweitstimme. Diese ist besonders wichtig, weil ihre Summe die Gesamtzahl der Abgeordneten bestimmt, welche die Parteien jeweils bekommen. Die erfolgreichen Wahlkreiskandidaten werden nämlich auf die Liste angerechnet. Jede Partei erhält also so viele Mandate, wie der Anzahl der errungenen Zweitstimmen entspricht. Davon gibt es nur zwei Ausnahmen:

(1) Erhält die Partei weniger als fünf Prozent der Zweitstimmen (Sperrklausel) und erringt sie auch nicht mindestens drei Wahlkreismandate (Grundmandatsklausel), so er-

³ Bericht der vom Bundesminister des Innern eingesetzten Wahlrechtskommission: Grundlagen des Wahlrechts, 1955, 19.

⁴ Bodo Zeuner, in: Winfried Steffani (Hrsg.), Parlamentarismus ohne Transparenz, 1971, 165: „Bevor bei der Bundestagswahl der erste Stimmzettel in die Urne geworfen wird, stehen 60–70 Prozent der Bundestagsabgeordneten bereits fest: Wer in einem sicheren Wahlkreis oder im sicheren Teil einer Landesliste kandidiert, kann nur durch einen Erdbeben daran gehindert werden, in den Bundestag einzuziehen.“ Nach Heino Kaack, Wahlkreisgeografie und Kandidatenauslese, 1969, 66, wussten gut 75 Prozent der Abgeordneten vor der Bundestagswahl 1965 bereits, dass sie dem neuen Bundestag angehören würden, vgl. dazu seine Tabelle 16. Siehe auch Heino Kaack, Wer kommt in den Bundestag? Abgeordnete und Kandidaten, 1969; Siegfried Magiera JÖR 22 (1973), 621 (622 ff.); Klemens Kremer, Der Weg ins Parlament. Kandidatur zum Bundestag, 1982.

⁵ Siehe die Ergebnisse der Europawahlen seit 1979 in: Forschungsgruppe Wahlen, Europawahl. Eine Analyse der Wahl vom 13. 6. 1999.

⁶ 1989 erhielt die Union 32 Sitze (CDU 25 und CSU 7) von den damals insgesamt noch 81 deutschen Sitzen im Europaparlament. Umgerechnet auf die ab 1994 erhöhte Gesamtzahl von 99 wären das 39 Abgeordnete gewesen; abzüglich eines zusätzlichen Sicherheitsabschlags von 4 verbleiben 35 sichere Sitze.

⁷ Die Republikaner hatten bei Bundestagswahlen nie eine Chance, erreichten bei den Europawahlen 1989 aber 7,1 Prozent der Stimmen. Darunter waren auch viele „Proteststimmen“.

⁸ Siehe zum Beispiel Karl-Rudolf Korte, Wahlen in der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., 2000, 63: „Bis zur ersten Direktwahl des Europäischen Parlaments war es ein langer Weg.“

⁹ Der Begriff „Direktwahlen“ ist natürlich auch vor dem Hintergrund zu verstehen, dass die Mitglieder des Europäischen Parlaments bis 1979 von den nationalen Parlamenten, also indirekt, gewählt wurden. Doch der Umkehrschluss, dass sie jetzt direkt, nämlich durch die Bürger gewählt würden, hinkt zumindest für deutsche Europaabgeordnete – angesichts des starren Listenwahlrechts.

hält sie keinerlei Mandate. Die eigentlich auf sie entfallenden Mandate werden auf die Bundestagsparteien – entsprechend deren Größe – verteilt.

(2) Wenn die Zahl der Wahlkreisabgeordneten einer Partei in einem Bundesland ausnahmsweise einmal größer ist als die Zahl der Abgeordneten, die ihr nach den Zweitstimmen zustehen, erhöht sich das Bundestagskontingent der betreffenden Partei um diese so genannten Überhangmandate.

Gegen den Vorwurf, die Wähler würden durch das Wahlsystem entmündigt, wird bei Bundestagswahlen regelmäßig die Mehrheitswahl in den Wahlkreisen ins Feld geführt, durch die ja immerhin die Hälfte der Mitglieder des Bundestags bestimmt wird. Doch dieses Argument hält einer Überprüfung nicht stand.

Die kleineren Bundestagsparteien FDP und Grüne haben normalerweise nicht die geringste Chance, einen Direktkandidaten durchzubekommen¹⁰. Alle 44 Abgeordneten der FDP (die 1998 6,2 Prozent der Zweitstimmen erhielt) und alle 47 Abgeordneten der Grünen (6,7 Prozent), die 1998 in den Bundestag kamen, sind Listen-Abgeordnete¹¹. Für die meisten von ihnen stand der Einzug in den Bundestag schon mit ihrer Nominierung, also lange vor der Wahl, fest – vorausgesetzt, dass ihre Partei die Fünfprozentklausel überspringen würde. Diese Feststellung ist von besonderem Gewicht, weil in der über fünfzigjährigen Geschichte der Bundesrepublik fast stets eine dieser beiden kleinen Parteien mit darüber entschieden hat, wer die Bundesregierung bildet und den Bundeskanzler stellen kann¹². Die PDS (5,1 Prozent) erlangte aufgrund der Massierung ihrer Wähler besonders in Ost-Berlin bei der Bundestagswahl 1998 zwar vier Direktmandate, aber alle übrigen 31 Abgeordneten sind über die Liste gewählt worden.

Der Umstand, dass die eigentlichen Entscheidungen über den Einzug der Kandidaten in den Bundestag bei der Aufstellung der Landeslisten fallen, macht die Härte und Intensität verständlich, mit der auf den entsprechenden Parteiversammlungen um die aussichtsreichen Listenplätze regelmäßig gerungen wird.

Was die Chancen der drei kleineren Bundestagsparteien anlangt, die Sperrklausel zu überwinden, ist zu differenzieren: Die FDP war bisher in allen vierzehn Wahlperioden im Bundestag vertreten. Ihr schlechtestes Ergebnis erzielte sie 1969 mit 5,8 Prozent der Zweitstimmen, als sie nach der Großen Koalition (1966 bis 1969) im Begriff war, mit der SPD eine Koalition einzugehen, nachdem sie vorher immer mit der CDU/CSU koalitiert hatte.

Die Grünen sind seit 1983 im Bundestag – mit einer vierjährigen Unterbrechung (1990 bis 1994). 1990 überwandten „Bündnis 90/Die Grünen“¹³ nur im Osten die Sperrklausel

(6,1 Prozent), nicht aber im Westen¹⁴; insgesamt erhielten Bündnis 90/Die Grünen 1990 nur 3,8 Prozent der Zweitstimmen.

Die PDS vergrößerte ihren Stimmanteil seit 1990 ständig: 1990 konnte sie mit 2,4 Prozent der Zweitstimmen im gesamten Bundesgebiet 17 Abgeordnete in den 12. Bundestag schicken, weil sie im Osten die – damals getrennt für Ost und West ermittelte – Fünfprozentklausel bei weitem übersprang. 1994 errang sie bundesweit 4,4 Prozent. Da sie mit dem Gewinn von vier Wahlkreismandaten die Sperrklausel für sich außer Kraft setzen konnte, entsandte sie 30 Abgeordnete in den 13. Bundestag. 1998 steigerte die PDS ihr Zweitstimmenergebnis bundesweit auf 5,1 Prozent (und gewann zudem wiederum vier Wahlkreise), so dass sie mit 35 Abgeordneten im 14. Bundestag vertreten ist.

Wenn eine Partei fünf Prozent der Zweitstimmen erhält, bedeutet das (nach bisherigem Wahlrecht) 35 Sitze im Bundestag. Unter der Voraussetzung, dass die Sperrklausel überwunden wird, kann man für die drei kleinen Bundestagsparteien zusammen also mit mindestens 105 Sitzen rechnen.

Auch bei den beiden großen Parteien, die sich die Direktmandate teilen (1994 und 1998 abzüglich der vier der PDS), ist die Bedeutung der Direktwahl stark relativiert. Ein großer Teil der Wahlkreise gilt als „sicher“, so dass die Nominierung eines Kandidaten hier schon die Vorwegnahme seiner Wahl bedeutet. In solchen „Hochburgen“ kann die Partei den Bürgern ihren Abgeordneten „faktisch diktieren“¹⁵. In vielen anderen Wahlkreisen ist der Ausgang dagegen ungewiss. Hinzu kommt, dass die Ergebnisse in den Wahlkreisen auch Einfluss auf die Zahl der Listenplätze haben, die zum Zuge kommen, und damit eine weitere Unsicherheit begründen. Die im Wahlkreis erfolgreichen Kandidaten werden ja von den Listenplätzen abgezogen, die einer Partei zustehen, und mindern damit die Zahl der sicheren Listenplätze. Doch – und diese Feststellung ist zentral – für viele Kandidaten der großen Parteien gleichen sich beide Unsicherheiten aus, weil sie regelmäßig beides zugleich sind: Wahlkreis- und Listenabgeordnete¹⁶. Auf diese Weise ist eine große Zahl der Direktkandidaten der großen Parteien zusätzlich über die Liste abgesichert¹⁷. Das bedeutet: Selbst wer im Wahlkreis verliert, kommt über einen Listenplatz oft doch noch ins Parlament, wenn er nur einer der beiden großen Parteien angehört. Steht aber ohnehin fest, dass die Wahlkreiskandidaten beider großen Parteien in den Bundestag kommen, verliert der Kampf um die Erststimme im

¹⁰ Die einzige Ausnahme war *Hans-Dietrich Genscher*, der bei der Bundestagswahl 1990 in seiner Geburtsstadt Halle ein Direktmandat für die FDP gewonnen hatte. Doch hier lagen besondere Bedingungen vor: *Genscher* hatte kurz vorher als Bundesaußenminister in Prag verkünden können, dass die DDR-Bürger, die dort in der deutschen Botschaft Schutz gesucht hatten, in den Westen ausreisen durften und damit nicht nur großen Jubel auslösten, sondern auch den Zusammenbruch des DDR-Regimes eingeleitet.

¹¹ Siehe die Ergebnisse der Bundestagswahlen seit 1949 in: Forschungsgruppe Wahlen, Bundestagswahl 1998. Eine Analyse der Wahl vom 27. September 1998.

¹² Anders war es nur in der dritten Wahlperiode des Bundestags (1957 bis 1961), als die Union unter *Adenauer* die absolute Mehrheit erlangte, aber dennoch eine Koalition mit der Deutschen Partei einging, und 1966 bis 1969 während der (von der Union und der SPD gebildeten) großen Koalition.

¹³ So der Name der Partei seit der Vereinigung mit der im Osten entstandenen Bürgerrechtspartei „Bündnis 90“.

¹⁴ Bei den Bundestagswahlen 1990 bezog die Sperrklausel sich nicht auf das soeben vereinigte gesamte Bundesgebiet, sondern war jeweils gesondert auf den Ostteil und den Westteil bezogen.

¹⁵ So wörtlich auch *BVerfGE* 41, 399 (418) – 1976.

¹⁶ Wenn die Partei bei den Zweitstimmen gut abschneidet, schlägt das auch auf die Erststimmen durch, so dass sich auch die Chancen ihrer Wahlkreiskandidaten verbessern. Schneidet die Partei schlecht ab, erhöhen sich die Chancen ihrer Listenabgeordneten, weil dann weniger Wahlkreiskandidaten erfolgreich sind und von den auf die Liste entfallenden Mandaten vorab abgezogen werden müssen. Zwar entfallen dann auf die Partei auch insgesamt weniger Sitze. Doch dieser Faktor fällt, absolut gesehen, meist weniger ins Gewicht, während in den Wahlkreisen oft kleine relative Unterschiede über den Erfolg entscheiden.

¹⁷ Die Koppelung von Wahlkreis- und Listenkandidatur in einer Person gilt vielfach sogar als Regel. So etwa in der SPD. Beispielsweise wurden in Rheinland-Pfalz die ersten 15 Listenplätze der SPD für die Bundestagswahl 2002 an die „Direktkandidaten“ verteilt (FAZ vom 28. 1. 2002). Oder: Dem parteilosen Bundeswirtschaftsminister *Werner Müller* wurde ein Platz auf der SPD-Landesliste von Nordrhein-Westfalen verweigert. Das wurde vom Chef der SPD-Landesgruppe *Hans-Peter Kemper* laut Spiegel vom 17. 12. 2001 damit begründet, es gebe in der SPD „einen internen Beschluss, dass niemand ohne Wahlkreis auf die Liste kommt.“ Siehe auch schon *Bodo Zeuner*, Kandidatenaufstellung zur Bundestagswahl 1965, 1970, 152 ff.

Wahlkreis seine Bedeutung; er wird zum bloßen Scheingefecht. Ein Beispiel: Bei der Bundestagswahl 1998 kämpften im Wahlkreis Ludwigshafen *Helmut Kohl* (CDU) und *Doris Barnett* (SPD) um das Direktmandat. Da beide Kandidaten aber auch auf den Listen ihrer Parteien Spitzenplätze innehatten, stand von vornherein fest, dass auch der Verlierer – das war, wie sich zeigte, *Helmut Kohl* – in den Bundestag einziehen würde. Der Wahlkampf täuschte den Bürger darüber hinweg, dass er gar nichts mehr zu entscheiden hatte¹⁸.

Bei der Bundestagswahl 1998 kamen zum Beispiel in Nordrhein-Westfalen in 49 der 71 Wahlkreise (= 69 Prozent) beide Kandidaten der großen Parteien in den Bundestag, in Rheinland-Pfalz war dies in 12 der 16 Wahlkreise (= 75 Prozent) der Fall, in Baden-Württemberg in 20 der 37 Wahlkreise (= 54 Prozent). Insgesamt kamen in 170 der 248 Wahlkreise der westlichen Bundesländer (= 69 Prozent) beide Kandidaten der großen Parteien zum Zuge: der Gewinner über den Wahlkreis, der Verlierer über die Parteiliste¹⁹. In den östlichen Bundesländern war der Anteil mit 35 Prozent nur etwa halb so groß. Der bundesweite Durchschnitt liegt aber immer noch bei 60 Prozent.^{19a}

Das bundesrepublikanische Wahlsystem heißt offiziell „mit der Personenwahl verbundene Verhältniswahl“ (§ 1 Abs. 1 BWG). Die Einhaltung des Grundsatzes der Unmittelbarkeit ist ähnlich problematisch wie bei einer reinen Verhältniswahl mit starren Listen, weil ebenfalls schon mit der Nominierung feststeht, wer ins Parlament kommt, die eigentliche Entscheidung also Parteigremien treffen. Die Problematik verschärft sich allerdings dadurch noch erheblich, dass der Eindruck erweckt wird, der Wähler habe die Möglichkeit, mit der Erststimme die Kandidaten im Wahlkreis auszuwählen; die Mehrheitswahl in den Wahlkreisen suggeriert Persönlichkeitswahlen, wie dies ja auch die offizielle Benennung nahe legt („Personenwahl“). In Wahrheit ist auch hier, lange vor der Volkswahl, häufig schon alles festgezurr. Wenn auch der Verlierer im Wahlkreis – aufgrund seiner Absicherung auf der Liste – ins Parlament kommt, kann von Persönlichkeitswahl keine Rede mehr sein²⁰. Zum Umstand, dass der Wähler keinen Einfluss auf die Personalauswahl hat, kommt hier also noch ein Element der Täuschung hinzu. Es wird dem Wähler – mittels des (für ihn normalerweise völlig undurchsichtigen) Wahlreglements – vorgespiegelt, er hätte zumindest mit der Erststimme einen solchen Einfluss.

3. Landtagswahlen

Das Wahlrecht zu den Volksvertretungen der sechzehn Bundesländer ist ebenfalls ziemlich unübersichtlich. Die meisten Landeswahlsysteme orientieren sich am Bundestagswahlrecht und geben dem Wähler zwei Stimmen, eine im Wahlkreis und eine für starre Parteilisten. Hessen, Rheinland-Pfalz und die fünf neuen Bundesländer Brandenburg,

Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen haben das Bundestagswahlrecht fast vollständig übernommen²¹. In einigen Ländern ist die Zahl der im Wahlkreis gewählten Abgeordneten deutlich höher als die der nach Listen gewählten Abgeordneten, so in Berlin (78 Wahlkreismandate/52 Listenmandate), Niedersachsen (100/55) und Schleswig-Holstein (45/30)²². Drei Länder sehen – ähnlich wie das Europawahlrecht – nur ein starres Listenwahlrecht vor, bei dem der Wähler dann natürlich nur eine Stimme hat: Bremen, Hamburg und das Saarland. In Baden-Württemberg und Nordrhein-Westfalen bestehen weitere Besonderheiten, auf die in diesem Überblick nicht eingegangen werden kann. Flexible Listen gibt es nur in Bayern.

4. Kommunalwahlen

Die Wahlen zu den Volksvertretungen in den Gemeinden, Städten und Landkreisen unterscheiden sich vor allem dadurch von den Europa-, Bundes- und Landeswahlen, dass in den meisten Ländern keine starren, sondern flexible Listen vorgesehen sind. Insbesondere wird den Bürgern die Möglichkeit des Kumulierens und Panaschierens eröffnet. Kumulieren bedeutet die Häufung mehrerer Stimmen auf bevorzugte Kandidaten, Panaschieren die Verteilung der Stimmen auf Kandidaten verschiedener Listen. Der Wähler erhält dadurch die Möglichkeit, die von den Parteien oder Wählergruppen vorgegebenen Listen zu ändern und so auf die personelle Zusammensetzung der Volksvertretung Einfluss zu nehmen. Die Elemente der Persönlichkeitswahl werden gestärkt²³.

Die flexible Liste und das Kumulieren und Panaschieren geben dem Wähler als eigentlichem Souverän in der Demokratie Einfluss auf die personelle Zusammensetzung der Volksvertretung. Das entspricht dem demokratischen Grundwert der Bürgermitwirkung²⁴ und hat zugleich zur Folge, dass Parteien und Wählergemeinschaften die Selektionskriterien der Wähler schon bei Aufstellung der Listen antizipieren²⁵, und ferner, dass es sich für kommunale Mandatsträger lohnt, intensiveren Kontakt mit den Wählern zu halten und in der Bürgerschaft bekannt und anerkannt zu sein. Im Hinblick auf die politische Mitwirkung der Bürger und die Bürgernähe der Ratsmitglieder hat das Wahlsystem also einen dreifachen Effekt. Im Kontrast dazu begünstigen starre Listen, die die jeweiligen Parteigruppierungen mit ihrem Nominierungsmonopol zur beherrschenden Instanz für die Wahl und die Wiederwahl eines Mandatsträgers machen, eine primäre Binnenorientierung der Ratsmitglieder. Diese können sich zur Sicherung ihrer Wiederwahl auf par-

¹⁸ Ähnlich ist es meist bei Landtagswahlen in den Ländern, deren Wahlrecht sich an dem des Bundestags orientiert (siehe sogleich unter 3). So waren zum Beispiel bei der rheinland-pfälzischen Landtagswahl von 1995 32 der in den 51 Wahlkreisen unterlegenen Bewerber der großen Parteien über die starre Liste doch noch in den Landtag gekommen. Quelle: Eigene Auszählung.

¹⁹ Der überwiegende Teil dieser Abgeordneten konnte sich auch schon vor der Wahl seines Erfolges sicher sein.

^{19a} Quelle: Eigene Ermittlung. Der Verfasser dankt Herrn Assessor *Stefan Kleb* und Herrn *Martin Schurig* für die Zusammenstellung der Daten.

²⁰ In solchen Fällen wird vom Wähler nicht entschieden, welcher Wahlkreiskandidat der beiden großen Parteien ins Parlament kommt und welcher nicht (worauf sich die Wahl eigentlich beziehen sollte), weil ohnehin beide ins Parlament kommen. Der Wähler entscheidet allenfalls, wer als Wahlkreiskandidat und wer als Listenkandidat ins Parlament kommt. Diese Art der Wahlentscheidung macht aber keinen Sinn, weil beide Gruppen von Abgeordneten denselben rechtlichen und finanziellen Status besitzen.

²¹ Eine „Grundmandatsklausel“, die im Bund drei Wahlkreismandate verlangt, gibt es allerdings nur in Brandenburg (ein Mandat) und in Sachsen (zwei Mandate). Diese Klausel besagt: Wenn eine Partei Wahlkreismandate in der erforderlichen Zahl erhält, kommen die auf sie entfallenden Abgeordneten ins Parlament, unabhängig davon, ob die Partei die Sperrklausel überwunden hat. Außerdem ist die Zahl der Wahlkreisabgeordneten in Mecklenburg-Vorpommern (36/35) und Rheinland-Pfalz (51/50) je um einen Abgeordneten höher als die Zahl der Listenabgeordneten.

²² Grundmandatsklauseln gibt es bei dieser Variante in Berlin und Schleswig-Holstein (je ein Mandat).

²³ Kumulieren und panaschieren durften die Wähler ursprünglich nur in Süddeutschland (Baden-Württemberg und Bayern). In jüngerer Zeit haben sich auch Niedersachsen (seit 1977), Rheinland-Pfalz (seit 1988), Hessen (seit 2000) und alle fünf neuen Länder angeschlossen. In Bremerhaven und im Saarland bestehen nach wie vor starre Listen, in Nordrhein-Westfalen und in Schleswig-Holstein gilt ein Effekt ähnliches, den Wähler entmündigendes Wahlrecht.

²⁴ *Hans Herbert von Arnim* DÖV 1990, 85 (91, 96).

²⁵ *Hans-Georg Wehling* Archiv für Kommunalwissenschaften 1989, 110 (115).

teinterne Kontakte konzentrieren. Die Parteien tendieren dann dazu, sich mit sich selbst zu beschäftigen und ihre Funktion, Mittler zwischen Bürgerschaft und Kommunalverwaltung zu sein, zu vernachlässigen²⁶.

II. Unmittelbarkeit der Wahl?

1. Das Problem

Eine entscheidende Schwäche des derzeitigen Wahlrechts sind die starren Wahllisten (so genannte streng gebundene Listen). Deshalb läuft die rechtliche Erörterung der Problematik regelmäßig auf die Frage hinaus, ob bei starren Wahllisten noch von einer unmittelbaren Wahl der Abgeordneten die Rede sein kann²⁷. Auch wir wollen im folgenden mit dieser Fragestellung beginnen. Die zusätzliche Problematik der so genannten personalisierten Verhältniswahl, die Persönlichkeitswahlen nur vorspiegelt und so die Wähler täuscht, ist dagegen, soweit ersichtlich, bisher weder in der rechtswissenschaftlichen Literatur noch in der Rechtsprechung behandelt worden. Die Erörterung, wie diese Besonderheit des bundesdeutschen Wahlrechts zu würdigen ist, wird sich später anschließen.

Zunächst also zu den starren Listen: Würde die zeitliche Reihenfolge vertauscht und würden die Bürger zuerst die Parteien wählen und diese erst danach festlegen, welche Personen die auf sie entfallenden Mandate erhielten, wäre der Verstoß gegen die Unmittelbarkeit offensichtlich²⁸. Die Wahl der Abgeordneten erfolgte dann unmittelbar durch die Parteien, nicht unmittelbar durch das Volk, wie die demokratischen Prinzipien und die Vorschriften der Verfassung verlangen. Soll es hinsichtlich der sicheren Mandate aber einen wesentlichen Unterschied machen, *wann* die Parteien festlegen, wer sie bekommt? Ob dies vor oder nach der Wahl geschieht, ändert ja nichts am Ergebnis: Die Partei und nicht das Volk verteilt die sicheren Mandate.

Die Politik pflegt dieses Manko totzuschweigen, es sei denn, seine Thematisierung passt ihr ausnahmsweise einmal ins Konzept. So zum Beispiel geschehen bei der Abstimmung über den Einsatz deutscher Truppen in Afghanistan, als man die so genannten Abweichler zur Raison bringen wollte. Da scheuten sich *Gerhard Schröder* und *Franz Müntefering* nicht, herauszustellen, „dass alle potentiellen Neinsager nicht direkt gewählt wurden, sondern über Landeslisten ins Parlament einrückten und sich deshalb nicht auf einen direkten Wählerauftrag berufen können.“²⁹ Hier räumen Politiker also selbst ein, dass keine direkte Wahl der Listen-Abgeordneten vorliegt.

2. Frühe Kritiker der Verhältniswahl mit starren Listen

Die Verhältniswahl mit starren Listen, wie sie in Weimarer Zeit bestand, stieß bereits früh auf Kritik. Deshalb legte die

Reichsregierung im Jahre 1924 einen Reformentwurf vor. Zu seiner Begründung führte sie aus:

„Wortlaut und Geist der Verfassung erfordern eine Änderung dieses Zustandes ... die Mängel sind so augenfällig, dass nach den tatsächlichen Verhältnissen die Vorschrift der Verfassung, dass das Wahlrecht ein unmittelbares sein soll, durch das Wahlsystem nicht mehr erfüllt wird.“³⁰

Sehr klar äußerte sich auch *Carl Mierendorff*:

„Die eigentliche Entscheidung über die Wahl der Volksvertreter erfolgt nicht im Wahlgang selbst, sondern bei der Kandidatenaufstellung im Schoße der von den Parteien dazu eingesetzten Gremien. Mindestens gilt dies für 80–90 % der Abgeordneten, die auf sicheren Plätzen der Liste stehen, nur für den kleinen Rest ist ein Unsicherheitskoeffizient bis zur Abstimmung vorhanden. Für die überwiegende Mehrzahl der Abgeordneten ist der Wahlkampf also bereits lange vor der Wahl entschieden, wenn sie durch die Partei auf den Schild erhoben sind. ... Indem mit der Benennung der Kandidaten zugleich ihre Ernennung erfolgt, beschränkt sich die Tätigkeit des Wählers nur noch auf eine Entscheidung zwischen der Gesamtheit der Kandidaten dieser oder jener Partei. Die Wahl wird zur ‚Akklamation‘, wie schon *Delbrück* 1913 zutreffend festgestellt hat³¹. Der Abstimmungsakt gleicht daher mehr der Unterzeichnung eines vorher festgelegten Sachverhalts, um diesem Rechtskraft zu verleihen, als einer Wahl im eigentlichen Sinn. Wenn der Staatsbürger aber nicht mehr die Volksvertreter auszuwählen hat, sondern wenn das ausschließlich durch vor- und zwischengeschaltete Körperschaften (die Parteiorganisationen) geschieht, verliert der Wahlakt den verfassungsmäßig festgelegten Charakter der Unmittelbarkeit.“³²

3. Gerhard Leibholz

Dass es, genau genommen, an der verfassungsrechtlich zwingend vorgeschriebenen Unmittelbarkeit der Parlamentswahl fehle, wenn die eigentliche Entscheidung nicht bei der Wahl durch das Volk, sondern bei der parteiinternen Nominierung der Kandidaten auf sicheren Listenplätzen fällt, hat *Gerhard Leibholz* auch nach 1949 für das neue Bundestagswahlrecht nachdrücklich betont. Er hat sich dabei auch auf die soeben genannten Quellen gestützt³³. Seine Argumentation ist allerdings zwiespältig: Er erkennt zwar den Verstoß gegen die Unmittelbarkeit, will diesen Grundsatz aber parteienstaatlich modifiziert wissen. *Leibholz*' Ansatz ist deshalb von großer Bedeutung für die Etablierung der (heute in der Bundesrepublik immer noch) herrschenden Auffassung, weil er die Diskussion am Anfang der Bundesrepublik, als die Weichen gestellt wurden, wesentlich mitgeprägt hat und er zudem einflussreiches Mitglied des *BVerfG* war. Zur Frage der Unmittelbarkeit äußerte sich *Leibholz* wie folgt:

„Tatsächlich ist die Wahl beim Verhältniswahlsystem weitgehend zu einer mittelbaren Wahl geworden. Denn von einer solchen muss man nicht nur dann sprechen, wie dies bei uns auf Grund historischer Erfahrungen in der Regel geschieht, wenn zwei förmliche Wahlgänge stattfinden, ein Wahlgang, bei dem die Wähler die Wahlmänner, und ein zweiter Wahlgang, bei dem die Wahlmänner die Abgeordneten wählen, sondern schon dann, wenn der Aktivbürgerschaft die Möglichkeit genommen ist, selbstständig die künftigen Abgeordneten zu bestimmen. Man hat daher nicht mit Unrecht das heute weitgehend oligarchisch organisierte Benennungsrecht der Parteien bei den Kandidatennominierungen, das zu einem reinen Kooptationsrecht werden kann, wenn die

²⁶ Stellungnahme des Sachverständigenrats zur Neubestimmung der kommunalen Selbstverwaltung beim Institut für Kommunalwissenschaften der Konrad-Adenauer-Stiftung, Politik und kommunale Selbstverwaltung, 1984, 11 f., 27 f., 44 f.

²⁷ Dazu *Hans Herbert von Arnim*, Staat ohne Diener, 1993, Kapitel 2 IV; ders., Fetter Bauch regiert nicht gern, 1997, Kapitel 2.

²⁸ Statt vieler *Ingo von Münch*, in: von *Münch/Kunig* (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Band 2, 3. Aufl., 1995, Art. 38, Rn. 23 ff.; *Konrad Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., 1995, Rn. 146.

²⁹ Mannheimer Morgen vom 15. 11. 2001.

³⁰ Reichstagsdrucksachen 1924, Nr. 445, S. 32.

³¹ *Hans Delbrück*, Regierung und Volkswille, 1913, 142.

³² *Carl Mierendorff*, in: *Johannes Schauff* (Hrsg.), Neues Wahlrecht, 1929, 14 (19).

³³ Ähnlich zum Beispiel auch *Hans Heinrich Schächlin*, Die Auswirkungen des Proportionalverfahrens auf Wählerschaft und Parlament, Züricher Beiträge zur Rechtswissenschaft, N. F., H. 121, 1946, 50: „Die Gefahr, dass die Wahl – im Widerspruch zum Prinzip der Unmittelbarkeit – gewissermaßen zu einer indirekten wird, indem sich die Partei zwischen Wähler und Vertreter einschleibt, wächst entschieden: bereits in der Parteivorstandssitzung wird die eigentliche Kreation vorgenommen, und dem Bürger bleibt noch übrig, durch seine Stimmabgabe die schon erfolgte Bestellung zu bestätigen.“

Parteien die Kandidaten an sicherer Stelle placieren, als ein lediglich die übliche Reihenfolge der mittelbaren Wahl umkehrendes Wahlsystem bezeichnet, bei dem der sonst zu zweit vorgenommene Wahlakt zuerst und zwar in den Delegiertenversammlungen der Parteien auf lokaler oder zentraler Ebene stattfindet.“³⁴

„Ob die einzelnen Wahlbewerber dabei wie in der Regel vor der Wahl oder ... nach der Wahl ... von den Parteien benannt werden, ist sachlich nicht von entscheidender Bedeutung. ... Bei der Frage – ob Unmittelbarkeit oder Mittelbarkeit der Wahl – (könne) nicht entscheidend auf den zufälligen Zeitpunkt abgestellt werden ..., in dem die Parteien ihr Nominationsrecht ausüben. Bei ... der nachträglichen Benennung der Abgeordneten durch die Partei tritt die Zurückdrängung des unmittelbaren Einflusses der Aktivbürgerschaft in Wirklichkeit nur besonders deutlich in Erscheinung.“³⁵

Dass der Wähler bei starren Listen in Wahrheit nur die Parteien unmittelbar wählt, betont auch der *Leibholz*-Schüler *Hans-Justus Rinck*:

„Bezugspunkt der Unmittelbarkeit der Wahl ist heute im Bereich der Verhältniswahl mit starrer Liste nicht mehr der einzelne Abgeordnete, sondern die Partei.“³⁶

Verfassungsrechtlich wäre dies aber nur zulässig, wenn die *Parteienwahl* das alles Entscheidende sein dürfte. Das aber ist gerade nicht der Fall, wie sich aus Art. 28 Abs. 1, 38 Abs. 1 GG und den europarechtlichen Bestimmungen eindeutig ergibt, die verlangen, dass die *Abgeordneten* direkt gewählt werden. Die bloße *Parteienwahl* ist also mit den genannten Bestimmungen unvereinbar, weil diese ausdrücklich eine unmittelbare Wahl der Abgeordneten, nicht der Parteien vorschreiben.

Leibholz sucht diese Konsequenz (Verfassungswidrigkeit der starren Parteilisten) dennoch mit dem Hinweis auf Art. 21 GG abzubiegen, indem er nach den oben zitierten Sätzen folgendermaßen fortfährt:

„Insoweit wird der in Artikel 38 Absatz 1 statuierte Grundsatz der Unmittelbarkeit der Wahl durch den Artikel 21 Absatz 1 GG, der den demokratischen Parteienstaat legalisiert hat, verfassungskräftig abgewandelt.“³⁷

Diese „Begründung“ ist in Wahrheit aber keine. Sie ist überhaupt nur nachzuvollziehen, wenn man tiefer in *Leibholz*' merkwürdige Parteienstaatslehre eindringt: *Leibholz* setzt dabei Volk und Partei in eins. Wenn aber der Wille des Volkes mit dem der Parteien zu identifizieren sei, wie *Leibholz* meint³⁸, sei auch die Auswahl der Abgeordneten (die ohnehin nur „gebundene Parteibeauftragte“ seien³⁹) durch die Partei als Wahl durch das Volk anzusehen. Das bisher übliche „Einteilungsschema unmittelbare – mittelbare Demo-

kratie“ sei dann korrekturbedürftig⁴⁰: Der Parteienstaat „im Sinne dieses Schemas“ sei „mittelbare Demokratie und doch in Wahrheit ... unmittelbare Demokratie.“⁴¹

Diese Auffassung erscheint uns heute mit Recht als nicht mehr haltbar. Die Gleichsetzung von Volk und Partei, auf der *Leibholz*' Interpretation der Parteienwahl als Volkswahl der Abgeordneten beruht, wird heute praktisch von niemandem mehr vertreten⁴². Auch das *BVerfG* hat sich, zumindest verbal, von ihr emanzipiert.

Der Versuch von *Leibholz*, die Konsequenz (Verfassungswidrigkeit starrer Listen wegen Verstoßes gegen den Grundsatz der Unmittelbarkeit der Wahl) mit dem Hinweis auf seine Parteienstaatsdoktrin ins Gegenteil zu verkehren, vermag deshalb heute nicht mehr zu überzeugen. Art. 21 Abs. 1 GG berechtigt die Parteien nicht, das Volk zu beherrschen und ihm ihre eigenen Anschauungen zu oktroyieren; die Parteien haben vielmehr die Funktion, dem Willen des Volkes möglichst zur Entfaltung zu verhelfen. Das gilt, wie Art. 28 und 38 GG ausdrücklich bestimmen, besonders auch hinsichtlich der *Personalauswahl* der Abgeordneten. Die Monopolisierung der Personalauswahl in der Hand der Parteien, die ihre Entscheidung über die Kandidaten und ihre Platzierung auf der Liste zur eigentlichen Wahl macht, ist von Art. 21 GG schon deshalb nicht gedeckt, weil Art. 21 GG ausdrücklich nur eine *Mitwirkung* der Parteien bei der politischen Willensbildung des Volkes vorsieht.

Die Mitwirkung der Parteien verlangt keineswegs starre Listen. Die Parteien würden vielmehr auch dann bei der politischen Willensbildung des Volkes mitwirken, wenn man zum Mehrheitswahlrecht überginge wie in Großbritannien und den USA (relative Mehrheitswahl) oder Frankreich (absolute Mehrheitswahl) oder wenn man flexible Listen aufstellte, die dem Wähler Einfluss auf die Auswahl der Kandidaten beließen. Erst recht wäre dies der Fall, wenn man Vorwahlen einführt,^{42a} wie dies der Generalsekretär der SPD, *Franz Müntefering*, zur Diskussion gestellt hat. Für flexible Listen gibt es wiederum zwei Erscheinungsformen: Bei so genannten *lose gebundenen Listen* können die Wähler auf die Reihenfolge der Bewerber Einfluss nehmen, sei es durch Vorzugsstimmen für einen oder mehrere Bewerber, sei es durch Änderung der Reihenfolge der Bewerber mittels Rangordnungsvermerken („Reihung“) innerhalb der Liste. Bei so genannten *freien Listen* „kann der Wähler durch verschiedene Vorkehrungen nicht nur die Reihenfolge innerhalb einer Liste verändern, sondern kann die Kandidaten verschiedener Listen in von ihm bestimmter Reihenfolge bezeichnen (Panaschieren) oder sogar neue Kandidaten einfügen und vorhandene streichen.“⁴³ Flexible Listen in der einen oder anderen Form kennen zum Beispiel Belgien, Dänemark, Italien, Luxemburg, die Niederlande und die Schweiz⁴⁴. Flexible Listen kennt auch das süddeutsche Kommunalwahlrecht, das inzwischen immer mehr Bundesländer für ihre Kommunen eingeführt haben (siehe oben I.4). Auch dort verbleibt den Parteien noch ein erheblicher Einfluss, weil sie ja schließlich die Listen aufstellen und diese ein be-

34 *Gerhard Leibholz*, in: *Parteien, Wahlrecht, Demokratie*, Vorträge und Diskussionen einer Arbeitstagung der Friedrich-Naumann-Stiftung und der Deutschen Gruppe der Liberalen Weltunion vom 17.-19. 3. 1967 im Kurhaus Baden-Baden, 1967, 40 (47f.). Diese Sätze wiederholen frühere Äußerungen von *Leibholz* aus Weimarer Zeit fast wörtlich: *Gerhard Leibholz*, *Die Wahlrechtsreform und ihre Grundlagen*, VVDStRL, Bd. 7 (1932), 159 (167f.). Vgl. auch schon *ders.*, *Das Wesen der Repräsentation und der Gestaltwandel der Demokratie im 19. Jahrhundert*, 1929, 114: „Das beim Mehrheitswahlrecht noch relativ gewährleistete unmittelbare Verhältnis zwischen Wählern und Abgeordneten wird durch das Verhältniswahlrecht endgültig gesprengt.“

35 *Leibholz*, *Die Wahlrechtsreform* (Fn. 34), 168.

36 *Hans-Justus Rinck* JZ 1958, 193 (196).

37 *Gerhard Leibholz*, *Parteien und Wahlrecht* (Fn. 34).

38 *Gerhard Leibholz*, *Das Wesen der Repräsentation* (Fn. 34), S. 226: „Wie in der plebiszitären Demokratie der Wille der Mehrheit der Aktivbürgerschaft mit dem jeweiligen Gesamtwillen identifiziert wird, wird in einer funktionierenden parteienstaatlichen Demokratie der Wille der jeweiligen Parteienmehrheit in Regierung und Parlament mit dem Gesamtwillen identifiziert.“ *Ders.*, *Verfassungsrechtliche Stellung und innere Ordnung der Parteien*, Deutscher Juristentag 1950, C 2 (10): „Ja, man kann geradezu sagen, dass in dieser Form der Demokratie (das heißt, dem ‚modernen demokratischen Parteienstaat‘) die Parteien das Volk ‚sind‘.“

39 *Gerhard Leibholz*, in: *Leibholz*, *Das Wesen der Repräsentation* (Fn. 34), S. 226.

40 *Leibholz*, *Die Wahlrechtsreform* (Fn. 34), S. 171.

41 *Leibholz* a.a.O., S. 172.

42 Statt vieler *Dieter Grimm*, in: *Benda/Maibhofer/Vogel* (Hrsg.), *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 1983, S. 317 (331 ff. mit weiteren Nachweisen).

42a Siehe dazu die grundlegende Abhandlung von *Siegfried Magiera* (Fn. 4), S. 642ff.

43 Bericht der Wahlrechtskommission (Fn. 3), S. 19.

44 *Pippa Norris*, *Conclusions: comparing passages to power*, in: *Pippa Norris* (ed.), *Passages to power. Legislative recruitment in advanced democracies*, Cambridge University Press 1997, 209 (216).

trächtliches Beharrungsmoment besitzen. Aber sie haben kein Monopol mehr, sondern wirken eben an der politischen Willensbildung bloß *mit*, wie Art. 21 GG dies vorsieht. Es gibt also Wahlsysteme, die dem Volk unmittelbar Einfluss auf die Wahl der Abgeordneten geben und gleichzeitig die Mitwirkung der Parteien sichern.

Zwischen dem Grundsatz der Unmittelbarkeit der Wahl des Abgeordneten (Art. 28, 38 GG) und der Mitwirkung der politischen Parteien bei der politischen Willensbildung des Volkes (Art. 21 Abs. 1 GG) ist – entgegen *Leibholz* – nicht im Sinne eines Entweder-Oder zu entscheiden. Die Grundsätze sind einander vielmehr derart zuzuordnen, dass *beide* Grundsätze möglichst weitgehend gewahrt bleiben⁴⁵. Dabei stellt sich dann aber heraus, dass in Wahrheit gar keine wirkliche Kollision zwischen den beiden Grundsätzen vorliegt: Flexible Wahllisten, die der Grundsatz der Unmittelbarkeit der Wahl der Abgeordneten verlangt, sind mit der Mitwirkung der Parteien bei der politischen Willensbildung des Volkes ohne weiteres vereinbar.

4. Das Bundesverfassungsgericht

Das *BVerfG* hat sich in seiner frühen Rechtsprechung *Leibholz*, zumindest im Ergebnis, angeschlossen und 1957 entschieden, das starre Listenwahlrecht sei verfassungsmäßig⁴⁶. Das Gericht hat diese Entscheidung 1967 bestätigt⁴⁷. An beiden Entscheidungen war *Leibholz* beteiligt.

In der erstgenannten Entscheidung erkannte das Gericht zwar, dass Art. 38 GG „die Personenwahl im Parteienstaat“ garantiert und deshalb nicht nur die Parteien, sondern auch die Abgeordneten unmittelbar vom Volk gewählt werden müssen. Diese Anerkennung geschah allerdings nur verbal: Der Wähler, der mit seiner Stimme eine Partei wählt, entscheide sich formal für deren gesamten Personalsvorschlag und segne damit die ganze von der Partei präsentierte Liste von Kandidaten ab. Zwar wisse er oft gar nicht, welche Namen auf der Liste stehen. Auf dem Wahlzettel werden ja nur die vorderen Namen genannt. Doch dies wird damit gerechtfertigt, der Wähler habe ja die Möglichkeit, sich Kenntnis von allen Namen zu verschaffen, da die Wahlleiter sie öffentlich bekannt gemacht hätten (siehe § 28 Abs. 3 BWG).

Es erscheint bereits zweifelhaft, ob man den Wähler wirklich auf eine derartige Veröffentlichung in einem wenig gelesenen Amtsblatt verweisen kann oder ob dies nicht letztlich auf eine Fiktion hinausläuft. Entscheidend aber ist ohnehin etwas anderes: Selbst wenn der Wähler alle Listenkandidaten der Partei, die er wählt, kennen würde, kann er doch nichts an der Liste ändern. Weder kann er bestimmen, welche Personen überhaupt auf der Liste stehen, noch hat er Einfluss auf ihre Platzierung und damit ihre Wahlchancen. Mit der Entscheidung für eine bestimmte Partei muss der Wähler sich also für deren ganzes, für ihn unveränderbares personelles Blockangebot entscheiden. Das *BVerfG* segnet dies mit einer Reihe von Formulierungen ab, bei denen zunächst nicht ganz klar wird, ob das Gericht nur formale oder auch materielle Beurteilungskriterien heranzieht.

Das Wahlergebnis hänge „allein von der im Wahlakt bekundeten Willensentscheidung der Wähler ab“. Dass „die Wahl eines Bewerbers von der Mitwahl weiterer Bewerber abhängig gemacht wird,“ stehe dem Grundsatz der Unmittelbarkeit nicht entgegen. Entscheidend sei, dass „die Zurechnung der abgegebenen Wählerstimmen auf die einzelnen Wahlbewerber sich von der Stimmabgabe an ohne Zwischenschal-

tung eines von dem der Wähler verschiedenen Willens vollzieht. Auch die Wahl von auf einer Liste im voraus festgelegten Kandidaten ist daher als unmittelbare Wahl von Abgeordneten anzusprechen. ... Der Bundesgesetzgeber hat somit durch das System der starren Liste im Bundeswahlgesetz nicht gegen den Grundsatz der unmittelbaren Wahl verstoßen.“⁴⁸ „Nur wenn die Wähler das letzte Wort haben, haben sie auch das entscheidende Wort; nur dann wählen sie unmittelbar.“⁴⁹ Und in einer früheren Entscheidung hatte das Gericht formuliert, Unmittelbarkeit verlange, „dass die gewählten Vertreter maßgeblich von den Wählern“ bestimmt werden⁵⁰. Beides – das letzte Wort und die maßgebliche Bestimmung durch die Wähler – sei aber auch bei starren Listen gegeben.

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

– Das Wahlergebnis hänge auch bei dem bestehenden Wahlsystem „allein von der ... Willensentscheidung der Wähler ab.“

– Die Wähler hätten „das letzte“ und damit „auch das entscheidende Wort“.

– „Die gewählten Vertreter“ würden „maßgeblich von den Wählern“ bestimmt.

Doch alle drei Behauptungen halten einer Nachprüfung nicht stand und sind unzutreffend. Die Wähler haben in unserem Wahlsystem nicht wirklich das letzte Wort im Sinne einer maßgeblichen Entscheidung. Die eigentliche Entscheidung – zumindest hinsichtlich der „sicheren“ Platzierungen – ist nicht die Wahl durch die Bürger, sondern die Nominierung, und die trifft die Partei. Die von den Parteieninstanzen materiell schon Gewählten werden von den Wählern bloß formal nachgewählt. Nicht der Wähler hat also das „entscheidende Wort“, nicht der Wähler trifft die „maßgebliche“ Entscheidung, sondern die Partei⁵¹.

Es bleiben als Argumente für die Verfassungsmäßigkeit starrer Listenwahl deshalb nur

– dass jede Wählerstimme „bestimmten oder bestimmbareren Wahlbewerbern zugerechnet“ werden könne und „nach der Stimmabgabe“ keine „Zwischeninstanz“ mit Einfluss auf das Wahlergebnis eingeschaltet sei.

Das *BVerfG* beschränkt sich damit allein auf das Argument „zeitlich nachher“, also letztlich auf einen rein formalen Gesichtspunkt⁵². Danach soll der Grundsatz der Unmittelbarkeit lediglich verhindern, dass nach der Wahl eine weitere Instanz entscheidet.

Gerade diese Begründung sah *Leibholz* allerdings selbst als unzutreffend an. Auch der *Leibholz*-Schüler *Rinck*⁵³ vermisse in der Begründung des Urteils jeden überzeugenden Grund dafür, warum der Grundsatz der unmittelbaren Wahl nur durch Einschaltung einer Zwischeninstanz *nach* der Wahl verletzt werde und nicht dieselbe Verletzung durch die Einsetzung einer Zwischeninstanz *vor* der Wahl eintrete, wie sie heute in Form der Parteien bestehe, die faktisch darüber entscheiden, wer ins Parlament kommt. In der Tat kehrt hier

⁴⁸ *BVerfGE* 7, 63 (69).

⁴⁹ *BVerfGE* 7, 63 (68).

⁵⁰ *BVerfGE* 3, 45 (49).

⁵¹ *Rinck* (Fn. 36), S. 194; *Rainer Peterek*, Die Problematik des Grundsatzes der unmittelbaren Wahl, Diss. Mainz, 1965, 89f.

⁵² Das räumt auch das Gericht ein, wenn auch sozusagen nur nebenbei. *BVerfGE* 7, 63 (69): „die formal zu interpretierende Unmittelbarkeit der Wahl der Abgeordneten.“

⁵³ *Rinck* (Fn. 36), S. 194. Auch *Rinck* hat dann allerdings wie *Leibholz* versucht, die Konsequenz, dass starre Listenwahlen gegen den Grundsatz der Unmittelbarkeit verstoßen, durch vage Hinweise auf den Parteienstaat abzuwehren.

⁴⁵ *Konrad Hesse* (Fn. 28), Rn 72 m.w.N.

⁴⁶ *BVerfGE* 7, 63 – 1957. Siehe auch schon *BVerfGE* 3, 45 – 1953.

⁴⁷ *BVerfGE* 21, 355 – 1967. Siehe zum Beispiel auch *BVerfGE* 95, 335 (349f.) = JZ 1997, 669ff. m. Anm. *Badura* – 1997.

die alte, längst als unzulässig erkannte Wahlmännerwahl in neuem Gewand wieder. Nur dass sie jetzt – genau umgekehrt – vorausgeht.

Wie merkwürdig das rein formale Argumentieren des *BVerfG* anmutet, zeigt ein Vergleich mit der Methode der Grundrechtsinterpretation, wo im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsprinzips längst materiell abgewogen wird zwischen dem öffentlichen Interesse, das für einen Eingriff spricht, und dem jeweiligen Grundrecht⁵⁴. Auch im sonstigen Recht ist die rein formale Betrachtung methodisch längst überwunden und einer materiellen Abwägung gewichen, so zum Beispiel auch bei der Vertragskontrolle. Wer wollte Konsumenten heute noch entgegenhalten, sie hätten die irgendwo ausgehängten oder beigehefteten (und für sie ungünstigen) Allgemeinen Geschäftsbedingungen ja zumindest kennen können und müssten sie deshalb gegen sich gelten lassen. Dieser früher durchaus vertretene rein formale Standpunkt gilt heute mit Recht als antiquiert und unhaltbar. Entscheidend ist, dass die Konsumenten – aufgrund ihrer Verhandlungsschwäche – keinen Einfluss auf den Inhalt der Allgemeinen Geschäftsbedingungen haben. Deshalb unterliegen diese Bedingungen der gerichtlichen Inhaltskontrolle⁵⁵. Deshalb muss auch der Gesetzgeber Vorkehrungen zum Schutz des eindeutig verhandlungsschwächeren Vertragspartners treffen.^{55a}

Dass dem Gericht selbst bei seinen Entscheidungen in hohem Maße unwohl war, zeigt auch der Umstand, dass es nicht bloß blank auf das Formale verweist, sondern vordergründig den Eindruck zu erwecken sucht, es ginge ihm auch um eine materielle Würdigung. So haben einige Kommentatoren das Gericht ja auch verstehen wollen⁵⁶. Wie dargelegt, handelt es sich dabei aber nur um beschönigende Floskeln, welche die Entscheidung (keine Verletzung der Unmittelbarkeit durch starre Listen) nicht tragen können.

Auch ein Verstoß gegen den Grundsatz der *Wahlfreiheit* liegt nach Auffassung des Gerichts nicht vor. Da starre Listen den Wähler auf das für ihn unveränderbare Blockangebot der Parteien verweisen und somit seine Freiheit beeinträchtigen, bestimmte Abgeordnete zu wählen und andere nicht zu wählen, berührte sich, wie das Gericht zutreffend formuliert,

„die Unmittelbarkeit der Wahl (hier) mit dem Grundsatz der Wahlfreiheit, der nicht nur eine Ausübung des Wahlrechts ohne Zwang oder sonstige unzulässige Beeinflussung von außen sichert ..., sondern auch eine Gestaltung des Wahlverfahrens verbietet, das die Entschließungsfreiheit des Wählers in einer innerhalb des gewählten Wahlsystems vermeidbaren Weise verengt.“⁵⁷

Genau eine solche Verengung bewirken starre Listen meiner Auffassung nach. Denn das Wahlsystem der Verhältniswahl ließe auch eine die Entschließungsfreiheit des Wählers weniger beeinträchtigende Gestaltung des Wahlverfahrens zu: flexible Listen. Demgegenüber hat das Gericht einen Verstoß gegen den Grundsatz der Wahlfreiheit mit der Behauptung wegargumentiert, die Frage, ob freie oder gebundene Listen, sei „nicht eine Frage der mehr oder minder freien Wahlbetätigung, sondern eine Frage der näheren Ausgestaltung der Wahlrechtsausübung“. Für „die technische Ausgestaltung der Wahlrechtsausübung im einzelnen“,

⁵⁴ Statt aller *Christian Starck*, in: von *Mangoldt/Klein/Starck*, Das Bonner Grundgesetz. Kommentar, 4. Aufl., 1999, Art. 1 Abs. 3, Rdnr. 232. Siehe auch *Hans Herbert von Arnim*, Das System, 2001, S. 291.

⁵⁵ von *Arnim* (Fn. 54), S. 290.

^{55a} Ständige Rechtsprechung: *BVerfGE* 81, 242 (253 ff.); 85, 191 (212 f.); 98, 365 (395 ff.).

⁵⁶ So z. B. *Theodor Maunz* (s. unten Fn. 61).

⁵⁷ *BVerfGE* 95, 335 (350) = JZ 1997, 669 f. – 1997.

ließen sich aus dem Begriff der Wahlfreiheit aber keine Grundsätze herleiten⁵⁸. Diese Argumentation vermag nicht zu überzeugen. Die Unterscheidung zwischen „Wahlbetätigung“ und „Wahlrechtsausübung“ erscheint willkürlich. In jedem Fall ist die Frage, ob der Bürger durch flexible Listen Einfluss auf die Personalauswahl erhält, – anders als ihre abwiegelnde Abschiebung in den Bereich der bloß „technischen Ausgestaltung der Wahlausübung im einzelnen“ suggeriert – von eminenter Bedeutung. Die Bemerkung des *BVerfG* vernebelt die Erkenntnis, dass die Vorenthaltung jeden Einflusses auf die Personalauswahl der Wahl der Abgeordneten nicht nur die Unmittelbarkeit nimmt, sondern auch die Wahlfreiheit des Volkes schwer beeinträchtigt, und das in durchaus vermeidbarer Weise.

Auch ein Verstoß gegen den Grundsatz der *Chancengleichheit* der Wahlbewerber liegt nach Ansicht des Gerichts nicht vor, weil „gebundene Listen seit je unangefochten als mit dem Grundsatz der Gleichheit der Verhältniswahl vereinbar angesehen worden“ seien. Schon wegen der Freiwilligkeit des Anschlusses an eine Partei könne kein Verstoß gegen die Gleichheit vorliegen, denn der Wahlbewerber habe sich dadurch freiwillig dem Platzierungsbeschluss der Partei unterworfen, der seine Wahlchancen in der Tat entscheidend präge. Die Zweifel, ob wirklich „Freiwilligkeit“ vorliege, argumentiert das Gericht mit der Bemerkung hinweg, jeder habe ja die Möglichkeit, in einem Wahlkreis zu kandidieren⁵⁹, sei also nicht auf die Partei angewiesen. Stellt man aber in Rechnung, dass parteifreie Kandidaten heute bei Bundestags- und Landtagswahlen praktisch nicht die geringsten Chancen mehr besitzen und deshalb in Wahrheit keine Alternative zu Kandidaturen innerhalb der Parteien besteht, so ist auch die Grundlage dieser Bewertung heute entfallen.

Damit ist festzuhalten: Die Rechtsprechung des *BVerfG* begegnet durchgreifenden Einwänden. Alle vom Gericht angeführten Einzelargumente erscheinen nicht stichhaltig; übrig bleibt allein die Auffassung von *Leibholz* und *Rinck*, Art. 21 Abs. 1 GG rechtfertige es eben, dass die *Parteien*, nicht die Abgeordneten, von den Bürgern gewählt werden und sich folglich auch die demokratischen Wahlgrundsätze, insbesondere die Unmittelbarkeit, auf die Parteien und nicht auf die Abgeordneten zu beziehen hätten. Doch die dieser Auffassung zugrundeliegende Doktrin von der Gleichsetzung von Partei und Volk wird, wie dargelegt, heute allgemein und mit vollem Recht als überholt und unrichtig erkannt. Die Parteien *sind* nicht das Volk, sondern haben ein Medium zu sein, den Einfluss des Volkes möglichst wirksam werden zu lassen. Sie haben nicht die politische Willensbildung zu beherrschen, sondern daran nur *mitzuwirken*.

5. Die heutige Staatsrechtslehre

Die heutige Staatsrechtslehre schließt sich gleichwohl der Rechtsprechung im Ergebnis fast durchgehend an. Eine gründliche Auseinandersetzung unterbleibt. Hinsichtlich der Argumentation kann man – neben der Lehre von *Leibholz* – zwei Linien unterscheiden:

Die eine Argumentationslinie, für die zum Beispiel *Hans Peters* steht, stellt ganz allein auf das zeitlich-formale Moment ab. Von unmittelbarer Wahl könne nur dann „nicht mehr gesprochen werden, wenn nach erfolgter Verhältniswahl die Person der Abgeordneten nicht bloß durch einen Rechnungsvorgang, sondern aufgrund freier Entscheidung

⁵⁸ *BVerfGE* 7, 63 (69 f.).

⁵⁹ *BVerfGE* 7, 63 (70 f.).

durch ein Parteigremium oder eine sonstige Wahlkörperschaft bestimmt“ werde. Die starre Listenwahl sei – im Unterschied dazu – keine mittelbare, weil bei ihr „zuerst die ‚Wahlmänner‘, das heißt die Parteigremien tätig werden; der Wähler steht dann dem Ergebnis ihrer Vorarbeit, dem Kandidaten, in freier Entscheidung und deshalb unmittelbar gegenüber.“⁶⁰ Doch dass es bei der Frage der Unmittelbarkeit der Wahlen nicht auf das Vorher oder Nachher der Entscheidung der „Wahlmänner“ ankommen kann, wurde schon dargelegt (oben II.1–4).

Die andere Literaturmeinung übernimmt die (nur schwer nachvollziehbaren) Begründungen des *BVerfG* wörtlich oder fast wörtlich, ohne eine wirkliche Überprüfung ihrer Tragfähigkeit vorzunehmen. So hebt *Theodor Maunz* hervor, der Unmittelbarkeitsgrundsatz habe nach der Rechtsprechung des *BVerfG*, „eine selbstständige materielle Bedeutung“. *Maunz* belegt dies mit den schon angeführten gerichtlichen Zitaten: Der Grundsatz der Unmittelbarkeit garantiere, „dass die gewählten Vertreter maßgebend von den Wählern ... bestimmt werden. ... Nur wenn die Wähler das letzte Wort haben, haben sie das entscheidende Wort“⁶¹. Auch *Siegfried Magiera* geht mit dem *BVerfG* davon aus, die Wähler müssten „das letzte und entscheidende Wort haben“⁶². Ähnlich stellt *Martin Morlok* auf „das ‚letzte Wort‘ bei der Auswahl der Kandidaten“ ab⁶³. Die Kommentatoren meinen mit dem *BVerfG*, diese Voraussetzungen seien gegeben, weil der Wähler auch bei starren Listen „immerhin noch die endgültige, wenn auch nicht auf eine Einzelperson bezogene Entscheidung“ habe⁶⁴.

Indem die genannten Autoren die suggestiven Begriffe der Rechtsprechung einfach übernehmen, erwecken auch sie den Eindruck, dem Wähler verbleibe ein „maßgeblicher“ materieller Einfluss auf die Personalauswahl, obwohl dies, wie dargelegt, in Wahrheit nicht der Fall ist. Offenbar scheut man sich, genau wie das *BVerfG*, die Bejahung der Unmittelbarkeit allein auf das zeitliche Moment zu gründen, weil ein solcher rein formalistischer Ansatz mit dem heutigen Stand der rechtswissenschaftlichen Methodenlehre nicht mehr vereinbar ist.

In der einschlägigen Kommentarliteratur findet sich nur ein kritischer Ansatz: Für den Wähler müsse klar⁶⁵ oder zumindest einsehbar⁶⁶ sein, wen er mit seiner Listenstimme wähle. Deshalb sei „die Praxis, nur die ersten Listenbewerber auf dem Stimmzettel zu vermerken, problematisch; die öffentliche Bekanntmachung durch den Landeswahlleiter (§ 28 Abs. 3 BWG) gehe „meist optisch ‚unter‘.“⁶⁷ Doch in Wahrheit handelt es sich hier nur um einen Zipfel des Problems: Selbst wenn alle Listenabgeordneten auf dem Wahlzettel aufgeführt würden, bliebe es dabei, dass der Wähler an der Zusammensetzung und Reihung der Liste nichts ändern könnte. Da er die Wahl der Personen ohnehin nicht beein-

flussen kann, ist es von nur geringem Interesse, wer auf der Liste steht.

6. Streit auf überholtem Gelände

Die gesamte rechtswissenschaftliche Diskussion betrifft allerdings ohnehin nur das Problem der starren Listen. Das war für die Weimarer Zeit verständlich, weil es damals auf Reichsebene nur solche Listen gab. Dieselbe Beschränkung gilt aber auch für *Leibholz*, der in Weimar und in der Bundesrepublik unverändert nur auf starre Listen abhob. Eben dies trifft auch auf die Rechtsprechung des *BVerfG* und die Kommentarliteratur zu, obwohl wir in der Bundesrepublik inzwischen ja längst ein durch Personalwahlelemente modifiziertes Verhältniswahlrecht haben. Die beschränkte Betrachtungsweise mag zwar bei den kleinen Bundestagsparteien (FDP, Bündnis 90/Die Grünen und PDS) berechtigt sein, deren Kandidaten meist ohnehin keine Chance auf den Gewinn eines Wahlkreises haben (siehe oben I.2). Bei Kandidaten der beiden großen Parteien (SPD und CDU/CSU)⁶⁸ ergibt sich aber das spezifische Problem des bundesdeutschen Wahlrechts, dass ihre Kandidaten regelmäßig sowohl auf der Liste stehen als auch im Wahlkreis kandidieren und auf diese Weise oft sicher sein können, auf dem einen oder anderen Weg ins Parlament zu kommen (oben I.2). Die Problematik ähnelt zwar zunächst einmal derjenigen, die sich bei starren Listen stellt. Sie wird hier aber dadurch noch erheblich verschärft, dass die Wahlkreiswahlen suggerieren, der Wähler könne mit der Erststimme den Kandidaten auswählen, obwohl dies gar nicht der Fall ist. Man fühlt sich an die Fabel vom Hasen und Igel erinnert: Bestimmte Abgeordnete „gewinnen“ immer, unabhängig davon, wen die Bürger wählen. Ob der Wähler mit der Erststimme den Kandidaten der einen oder der anderen großen Partei wählt, ist gleichgültig, wenn auch der andere in seiner Eigenschaft als Listenabgeordneter ins Parlament gelangt.

Dadurch gewinnen die obigen Darlegungen zur fehlenden Unmittelbarkeit *zusätzliches* Gewicht: Wenn der Gesetzgeber durch Einführung der Personenwahl mit der Erststimme selbst Elemente der Persönlichkeitswahl in das Wahlsystem eingebaut hat, läuft der Einzug auch der unterliegenden Wahlkreis Kandidaten ins Parlament durch die Hintertür der Listenabsicherung auch auf einen Widerspruch zum selbst erklärten und öffentlich propagierten Wahlsystem und damit auch auf eine Täuschung der Wähler hinaus.

III. Der Schatten von Weimar

Die verfassungsrechtliche Diskussion über das Wahlrecht in der Bundesrepublik stand nicht nur im Schatten von *Leibholz*, sondern auch im Schatten von Weimar. Auch unter der Weimarer Reichsverfassung von 1919 (WRV) hatte es ein starres Listenwahlrecht für die Reichstagswahlen gegeben. Dieses war zwar heftig kritisiert⁶⁹, insgesamt aber doch von Rechtsprechung und Lehre als verfassungsgemäß anerkannt worden⁷⁰. Das darauf beruhende „Vorverständnis“ von der

⁶⁰ *Hans Peters*, in: *Theodor Maunz* (Hrsg.), Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung, Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky, 1956, 341 (352). – Hervorhebung auch im Original.

⁶¹ *BVerfGE* 3, 45 (49f.); 7, 63 (68). Zitiert von *Theodor Maunz*, in: *Maunz/Dürig/Herzog/Scholz*, Grundgesetz, Kommentar (Loseblatt) Art. 38 Rn. 43.

⁶² *Siegfried Magiera*, in: *Michael Sachs* (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 2. Aufl., 1999, Art. 38 Rn. 84. Siehe auch schon *ders.* (Fn. 4), S. 624 mit weiteren Nachweisen.

⁶³ *Martin Morlok*, in: *Horst Dreier* (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. 2, 1998, Art. 38 Rn. 74.

⁶⁴ So statt vieler *Maunz* (Fn. 28), Rn. 44.

⁶⁵ *Norbert Achterberg*, Parlamentsrecht, 1984, 173.

⁶⁶ *von Münch* (Fn. 28), Rn. 26.

⁶⁷ *von Münch* (Fn. 28).

⁶⁸ CDU und CSU sind formal zwar zwei Parteien, machen sich gegenseitig aber keine Konkurrenz und bilden im Bundestag eine Fraktion, so dass die CSU materiell als bayerische Erscheinungsform der CDU angesehen werden kann.

⁶⁹ Siehe die oben unter II.2 Genannten.

⁷⁰ Siehe zum Beispiel *Heinrich Pohl*, Das Reichstagswahlrecht, in: *Ger-*

verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Verhältniswahl hat die Diskussion in der Bundesrepublik – teils stillschweigend, teils ausdrücklich – wesentlich beeinflusst. Dabei wurde aber meist übersehen, dass die verfassungsrechtliche Ausgangslage unter dem Grundgesetz eine völlig andere ist. Die Weimarer Reichsverfassung hatte die Verhältniswahl nämlich zwingend vorgeschrieben, sowohl für die Reichstagswahlen (Art. 22 WRV) als auch für die Landtagswahlen (Art. 17 Abs. 1 Satz 2 WRV). Vor allem aber hatte die Verfassunggebende Nationalversammlung das Reichswahlgesetz (RWG), das die starre Listenwahl vorsah, einstimmig, also mit der für Verfassungsänderungen notwendigen Mehrheit, beschlossen. Daraus folgte die herrschende Meinung, dass das Reichswahlgesetz, auch wenn es mit dem Verfassungstext der Weimarer Reichsverfassung nicht vereinbar sein sollte, jeder Anfechtbarkeit seiner Verfassungsmäßigkeit entrückt sei⁷¹. Die Weimarer Verfassung ließ nämlich „Verfassungsdurchbrechungen“ zu, das heißt die Verfassungswidrigkeit von Gesetzen galt als geheilt, wenn sie mit den für Verfassungsänderungen erforderlichen Mehrheiten zustande gekommen waren.

Die Rechtslage unter dem Grundgesetz ist eine andere: Der Parlamentarische Rat ließ die Entscheidung über das Wahlsystem verfassungsrechtlich bewusst offen, indem er – im Gegensatz zur Weimarer Reichsverfassung – keine Festlegung im Grundgesetz vornahm, sondern sie dem Bundesgesetzgeber überließ. Gleichzeitig präjudizierte er dessen Entscheidung zwar faktisch, indem er für den *ersten* Bundestag die Verhältniswahl vorschrieb. Verfassungsdurchbrechungen sind unter dem Grundgesetz aber – wiederum im Gegensatz zur Weimarer Reichsverfassung – ausdrücklich untersagt (Art. 79 Abs. 1 Satz 1 GG). Das Bundeswahlgesetz muss sich also nach wie vor am Grundgesetz messen lassen, insbesondere auch an seinen Art. 28 und 38, wie wir das oben getan haben.

IV. Übergreifende Beurteilung

Die grundlegende Bedeutung wirklich unmittelbarer, freier und gleicher Wahlen steht in Zusammenhang mit dem Demokratieprinzip. Danach muss alle Staatsgewalt vom Volk legitimiert sein. Das geschieht in der Bundesrepublik auf die Weise, dass das Volk das Parlament wählt und dieses alle anderen Staatsorgane bestellt, entweder direkt oder vermittelt durch Zwischenstationen. Die dahinterstehende Vorstellung ist folgende: Das direkt vom Volk gewählte Parlament gibt die durch Wahlen erlangte demokratische Legitimation an alle anderen von ihm bestellten Organe weiter. Das Parlament ist also die große Drehscheibe, der zentrale Vermittler von demokratischer Legitimation. Um so notwendiger ist es

hard Anschütz/Richard Thoma (Hrsg.), Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Bd. 1, 1930, 386 (397): „Gewählt werden nicht Wahlmänner, die dann ihrerseits erst die Abgeordneten zu wählen hätten, sondern die Stimmzettel nennen direkt die Abgeordneten (unmittelbare Wahl).“ *Pohl* fährt dann aber mit einer verfassungspolitischen Kritik fort: „Tatsächlich, nicht rechtlich besteht die mittelbare Wahl allerdings bei der Wahl der Aufstellung der zu wählenden Kandidaten, da der Kandidat beim Parteivorstand benannt zu werden pflegt, der Parteivorstand aber seinerseits einer Wahl seine Stellung verdankt“ (W. Jellinek). Die tatsächlich fehlende unmittelbare Einflussnahme der Wählerschaft auf die Auswahl der Kandidaten hat in weitesten Kreisen des Volkes zu scharfer Kritik an dem geltenden Reichstagswahlrecht Anlass gegeben und verschiedene Reformvorschläge gezeitigt, welche darauf abzielen, den persönlichen Kontakt zwischen Wählern und Kandidaten wiederherzustellen.“

⁷¹ *Gerhard Anschütz*, Kommentar zur Weimarer Reichsverfassung, 14. Aufl., 1933, Art. 22 Anm. 4 Fußnote 3; *Rinck* (Fn. 36), S. 194.

für das ganze System, dass das Parlament wirklich unmittelbare demokratische Legitimation besitzt, seine Abgeordneten also tatsächlich vom Volk gewählt sind. Der ganze demokratische Staatsaufbau der Bundesrepublik Deutschland hängt von der Wahl des Parlaments und von ihrem demokratischen Wert ab. Angesichts dieser Schlüsselbedeutung der Parlamentswahlen ist es unverzichtbar, dass dem Volk möglichst weitgehender Einfluss auf die Zusammensetzung des Parlaments eröffnet wird und die Grundsätze der Unmittelbarkeit, Freiheit und Gleichheit wirklich ernst genommen werden. „Wahlen ohne Auswahl“ können dem Parlament schwerlich die ihm zugeordnete legitimierende Funktion für alle anderen Staatsgewalten vermitteln.

Wahlen stellen nicht nur einen Akt der Legitimation für die Zukunft, sondern auch einen Kontrollakt gegenüber der bisherigen Tätigkeit des Parlaments, seiner Parteien *und seiner Abgeordneten* dar. Das setzt, bezogen auf die Abgeordneten, auch ihre Rückbindung an den Volkswillen voraus. Daran fehlt es, wenn nicht das Volk die Entscheidung über die Wiederwahl trifft, sondern parteiinterne Gremien. Dann löst sich die grundgesetzlich gebotene Verantwortung der Abgeordneten gegenüber dem Volk auf. Auf das Wesentliche zugespitzt: Was das Volk von ihm hält, kann einem Abgeordneten gleichgültig sein, solange seine Partei ihn nur auf eine sichere Wiederwahlposition setzt.

V. Reform des Wahlrechts?

Bei der Verhältniswahl mit starren Listen, wie sie bei der Europawahl, in noch zugespitzter Form bei der Bundestagswahl, den meisten Landtagswahlen und einigen Kommunalwahlen besteht, entscheiden parteiinterne Gremien letztlich darüber, wer ins Parlament gelangt. Das hat zur Folge, dass die Nominierungsgremien und die informellen Vorentscheider für die Durchschnittskarriere von Politikern weit wichtiger sind als die Masse der Bürger. Für den kandidierenden Politiker besteht deswegen wenig Anreiz zur Verstärkung von Bürgerkontakten, viel Anreiz dagegen zum Ausbau der innerparteilichen Verbindungen. Die derzeitigen Spielregeln der Macht sind also einer Verstärkung der Bürgernähe der Parteipolitik und ihrer Träger alles andere als förderlich. Darin liegt meines Erachtens ein Grund für die vielfach beklagte Bürgerferne der politischen Klasse. Wer Abhilfe schaffen will, muss zuvörderst an der Wurzel ansetzen und das Wahlrecht reformieren.

In süddeutschen Kommunen haben die Wähler seit langem die Möglichkeit, ihre Stimme auf bestimmte Kandidaten zu häufeln und auch andere Kandidaten zu wählen. Die Möglichkeit des Kumulierens und Panaschierens ist inzwischen auch auf die Kommunalwahlen mehrerer anderer Länder erstreckt worden (oben I.4). Es liegt – aus verfassungsrechtlichen und aus demokratiepolitischen – Gründen nahe, flexible Listen nicht nur überall auf kommunaler Ebene, sondern auch auf die Bundes-, die Landes- und die Europaebene zu übernehmen, wie dies zum Beispiel auch der damalige Bundespräsident *Roman Herzog* in seiner Rede zum fünfzigsten Jahrestag der Bundesrepublik empfohlen hat⁷².

Herzog ist keineswegs der einzige, der die Abschaffung starrer Listen empfiehlt. Ähnliche Vorschläge machte bereits die Enquête-Kommission Verfassungsreform vor einem Vierteljahrhundert, und es gibt in jüngerer Zeit fast keinen

⁷² *Roman Herzog*, Fünfzig Jahre Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland, Bulletin der Bundesregierung 1999, 345 (347).

Wahlrechtsreformer, der derartiges nicht gefordert hätte. Selbst diejenigen, die das Wahlrecht für *verfassungsrechtlich* nicht anfechtbar halten, sehen *verfassungspolitisch* durchaus Reformbedarf. Auch viele Bundestagsparteien treten zumindest in ihren Programmen für die Abschaffung der starren Listen ein. Doch geschehen ist auf Bundes-, Landes- und Europaebene bisher noch nichts. Die machtpolitischen Widerstände sind einfach zu groß. Halbherzige Reformversuche pflegen von den Betroffenen ganzherzig niedergeschlagen zu werden.

Deshalb gibt es wohl nur zwei erfolgversprechende Wege, den gordischen Knoten zu durchhauen. Der eine Weg wäre ein Machtwort aus Karlsruhe durch ein Urteil, das das

derzeitige Wahlrecht für verfassungswidrig erklärt und damit die Reform erzwingt. Das Urteil würde das geltende Wahlrecht allerdings voraussichtlich nicht sofort für nichtig erklären, sondern erst nach Ablauf einer bestimmten Frist, so dass dem Gesetzgeber ausreichend Zeit für die Reform bliebe. Dadurch würde vermieden, dass mit einem Schlag allen Verfassungsorganen ihre demokratische Legitimation entzogen würde, auch dem Bundesverfassungsgericht selbst. Der andere Weg wäre die Volksgesetzgebung durch Volksbegehren und Volksentscheid, wie sie immerhin auf Landesebene, also für das Landtags- und Kommunalwahlrecht, jetzt schon möglich ist.
