

Prof. Dr. Hans Herbert von Arnim  
Im Oberkämmerer 26  
67346 Speyer  
Tel. 06232 98123

An das  
Bundesverfassungsgericht  
Zweiter Senat  
Schlossbezirk 3  
76131 Karlsruhe

**2 BvC 6/10**

**23.5.2011**

**Stellungnahme  
zum Schriftsatz des  
Deutschen Bundestages  
vom 2.5.2011**

**und**

**zu den Ausführungen der Sachverständigen  
in der mündlichen Verhandlung an 3.5.2011**

# Gliederung

## A. Vorbemerkungen

1. Unzumutbar späte Vorlage
2. Einseitige Heranziehung von Urteilen
  - a) Unvollständiges Zitieren von BVerfGE 95, 408
  - b) Einseitige Nennung der Landesverfassungsgerichte
3. Das Ausblenden elementarer Tatsachen und Zusammenhänge durch B.
  - a) Das Machtinteresse der Etablierten
  - b) Folgen der Sperrklausel: besondere Härte und Verfälschung der Wahlergebnisse
  - c) Weitere Folge: Ausschluss von den Ressourcen der Parteien in den Parlamenten
  - d) Bürgernähe durch Wettbewerb und Direktwahl der Abgeordneten

## B. Verfassungswidrigkeit der Fünf-Prozent-Klausel

### I. Strenge Gerichtskontrolle

1. Die neuere Rechtsprechung zur Fünf-Prozent-Klausel im Kommunalwahlrecht: Strenge Gerichtskontrolle
2. Der Versuch B.s, die Nicht-Anwendbarkeit der neueren Rechtsprechung auf die Sperrklausel im deutschen Europawahlrecht zu begründen
  - a) Entscheidung in eigener Sache
  - b) Kontrolldefizit
3. Die Rechtsprechung zum gleichen Wahlrecht
  - a) Überkommene Judikatur
  - b) Einbeziehung des Machtinteresses
  - c) Einbeziehung der Verhältnismäßigkeit
4. Art. 3 und Art. 8 Abs. 2 DWA: uneingeschränkte Geltung der deutschen Maßstäbe
5. Erst-recht-Geltung der Kommunalrechtsprechung für die Sperrklausel bei der Europawahl
6. Absichten von Bundestags- und Landtagswahlen
7. Ergebnis: Unhaltbarkeit von B.'s Thesen zur laxen Gerichtskontrolle

## **II. Angebliche Gründe für die Fünf-Prozent-Klausel**

1. Päpstlicher als der Papst? Verzicht der EU auf eine einheitliche Fünf-Prozent-Klausel
2. Zersplitterung
3. Rückkoppelung
  - a) Rückkoppelung mit Bundestagsparteien?
  - b) Rückkoppelung mit dem Volk
  - c) Demokratische Legitimation durch ungewählte Abgeordnete?
  - d) Ein Ablenkungsversuch
4. Angebliche Schwächung der deutschen Vertretung im Europäischen Parlament
  - a) Keine Stärkung durch ungewählte Abgeordnete
  - b) Zurückweisung des Schwächungsarguments durch BVerfGE 51, 222
  - c) EU-Wohl statt deutscher Interessen
5. Einseitige Interpretation

## **III. Zu den Sachverständigen und zum Bundeswahlleiter**

1. Prof. Hermann Schmitt
  - a) Bevormundung geboten?
  - b) Domino-Effekt?
  - c) Zum Ausschluss radikaler Parteien
2. Dr. Andreas Maurer

## **IV. Das krasse, selbst-bewilligte Ressourcenübergewicht der Etablierten**

## **V. Kleine Parteien und ihre Abgeordneten: Offenheit, Wettbewerb und Bürgernähe**

## **VI. Ergebnis: Keine zwingenden Gründe *für*, sondern eher *gegen* die Sperrklausel**

## **C. Verfassungswidrigkeit der starren Listen**

1. Machterhalt
2. Unmittelbare Wahl?
3. Freiheit der Wahl?
4. Gleichheit der Wählbarkeit?
5. Demokratieprinzip: Möglichkeit der Abwahl?

6. Von der verantwortlichen Parteienregierung zum verantwortlichen Abgeordneten
7. Bürgernähe durch Direktwahl der Abgeordneten
8. Ergebnis

**D. Konformität mit dem Europarecht**

**E. Rechtsfolgen**

Hiermit nehme ich zum Schriftsatz des Bevollmächtigten des Deutschen Bundestages, Herrn Prof. Dr. Bernd Grzeszick (im folgenden: B.), vom 2.5.2011 und zu den Ausführungen der Sachverständigen in der mündlichen Verhandlung vom 3.5.2011 Stellung.

## **A. Vorbemerkungen**

### **1. Unzumutbar späte Vorlage**

Der 36seitige Schriftsatz B. s wurde dem Bundesverfassungsgericht erst am Vortag der mündlichen Verhandlung zugestellt und den Beschwerdeführern unmittelbar vor der Verhandlung am 3.5.2011, 10 Uhr, ausgehändigt. Deshalb war eine Auseinandersetzung mit seinen - erst bei gründlicher Lektüre deutlich werdenden - Voraussetzungen und Folgerungen in der Verhandlung selbst nur eingeschränkt möglich.

Der Bundestag hat nicht nur die ihm vom Senat gesetzte Frist (15. November 2010) für eine Stellungnahme zu meiner Beschwerde, sondern auch danach viele Monate ungenutzt verstreichen lassen. Durch die späte Vorlage des Schriftsatzes hat er - auch wenn dies nicht beabsichtigt war - seine Argumentation einer fundierten Kritik in der mündlichen Verhandlung entzogen.

Die Beschwerdeführer haben deshalb die Möglichkeit erhalten, nachträglich zum Schriftsatz des Bundestags Stellung zu nehmen, ebenso zu den Ausführungen des Bundeswahlleiters und der Sachverständigen Prof. Dr. Hermann Schmitt und Dr. Andreas Maurer, deren Ausführungen mir in schriftlicher Form am 7. bzw. 20. Mai 2011 zugegangen sind.

### **2. Einseitige Heranziehung von Urteilen**

In seinem Anschreiben vom 2.5.2011 erklärt B. den Umstand, dass er seinen Schriftsatz "mit möglichst wenigen Nachweisen abgefasst" habe, mit dem "nahen Verhandlungstermin" am 3.5.2011. Tatsächlich hat B. beim Versuch, die anzuwendenden Beurteilungsmaßstäbe zu minimalisieren und Argumente für die Fünf-Prozent-Klausel und die starren Listen zu konstruieren, zentrale Gesichtspunkte ausgelassen sowie Urteile und Literatur einseitig und schief herangezogen, um die von ihm gewünschten Ergebnisse zu begründen.

a) Unvollständiges Zitieren von BVerfGE 95, 408

B. führt auf S. 6 seines Schriftsatzes die Entscheidung des Zweiten Senats vom 10.4.1997 (BVerfGE 95, 408 [420]) für seine Argumentation an. Bei der so genannten Grundmandatsklausel, die der Senat in dieser Entscheidung als verfassungsgemäß erkannte, handelt es sich aber um eine Regelung, die die Wirkung der Fünf-Prozent-Klausel im Interesse von stark regional verwurzelten Parteien abschwächt. Ihre Aufrechterhaltung durch den Senat stützt deshalb gerade umgekehrt die Linie der Beschwerdeführer im vorliegenden Fall. Denn auch sie üben Kritik an der Wirkung der Fünf-Prozent-Klausel.

Im Übrigen hat der Senat in jener Entscheidung betont, dass der Grundsatz der gleichen Wahl "wegen seines Zusammenhangs mit dem Demokratieprinzip im Sinne einer strengen und formalen Gleichheit zu verstehen" ist, so dass dem Gesetzgeber bei der Verhältniswahl "für Differenzierungen des Erfolgswerts der Wählerstimmen nur ein eng bemessener Spielraum verbleibt", und dies der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts entspricht (BVerfGE 95, 408 [417 f.]). Diese für den vorliegenden Fall relevante Aussage des Senats lässt B. unerwähnt. Sie wäre seiner Argumentation auch in die Quere gekommen. Denn seine Argumentation beruht, wie noch darzulegen ist, gerade auf der Unterdrückung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur strengen Gerichtskontrolle von gesetzlichen Wettbewerbsbeschränkungen.

#### b) Einseitige Nennung der Landesverfassungsgerichte

B. beruft sich weiter auf eine Entscheidung des Hamburger Verfassungsgerichts vom 30.9.1998, wonach der Gesetzgeber darüber befinden dürfe, "von welchem Wahrscheinlichkeitsgrad an er Funktionsstörungen in Betracht ziehen will." (DÖV 1999, 296 [296 ff.]). B. verschweigt aber, dass zahlreiche andere Landesverfassungsgerichte in meist jüngeren Entscheidungen genau zum gegenteiligen Ergebnis gelangen (so VerfGH Berlin, LKV 1998, 142; VerfGH Mecklenburg-Vorpommern, LKV 2001, 270; VerfGH Nordrhein-Westfalen, DVBl 2009, 250; Thüringer VerfGH, NVwZ-RR 2009, 1, und zuletzt zusammenfassend StGH Bremen in seinem Urteil vom 14. 5. 2009 zur Fünf-Prozent-Klausel in Bremerhaven, NJOZ 2009, 4325). Das Hamburger Urteil von 1998 ist also völlig überholt.

### **3. Das Ausblenden elementarer Tatsachen und Zusammenhänge durch B.**

Darüber hinaus lässt B. elementare Tatsachen und Zusammenhänge unbeachtet, deren Heranziehung für die Beurteilung der Fünf-Prozent-Klausel und der starren Listen unerlässlich ist.

#### **a) Das Machtinteresse der Etablierten**

Wahlrecht ist Machtrecht. Die größeren etablierten Parteien und ihre Abgeordneten haben ein Machtinteresse an der Schaffung und Aufrechterhaltung von Sperrklauseln und starren Listen im Wahlrecht, weil die Sperrklausel ihnen zusätzliche Mandate bringt und kleine und neue politische Konkurrenten niederhält, die ihnen politischen Einfluss, Mandate und alles, was damit verbunden ist, streitig machen. Die Beseitigung der starren Listen würde den Parteien ihr Personalmonopol nehmen und manchem Abgeordneten seine Wiederwahl etwas unsicherer machen. Das Machtinteresse, das bei Beurteilung von Sperrklauseln und starren Listen nicht übergangen werden darf, lässt B. außer Betracht.

#### **b) Folgen der Sperrklausel: besondere Härte und Verfälschung des Wahlergebnisses**

B. lässt auch die besonders großen Härten unerwähnt, welche die deutsche Fünf-Prozent-Klausel bei der Europawahl bewirkt. Denn hier ist die Zahl der betroffenen Stimmen besonders groß. Bei der Europawahl 2009 waren es 2,8 Millionen.

In Deutschland kann eine Partei an der Sperrklausel scheitern, selbst wenn sie eine Stimmenzahl erlangt hat, mit der in vier kleinen EU-Mitgliedstaaten alle Parteien zusammen 24 Abgeordnete nach Brüssel entsenden.

Die von der deutschen Sperrklausel erfassten Stimmen kommen - in Form einer Art negativen Stimmgewichts - auch noch ganz anderen Parteien und ihren Kandidaten zu Gute. Bei der Europawahl 2009 profitierten fünf etablierte Parteien; acht ihrer Kandidaten, welche ohne die - das Wahlergebnis verfälschende - Sperrklausel nicht ins Parlament gelangt wären, erlangten zusätzlich Mandate, obwohl sie in Wahrheit gar nicht gewählt waren.

Diese höchst misslichen Folgen der Sperrklausel erwähnt B. nicht und versucht schon gar nicht, sie zu rechtfertigen. Vielmehr suggeriert er nur

ganz allgemein, alle wahlrechtlichen Unterschiede zwischen den Mitgliedstaaten seien europarechtlich vorgegeben (S. 10-12 seines Schriftsatzes). In Wahrheit veranlasst die europarechtliche Vorgabe aber nur, das *geringere Gewicht* der Stimmen von Bürgern großer Staaten hinzunehmen (BVerfGE 123, 267 [371 - 377]). Diese Verdünnung des Stimmgewichts deutscher Wähler ist schlimm genug, beim derzeitigen Stand der europäischen Integration aber nicht zu vermeiden. Die deutsche Fünf-Prozent-Hürde bewirkt nun aber eine gewaltige *zusätzliche Härte*, indem sie den Millionen deutscher Wähler, die der Sperrklausel unterfallen, das Wahlrecht nicht nur mindert, sondern völlig *entzieht* und ihre Stimmen auch noch *anderen zu Gute* kommen lässt, welche die Wähler möglicherweise zutiefst ablehnen. Diese Effekte, die in die Beurteilung eingehen müssen, lässt B. ebenfalls außer Acht.

c) Weitere Folge: Ausschluss von den Ressourcen der Parteien im Parlament

Die Sperrklausel schließt die Betroffenen auch von den Hunderten von Millionen Euro aus, die sich die Parteien in den Parlamenten etwa an Fraktions- und Mitarbeitergeldern bewilligt haben und die ihnen große Vorteile im politischen Wettbewerb verschaffen. Auch das erwähnt B. nicht, obwohl es in die Abwägung eingehen muss.

d) Bürgernähe durch Wettbewerb und Direktwahl der Abgeordneten

Die positiven Effekte, die kleine Parteien sozusagen als Kartellbrecher bewirken, indem sie die Großen „auf Trab bringen“ und die Bürgernähe fördern, indem sie ein allzu weites Abheben der Politik von der Basis verhindern, erwähnt B. schon gar nicht. Ebenso wenig wird der Beitrag zur Bürgernähe der Politik erwähnt, zu dem die Beseitigung der starren Listen führen würde, weil die Wähler dann ihre Abgeordneten mitbestimmen könnten und sie nicht mehr von den Parteien vorgesetzt bekämen. Auch diese Faktoren dürfen bei Beurteilung der Sperrklausel nicht ausgeblendet bleiben.

## **B. Verfassungswidrigkeit der Fünf-Prozent-Klausel**

### **I. Strenge Gerichtskontrolle**

Gegenüber 1979, als das Bundesverfassungsgericht noch die Fünf-Prozent-Klausel bei der Europawahl für verfassungsmäßig erklärt hatte (BVerfGE 51, 222), hat sich ein deutlicher Wandel in der verfassungsgerichtlichen Beurteilung von Sperrklauseln ergeben, der in

einer Verschärfung der Beurteilungsgrundsätze und einer intensiveren gerichtlichen Kontrolle zum Ausdruck kommt. Das wurde in der Begründung meiner Beschwerde bereits näher dargelegt (S. 4-12 und 16-33).

Der Wandel drückt sich – schon auf den ersten Blick - darin aus, dass das Bundesverfassungsgericht 1979 - wie bereits 1952 (BVerfGE 1, 208 [256]) - noch davon ausgegangen war, "in aller Regel [sei] ein Quorum von fünf Prozent verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden". Nur für "eine Erhöhung des Quorums über fünf Prozent hinaus [... seien ...] besondere, zwingende Gründe" erforderlich (so BVerfGE 51, 222 [237] unter ausdrücklich in Bezug auf BVerfGE 1, 208 [256]). Dies ist heute überholt. Jetzt verlangen die Verfassungsgerichte nicht erst für Klauseln *über* fünf Prozent besondere, zwingende Gründe, sondern bereits für Klauseln von fünf Prozent und weniger.

Die Verschärfung der Maßstäbe bestätigt auch das Europarecht, dessen Art. 3 DWA Sperrklauseln über 5 Prozent, die das Bundesverfassungsgericht 1979 unter Umständen noch zulassen wollte, nun ausnahmslos untersagt.

Die verschärfte Gerichtskontrolle kommt vor allem in zwei Entwicklungssträngen zum Ausdruck: in der neueren Rechtsprechung zu den kommunalen Sperrklauseln und in der Fortentwicklung des Gleichheitssatzes.

### **1. Die neuere Rechtsprechung zur Fünf-Prozent-Klausel im Kommunalwahlrecht: Strenge Gerichtskontrolle**

Der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts hat bei Beurteilung der Fünf-Prozent-Klausel im Kommunalwahlrecht - auch unter Berufung auf die Rechtsprechung der Landesverfassungsgerichte (BVerfGE 120, 82 [110, 114 f., 116]) - die Kontrollintensität angehoben und den Spielraum des Gesetzgebers verringert. In seinem Urteil zur Fünf-Prozent-Klausel im Kommunalwahlrecht Schleswig-Holsteins vom 13. 2. 2008 nennt der Senat die typischen Probleme und Gefahren bei solchen gesetzgeberischen Entscheidungen:

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

Und weiter:

"Die im Landesparlament vertretenen Parteien könnten an der Fünf-Prozent-Sperrklausel festhalten, um die Konkurrenz durch kleinere Parteien und kommunale Wählergemeinschaften möglichst klein zu halten."

Der Senat leitet daraus - wie neuerdings die Verfassungsgerichte der Länder - die Notwendigkeit einer intensiven verfassungsgerichtlichen Kontrolle ab:

"Aus diesem Grund unterliegt auch die Ausgestaltung des Wahlrechts einer strikten verfassungsgerichtlichen Kontrolle." (Die drei Zitate entstammen BVerfGE 120, 82 [113]).

In Konsequenz des verschärften rechtlichen Maßstabs überprüft der Senat nun intensiv, ob wirklich zwingende Gründe die Sperrklausel erfordern. Deshalb dürfe

"der Gesetzgeber [...] nicht frei darüber befinden, von welchem Wahrscheinlichkeitsgrad an er Funktionsstörungen in Betracht ziehen will. Andernfalls würde eine gerichtliche Kontrolle gesetzgeberischer Prognoseentscheidungen, einschließlich deren tatsächlichen Grundlagen, unmöglich gemacht." (BVerfGE 120, 88 [113 f.]).

Damit wird die - vereinzelt gebliebene - Entscheidung des Hamburger Verfassungsgerichts von 1998, die B. anführt (siehe oben I 2 b), auch vom Bundesverfassungsgericht zurückgewiesen.

"Die allgemeine und abstrakte Behauptung, durch den Wegfall der Fünf-Prozent-Sperrklausel werde der Einzug kleinerer Parteien und Wählergemeinschaften in die kommunalen Vertretungsorgane erleichtert und dadurch die Willensbildung in diesen Organen erschwert" [die die Rechtsprechung früher hat ausreichen lassen], genügt nicht mehr. "Nur die mit einiger Wahrscheinlichkeit zu erwartende Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der kommunalen Vertretungsorgane kann die Fünf-Prozent-Sperrklausel rechtfertigen." (BVerfGE 120, 82 [114]).

Das bloße Zersplitterungsargument, dass also bei Wegfall der Sperrklausel mehr Parteien ins Parlament kommen, reicht definitiv nicht mehr, selbst wenn klar ist, dass

"Mehrheitsbildung und Beschlussfassung aus diesem Grund erschwert werden." Zwar könnten Beschlüsse "umso leichter gefasst werden, je weniger Fraktionen aufeinander treffen und je weniger Standpunkte verarbeitet werden müssen." Andererseits reiche „die bloße

'Erleichterung' oder 'Vereinfachung' der Beschlussfassung nicht aus, um den mit der Fünf-Prozent-Sperrklausel verbundenen Eingriff in die Wahlgleichheit und die Chancengleichheit der politischen Parteien zu rechtfertigen." Denn Demokratie setze "das Aufeinandertreffen verschiedener Positionen und das Finden von Kompromissen voraus."(BVerfGE 120, 82 [114]).

Nachdrücklich hatte der Senat schon in seinem Urteil vom 26. 10. 2004 betont, "der im Mehrparteiensystem angelegte politische Wettbewerb [solle gerade] Unterschiede hervorbringen - je nach Zuspruch der Bürger." (BVerfGE 111, 382 [398]). Kleine Parteien seien grundsätzlich nicht negativ als Störfaktor zu betrachten, sondern positiv als Ergebnis der Offenheit des politischen Prozesses. Offenheit und Aufrechterhaltung des Wettbewerbs seien zentrale Grundsätze der Demokratie, welche "einer Erstarrung des Parteiwesens" vorbeugen, "die Lernfähigkeit des politischen Systems" stärken und "die etablierten Parteien zu einer Rückkoppelung mit dem Volk" zwingen. Die Versuchung der Etablierten, kleinere Parteien "für Zwecke des Schutzes vor Konkurrenz" auszusperrten, berge "die Gefahr eines Verlusts der politischen Vielfalt und damit eine Einschränkung des Parteienwettbewerbs." (BVerfGE 111, 382 [404 f.]).

Es schade deshalb nicht, wie der Bremer Staatsgerichtshof - ausdrücklich im Anschluss an das Karlsruher Urteil vom 13. 2. 2008 - die neuere strenge Rechtsprechung zusammenfasst, dass die Volksvertretung "politisch bunter" werde (BremStGH, NJOZ 2009, 4325, Rn 69). Vielmehr sei eine an den konkreten Verhältnissen der jeweiligen Volksvertretung ausgerichtete "Realanalyse" durchzuführen (Rn 60), aus der sich mit "einer die Intensität der Einschränkung der Wahlrechtsgleichheit und Chancengleichheit der Parteien in Rechnung stellenden hinreichenden Wahrscheinlichkeit" ergebe, dass die Funktionsfähigkeit des Parlaments ernsthaft gefährdet sei (Rn 52)].

Schließlich betont der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts die Pflicht, Sperrklauseln beim Wegfall der ursprünglichen Geschäftsgrundlage zu überprüfen. Der Gesetzgeber sei verpflichtet,

"eine die Wahlgleichheit und Chancengleichheit berührende Norm des Wahlrechts zu überprüfen und gegebenenfalls zu ändern, wenn die verfassungsrechtliche Rechtfertigung dieser Norm durch neue Entwicklungen in Frage gestellt wird, etwa durch eine Änderung der vom Gesetzgeber vorausgesetzten tatsächlichen oder normativen Grundlagen oder dadurch, dass sich die beim Erlass der Norm

hinsichtlich ihrer Auswirkungen angestellte Prognose als irrig erwiesen hat." (BVerfGE 120, 82 [108]).

Wie die Nachprüfung durch die Landesparlamente selbst und durch die Rechtsprechung ergab, konnte den gewandelten tatsächlichen Verhältnissen und den verschärften normativen Anforderungen in keinem Bundesland entsprochen werden, zumal ja auch Bayern, Baden-Württemberg und Niedersachsen seit Jahrzehnten ohne Sperrklausel auskommen, ohne dass ernsthafte Probleme bekannt geworden wären. Deshalb wurden die Sperrklauseln inzwischen flächendeckend beseitigt.

## **2. Der Versuch B. s, die Nicht-Anwendbarkeit der neueren Rechtsprechung auf die Sperrklausel im deutschen Europawahlrecht zu begründen**

B. erwähnt zwar die Entscheidung des Senats vom 13.2.2008 zur kommunalen Fünf-Prozent-Klausel, versucht aber zu belegen, dass die dieser Entscheidung zu Grunde liegenden Beurteilungsmaßstäbe auf die Fünf-Prozent-Klausel bei der deutschen Europawahl nicht anzuwenden seien. Dies ist für B. in der Tat eine Schlüsselfrage. Denn bei strenger Gerichtskontrolle – das ist ihm wohl auch selbst von vornherein klar – reichen die Gründe, die er im weiteren Verlauf seiner Ausführungen vorträgt, nicht aus, um die Sperrklausel aufrechtzuerhalten. Darin liegt auch die Erklärung für die z. T. merkwürdig gewunden anmutenden und im Ergebnis untauglichen Versuche des B., eine strenge Gerichtskontrolle wegzuargumentieren. Zu diesem Zweck stellt B. eine Reihe von Überlegungen an.

### **a) Entscheidung in eigener Sache**

B. greift auf das Thema Abgeordnetendiäten zurück, obwohl es darum im vorliegenden Verfahren gar nicht geht. Damit verfolgt er den Zweck, den Begriff "Entscheidung des Parlaments in eigener Sache", bei dessen Vorliegen eine Anhebung der Intensität der gerichtlichen Kontrolle seiner Auffassung nach allein in Betracht komme, extrem eng auszulegen und ihn auf Entscheidungen des Gesetzgebers über die Höhe der Abgeordnetenentschädigung zu beschränken. Mit einer derart engen Definition bezweckt B., Entscheidungen des Bundestags über das Europawahlrecht nicht mehr darunter fallen zu lassen. Und so folgert B., eine Entscheidung des Bundestags über die Sperrklausel im deutschen Europawahlrecht betreffe die Bundestagsabgeordneten - anders als Entscheidungen über Diätenerhöhungen - nicht "unmittelbar in ihrem rechtlichen Status", weshalb kein "hinreichend manifester Anreiz zum Missbrauch" bestehe. (S. 9 des Schriftsatzes von B.).

Da der Zweite Senat in seinem Urteil über die Fünfprozentklausel in schleswig-holsteinischen Kommunen aber erklärtermaßen eine Verschärfung der Kontrollintensität vornahm, obwohl auch die Mitglieder des Landtags von Schleswig-Holstein durch die kommunale Sperrklausel keineswegs unmittelbar in ihrem rechtlichen Status betroffen waren, versucht B., einen Unterschied zwischen beiden Fallgruppen zu konstruieren: Landtagsabgeordnete könnten gleichzeitig einer kommunalen Vertretung angehören, und in dieser Eigenschaft könne sich die kommunale Sperrklausel "unmittelbar auf den rechtlichen Status des Landesparlamentariers auswirken." (S. 9). Dagegen könne ein Bundestagsabgeordneter wegen der Unvereinbarkeitsvorschrift des Art. 7 Abs. 2 DWA nicht gleichzeitig Europaabgeordneter sein.

Doch diese Argumentation sticht nicht: Der Senat hat bei seiner Entscheidung zum Kommunalwahlrecht mit keinem Wort auf eine mögliche Mitgliedschaft von Landtagsabgeordneten in den Kommunalvertretungen abgehoben, weder direkt noch indirekt, und das mit vollem Recht. Die Mitgliedschaft in einer kommunalen Vertretung ist mitnichten Voraussetzung für ein Landtagsmandat. Viele Landesabgeordnete gehören denn auch keiner kommunalen Vertretung an. Ob Landtagsabgeordnete gleichzeitig einer kommunalen Vertretung angehören können, hat – entgegen B.'s Auffassung - mit ihrem rechtlichen Status als Landesparlamentarier nichts zu tun, schon gar nicht betrifft es diesen "unmittelbar".

Im Übrigen ist es offensichtlich, dass die Parteien und ihre Abgeordneten sowohl im Landtag in Bezug auf Kommunalwahlen als auch im Bundestag in Bezug auf Europawahlen ein Machtinteresse daran haben, kleine Parteien auszusperrten, sowohl von den kommunalen Volksvertretungen als auch vom Europäischen Parlament - ein Tatbestand, den noch so rabulistische Konstruktionen nicht aus der Welt zu schaffen vermögen und der die Versuchung birgt, die Regeln des Machterwerbs im eigenen Interesse zu gestalten. Diese Erkenntnis gebietet eine strenge Gerichtskontrolle und trägt letztlich die neuere verfassungsgerichtliche Rechtsprechung zu Sperrklauseln.

#### b) Kontrolldefizit

B. behauptet weiter, es bestehe kein Kontrolldefizit, welches "eine Anhebung der Prüfungsintensität in Bezug auf das Wahlrecht wegen fehlender späterer rechtsstaatlicher Kontrolle rechtfertigen könnte." Denn das Wahlprüfungsverfahren könne "auch von einzelnen Wahlberechtigten betrieben werden." (S. 8 f.).

Auch diese Argumentation sticht nicht. Denn es geht nicht um die Frage des prozessualen Zugangs zum Gericht, sondern darum, wie intensiv ein zulässigerweise angerufenes Gericht zu prüfen hat. Träfe B' s Auffassung zu, müsste das Gericht dann intensiver kontrollieren, wenn es nicht oder nur schwer angerufen werden könnte. Dann könnte es zu inhaltlich unterschiedlicher Kontrollintensität und damit zu inhaltlich unterschiedlichen Entscheidungen in derselben Rechtsfrage kommen, je nach leichter oder schwerer Zugänglichkeit zum Gericht. Das erscheint unhaltbar. Im Übrigen: Wenn das Gericht nicht angerufen werden kann, wäre auch eine intensive Gerichtskontrolle nichts wert. B. vermischt in unzulässiger Weise zwei verschiedene Fragen miteinander: die prozessuale Frage, ob und wie das Gericht angerufen werden kann, und die den Inhalt der Entscheidung betreffende Frage, wie intensiv es zu kontrollieren hat.

Anders gewendet: Das Machtinteresse des Bundestags an der Aufrechterhaltung der Sperrklausel begründet besonderen Kontrollbedarf, welchem durch eine intensive Prüfung seitens des Gerichts entsprochen wird. Dagegen argumentiert B., durch die Möglichkeit einer gerichtlichen Kontrolle werde der Kontrollbedarf beseitigt, weshalb keine strenge gerichtliche Kontrolle erforderlich sei. Es ist aber nicht ersichtlich, wie der Kontrollbedarf durch eine laxen Gerichtskontrolle befriedigt werden könnte. Sie wäre im Gegenteil geeignet, den Gesetzgeber erst recht zur Ausschöpfung der in eigener Sache möglichen Manipulationen zu veranlassen.

B.'s Argumentation leidet an zwei elementaren Mängeln, von denen jeder allein ausreicht, seine Folgerungen zu widerlegen. *Erstens* beruht B's Verständnis problematischer Entscheidungen des Parlaments in eigener Sache, wie dargelegt, auf einem gekünstelt engen Begriff. B. hängt alles am Begriff der Entscheidung des Bundestags in eigener Sache auf, definiert diesen Begriff aber viel zu eng, so dass er angeblich nicht mehr auf die Sperrklausel bei der Europawahl passt, und glaubt, daraus auf eine laxen gerichtliche Kontrolle schließen zu können: Da die Entscheidung des Bundestags über die Sperrklausel im Europawahlrecht "keine Entscheidung in eigener Sache im engeren, verfassungsrechtsdogmatisch relevanten Sinn" sei, komme auch keine intensive Kontrolle durch das Bundesverfassungsgericht in Betracht (S. 9). *Zweitens* bedarf es bei der Beurteilung der Fünf-Prozent-Klausel in Europawahlrecht der Konstruktion einer Entscheidung in eigener Sache gar nicht unbedingt, mag man den Begriff nun eng oder weit verstehen.

### 3. Die Rechtsprechung zum gleichen Wahlrecht

## a) Überkommene Judikatur

Gerade das Wahlrecht ist nämlich diejenige Materie, für die das Bundesverfassungsgericht zuerst die Gültigkeit der formalen Gleichheit entwickelt hat, die später auch strikte Gleichheit genannt wurde und die zu einem grundsätzlichen Differenzierungsverbot führt, dessen Durchbrechung nur durch einen besonders zwingenden Grund zu rechtfertigen ist. Das Recht der Bürger auf Wahlgleichheit und der Parteien auf Chancengleichheit zieht so dem Ermessen des Gesetzgebers besonders enge Grenzen. Das Gericht hat diese Rechtsprechung (siehe statt vieler die oben unter A 2 a angeführte Passage in BVerfGE 95, 408 [417 f.] sowie BVerfGE 85, 264 [297 ff.]; BVerfGE 111, 382 [398]) begründet (Überblick bei von Arnim, Der strenge und der formale Gleichheitssatz, DÖV 1984, 85), unabhängig davon, dass das Bundesverfassungsgericht dann später in Sachen Diäten (BVerfGE 40, 296 [327]) und jetzt auch hinsichtlich des Wahlrechts (BVerfGE 120, 82 [105]) ausdrücklich von Entscheidungen des Parlaments bzw. der jeweiligen parlamentarischen Mehrheit in eigener Sache sprach.

## b) Einbeziehung des Machtinteresses

Neuerdings scheut sich das Gericht auch nicht mehr, offen auszusprechen, dass bei Entscheidungen über Wahlen, bei welchen die Sperrklausel bestimmte Parteien und Wählergemeinschaften aussperrt, regelmäßig massive machtpolitische Interessen der Etablierten im Spiel sind (oben A 3 a), die eine strenge Gerichtskontrolle nötig machen, unabhängig davon, ob man dies als Entscheidung in eigener Sache in irgend einem dogmatischen Sinne bezeichnet oder nicht.

Das Bundesverfassungsgericht und die Landesverfassungsgerichte stellen nun das Machtinteresse der Etablierten an der Aufrechterhaltung von Sperrklauseln, das - zur Sicherung der politischen Gleichheit der Bürger und der Chancengleichheit der Parteien - eine intensive Gerichtskontrolle verlangt, mit in Rechnung. Es geht um die gerichtliche Kontrolle von Vorschriften, welche die Politikwissenschaft treffend als "Regeln des Machterwerbs" bezeichnet (Rudolf Wildenmann, in: ders., Gutachten zur Frage der Subventionierung politischer Parteien aus öffentlichen Mitteln, 1968, 70 ff.; Michael Greven, in: Niedermayer/Stöss (Hg.), Stand und Perspektiven der Parteienforschung in Deutschland, 1993, 277 [290]) und die das Bundesverfassungsgericht und viele Staatsrechtslehrer zum Staatsrecht im materiellen Sinne rechnen (BVerfGE 20, 56 [114]; Brun-Otto Bryde, Verfassungsentwicklung, 1982,

59 ff. Siehe jüngst auch Ernst Gottfried Mahrenholz, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 18.5.2011, S. 29: „Wahlrecht ist auch Machtrecht.“)

Danach ist es unerheblich, ob es sich im vorliegenden Fall um eine Entscheidung des Bundestags in eigener Sache handelt, zumal in dem überaus engen Sinn des B. Vielmehr geht es darum, dafür zu sorgen, dass die Regeln des Wettbewerbs, bei denen die Versuchung der Etablierten, die Regeln in ihrem Machtinteresse und zu Lasten kleiner und neu aufkommende Konkurrenten und damit der Offenheit des politischen Prozesses zu manipulieren, stets besonders groß ist, dennoch fair ausgestaltet bleiben. Dabei geht es auch darum, die Versuche der Etablierten, an der Sperrklausel festzuhalten und zu diesem Zweck auch fadenscheinige Sachgründe vorzubringen, zu durchschauen. Bei der Beurteilung von Sperrklauseln schlagen diese Erkenntnisse in der Rechtsprechung neuerdings stärker durch und verlangen eine intensivere Kontrolle.

#### c) Einbeziehung der Verhältnismäßigkeit

Die neuere Rechtsprechung zieht, wenn es wie im Wahlrecht um strenge Gleichheitsgebote geht, auch das Verhältnisprinzip mit heran. Es reicht dann nicht mehr aus, dass ein besonders zwingender Grund für die Ungleichbehandlung vorliegt. Zusätzlich müssen auch das Gewicht und die Folgen der Gleichheitsbeeinträchtigung herangezogen und mit den vorgebrachten Gemeinwohlgründen abgewogen werden (BVerfGE 101, 275 (290 f.); 113, 167 (214 f.); dazu Hanno Kube, Rechtliche Gleichheit und tatsächliche Verschiedenheit, in: Mellinghoff/Palm (Hg.), Gleichheit im Verfassungsrecht, 2008, 23 (33)). Die Strenge der Kontrolle wird damit auch zu einer Funktion der Eingriffsintensität: Je intensiver der Eingriff in die Gleichheit ist, desto strenger muss auch das Verfassungsgericht kontrollieren. Berücksichtigt man die unerhörte politische und finanzielle Härte, die Verfälschung des Wahlergebnisses und die Einschränkung der Offenheit des politischen Prozesses, die die Fünf-Prozent-Klausel im Europawahlrecht bewirkt (siehe oben A 3), ist eine um so strengere Gerichtskontrolle angezeigt.

#### 4. Art. 3 und Art. 8 Abs. 2 DWA: uneingeschränkte Geltung der deutschen Maßstäbe

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus Art. 3 DWA. Er setzt eine Obergrenze für Sperrklauseln, berührt in ihrem Rahmen die Bindung des deutschen Wahlgesetzgebers an das Grundgesetz aber nicht. Die uneingeschränkte Bindung des deutschen Gesetzgebers an das

deutsche Verfassungsrecht wird auch durch Art. 8 Abs. 2 DWA bestätigt, wonach die innerstaatlichen Vorschriften "den Besonderheiten in den Mitgliedstaaten Rechnung tragen können", die Geltung des nationalen Verfassungsrechts also nicht berührt wird, solange es das in Art. 1 DWA vorgeschriebene Verhältniswahlsystem nicht in Frage stellt.

In Art. 1 Abs. 3 DWA und Art. 14 Abs. 3 EUV Lissabon, die eine allgemeine, unmittelbare, freie und geheime Wahl vorschreiben, fehlt zwar das Gebot der Gleichheit der Wahl. Das geschieht aber lediglich, um das unterschiedliche Stimmengewicht der Wähler in großen und kleinen Mitgliedstaaten nicht europarechtswidrig zu machen. Dagegen wird – entgegen B.'s Andeutungen (S. 10 unten) - dadurch die Geltung der politischen Gleichheit *unter deutschen Wählern* keineswegs beseitigt oder auch nur eingeschränkt.

#### 5. Erst-recht-Geltung der Kommunal-Rechtsprechung für die Sperrklausel bei der Europawahl

Bei der Europawahl ist die Härte für die kleinen Parteien sowie ihre Wähler und Kandidaten – angesichts der ohnehin schon bestehenden Benachteiligung deutscher Bürger gegenüber den Bürgern anderer Staaten - besonders groß und größer als bei der Kommunalwahl. Zudem sind auch die Ressourcen, von denen die Kleinen ausgesperrt werden, bei der Europawahl sehr viel größer. Schon deshalb muss die Rechtsprechung zur kommunalen Sperrklausel auf die deutsche Fünf-Prozent-Klausel erst recht angewendet werden.

#### 6. Abschichtung von Bundestags- und Landtagswahlen

Der Senat hat in seiner Entscheidung zur Fünf-Prozent-Klausel im schleswig-holsteinischen Kommunalwahlrecht den Unterschied zwischen Kommunalwahlen einerseits und Bundes- und Landtagswahlen andererseits betont (BVerfGE 120, 82 (110 ff.)). Bei letzteren liegen besondere Gründe für die Sperrklausel vor. So besteht die Gefahr, dass die gesetzgebenden Körperschaften „nicht mehr in der Lage“ sind, „eine politisch aktionsfähige Regierung zu schaffen .... Die umfangreiche Gesetzgebungsarbeit“ erfordert „in besonderem Maß ein Zusammenwirken von Regierung und Parlament. Die Regierung“ muss „möglichst fortlaufend durch das Vertrauen der Mehrheit des Parlaments unterstützt werden, um bei Verabschiedung von dringlichen Gesetzen nicht ständig Gefahr zu laufen, ihre Gefolgschaft zu verlieren.“ (BVerfGE 120, 82 (111)).

Alle diese Gefahren bestehen im Europäischen Parlament nicht. Das Europäische Parlament wählt – im Gegensatz zum Bundestag und zu den Landtagen – keine Regierung, die auf das fortdauernde Vertrauen der Parlamentsmehrheit angewiesen wäre. Dies ähnelt der Situation in den Kommunen, wo der Bürgermeister und der Landrat seit der Einführung ihrer Direktwahl in deutschen Flächenländern ebenfalls nicht mehr von der Volksvertretung, dem Stadt- bzw. Gemeinderat oder Kreistag, gewählt werden und die Rechtsprechung den Sperrklauseln ihre Berechtigung abgesprochen hat. Hinzu kommt, wie das Bundesverfassungsgericht im Lissabonurteil hervorhebt, dass sich im Europäischen Parlament keine Regierungs- und Oppositionsfractionen gegenüberstehen und deshalb die Wähler auch keine Richtungsentscheidungen treffen, die durch kleine Parlamentsparteien erschwert werden könnten. Anders als bei Bundes- und Landtagswahlen bestehen keine tiefgreifenden Gründe, die Rechtsprechung zu den kommunalen Fünf-Prozent-Klauseln nicht auch auf die Sperrklausel bei Europawahlen zu übertragen. Im Übrigen ist die Anwendung der verschärften Beurteilungsgrundsätze, wie unter 3 dargelegt, gar nicht auf die Rechtsprechung zu den kommunalen Sperrklauseln angewiesen.

## 7. Ergebnis: Unhaltbarkeit von B.'s Thesen zur laxen Gerichtskontrolle

Nach alledem ist die Unhaltbarkeit der These von B., der Senat habe lediglich eine laxer Kontrolle vorzunehmen, erwiesen. B. kann seine These nur dadurch zu begründen versuchen, dass er wichtige Sachverhalte und neuere rechtliche Entwicklungen außer Betracht lässt. *Faktisch* ignoriert B. das Machtinteresse der Etablierten beim Festhalten des Gesetzgebers an Sperrklauseln und die unerhörte Härte, die die Klausel im deutschen Europawahlrecht für die Betroffenen bedeutet und die sonstigen Folgen, die sie nach sich zieht. *Rechtlich* verkennt er die Rechtsprechung zur formalen bzw. strengen Wahlgleichheit und die neuere, die Prüfung verschärfende Heranziehung des Verhältnismäßigkeitsprinzips. Bezieht man diese neuerdings erkannten faktischen Entwicklungen mit ein und wendet die verschärften rechtlichen Maßstäbe an, so ist eine strenge gerichtliche Kontrolle der Fünf-Prozent-Klausel unausweichlich. Die Sperrklausel könnte also höchstens durch fundamental wichtige Gründe aufrechterhalten werden, die aber, wie zu zeigen ist, nicht vorliegen. Im Gegenteil. Per Saldo sprechen sehr viel gewichtigere Gründe dafür, die Klausel aufzuheben.

## II. Angebliche Gründe für die Fünf-Prozent-Klausel

### 1. Päpstlicher als der Papst? Verzicht der EU auf eine einheitliche Fünf-Prozent-Klausel

Die EU ist hinsichtlich der Beurteilung der Auswirkungen von Sperrklauseln auf die Funktionsfähigkeit des Europäischen Parlaments sehr viel *sachnäher* als der deutsche Gesetzgeber, was auch B. einräumt (S. 10). B. verkennt aber, dass Art. 3 DWA gerade keine Sperrklausel für erforderlich hält, um die Funktionsfähigkeit des Europäischen Parlaments nicht zu gefährden. Das Europäische Parlament hätte ja auch selbst gemäß Art. 223 AEUV die Möglichkeit, ein Wahlrecht mit einheitlicher Fünf-Prozent-Klausel zu initiieren, hat davon aber keinen Gebrauch gemacht. Warum soll nun aber Deutschland eine Sperrklausel durchsetzen, die die sehr viel sachnäheren Instanzen der EU offenbar nicht für erforderlich halten? Mit anderen Worten: Warum soll Deutschland, was die Notwendigkeit einer Sperrklausel anlangt, „päpstlicher sein als der Papst“? Damit geraten sämtliche auf das Funktionieren des Europäischen Parlaments bezogenen Gründe, die B. zur Rechtfertigung der Sperrklausel vorbringt, von vornherein in ein zweifelhaftes Licht.

### 2. Zersplitterung?

B. stützt sich bei dem Versuch, rechtfertigende Gründe für die durch die Sperrklausel bewirkte krasse Ungleichheit zu konstruieren, auf die angebliche Erschwerung der Beschlussfassung im Europäischen Parlament und seinen Gremien, zu der ein größerer Anteil von "Splitterparteien" führe (S. 12 f., 14, 15,16).

Abgesehen davon, dass der Sachverständige Prof. Schmitt dargelegt hat, dass der Wegfall der deutschen Sperrklausel keine nachteiligen Auswirkungen auf das Funktionieren des Europäischen Parlaments hätte, reicht das Zersplitterungsargument nach neuerer Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und der Landesverfassungsgerichte aber definitiv nicht mehr aus, um die Fünf-Prozent-Klausel zu rechtfertigen (siehe oben I 1). Das sieht B. offenbar auch selbst, weshalb er sich - allerdings erfolglos - bemüht hatte, eine strenge Gerichtskontrolle wegzuarargumentieren (siehe oben I 2).

### 3. Rückkoppelung

Weiter versucht B., rechtfertigende Gründe für die Sperrklausel aus dem Erfordernis einer Anbindung der Europaabgeordneten "an den

Mitgliedstaat, aus dessen Kontingent sie gewählt werden", zu gewinnen, "um die nötige demokratische Legitimation der EU sicherzustellen." (S. 20). Dem mag man zwar noch zustimmen.

a) Rückkoppelung mit Bundestagsparteien?

Doch hebt B. dabei nicht etwa auf die Bürger ab, welche die Abgeordneten wählen und ihnen dadurch demokratische Legitimation verschaffen, sondern auf die im *Bundestag* vertretenen Parteien, so als ginge es primär um die Rückkoppelung mit ihnen. Dass die Sperrklausel durch eine solche Form der Rückkoppelung, welche die nicht im Bundestag vertretenen Parteien natürlich nicht leisten können, gerechtfertigt werden könnte, leuchtet schon aus folgenden Gründen nicht ein:

- Wie B. selbst einräumt (S. 27), können auch Parteien, die nicht im Bundestag vertreten sind, trotz der Sperrklausel ins Europäische Parlament kommen, wie zum Beispiel die Republikaner 1989 und die westdeutschen Grünen, die 1990 den Einzug in den Bundestag verpassten.

- Umgekehrt können unter der deutschen Fünf-Prozent-Klausel nicht nur Parteien leiden, die nicht im Bundestag vertreten sind. Zum Beispiel kamen 1994 die FDP und die heutige Linke nicht ins Europäische Parlament, die FDP darüber hinaus auch 1984 und 1999 nicht. Beide Parteien waren während der ganzen Zeit aber im Bundestag vertreten. Schon das zeigt, dass die Frage der Vertretung einer Partei im Bundestag schwerlich das entscheidende Kriterium für die Beurteilung der Sperrklausel bei der Europawahl sein kann.

- Schließlich ist auch die interparlamentarische Zusammenarbeit zwischen den nationalen Parlamenten und mit dem Europäischen Parlament, zu der die nationalen Parlamente gemäß Art. 12 Buchst. f EUV beitragen, schon bisher keineswegs so ausgestaltet, dass daran alle Bundestags-Parteien und alle deutschen Parteien im Europäischen Parlaments teilnehmen. Die Zusammenarbeit vollzieht sich vor allem im Rahmen der Konferenz der Europa-Ausschüsse der Parlamente (einschließlich des Europäischen Parlaments). Der Konferenz gehören jeweils maximal sechs Abgeordnete aus jedem Mitgliedstaat sowie sechs Abgeordnete des Europäischen Parlaments an, wobei sich im Falle Deutschlands der Bundestag und der Bundesrat die sechs Sitze im Verhältnis 4:2 teilen (Geiger/Khan/Kotzur, EUV/AEUV, Kommentar, 5. Auflage, 2010, Art. 12 EUV, Rn 9). Wenn aber jetzt schon weder alle Bundestagsparteien noch alle deutschen Parteien im Europäischen

Parlament daran teilnehmen können, kann es - entgegen den Ausführungen von B. (S. 23) - nicht schaden, wenn sich deren Zahl auf europäischer Ebene erhöht.

#### b) Rückkoppelung mit dem Volk

Vor allem aber wird die demokratische Legitimation doch primär durch die Rückkoppelung der Abgeordneten und ihrer Parteien und Wählergemeinschaften mit dem Volk, mit den Wählern und *Bürgern* hergestellt. Schließlich werden die Abgeordneten von den Bürgern, wie es in Art. 14 Abs. 3 EUV heißt, "in allgemeiner, unmittelbarer, freier und geheimer Wahlen für eine Amtszeit von fünf Jahren" gewählt, vertreten die Bürger im Europäischen Parlament (Art. 10 Abs. 2 S. 1 und Art. 14 Abs. 2 S. 1 EUV) und haben den Bürgern politisch Rechenschaft zu geben.

#### c) Demokratische Legitimation durch ungewählte Abgeordnete?

Hier kommt wieder die Sperrklausel ins Spiel, allerdings nicht in dem von B. behaupteten Sinne, dass sie die demokratische Legitimation etwa erhöhte; vielmehr verringert sie die Legitimation: *Ungewählte* Abgeordnete, die lediglich aufgrund der Sperrklausel ins Europäische Parlament kommen, können schwerlich demokratische Legitimation für sich in Anspruch nehmen. Dasselbe gilt insoweit für ihre Parteien. Die demokratische Legitimation des Parlaments ist deshalb ohne Sperrklausel in Wahrheit deutlich höher.

#### d) Ein Ablenkungsversuch

B. versucht nun, die Notwendigkeit einer auf die Bürger bezogenen demokratischen Rückkoppelung zu verdunkeln. Dazu beruft er sich auf die Feststellung des Senats im Lissabonurteil, das Europäische Parlament sei "kein Repräsentationsorgan eines souveränen europäischen Volkes" (BVerfGE 123, 267 [372]) (S. 21, 28).

Doch die Feststellung, das Europäische Parlament repräsentiere kein gesamteuropäisches Volk, steht der Feststellung, dass die Repräsentation sich auf die Wähler bezieht und nicht auf die politische Klasse im Bundestag, mitnichten entgegen. Wenn es in Art. 14 Abs. 2 S. 1 EUV Lissabon heißt, das Europäische Parlament setze "sich aus Vertretern der Unionsbürgerinnen und Unionsbürger zusammen", und in Art. 10 Abs. 2 S. 1 EUV Lissabon, die Bürgerinnen und Bürger seien "auf Unionsebene unmittelbar im Europäischen Parlament vertreten", so bedeutet dies - im Lichte der Interpretation des

Bundesverfassungsgerichts - , dass das von B. betonte Rückkoppelungsverhältnis der deutschen Mitglieder des Europäischen Parlaments sich primär auf die Wähler und nicht auf die politische Klasse im Bundestag zu beziehen hat. Damit tritt die Frage, ob deutsche Europaabgeordnete parteilich gleich gesinnte Ansprechpartner im Bundestag haben, in ihrer normativen Relevanz völlig zurück.

Andernfalls gelangte man zu dem Ergebnis, dass die Fünf-Prozent-Klausel bei der Europawahl an die Klausel bei der Bundestagswahl gekoppelt wäre und das Verfassungsgericht sie wegen Verfassungswidrigkeit nur aufheben könnte, wenn auch die Bundestags-Sperrklausel verfassungswidrig wäre. Das aber erscheint schon deshalb abwegig, weil, wie B. an anderer Stelle (S. 26 f.) selbst einräumt, dass die Sperrklausel bei der Europawahl sehr viel weniger gerechtfertigt ist als bei deutschen Bundestags- und Landtagswahlen.

#### 4. Angebliche Schwächung der deutschen Vertretung im Europäischen Parlament

##### a) Keine Stärkung durch ungewählte Abgeordnete

B. behauptet weiter, die deutsche Vertretung im Europäischen Parlament werde geschwächt, wenn auch Abgeordnete kleinerer Parteien ins Europäische Parlament kommen. Das wäre aber nur dann der Fall, wenn die von der Sperrklausel erfassten Stimmen lediglich unter den Tisch fielen, also nicht den anderen Parteien und Abgeordneten zugute kämen, das deutsche Kontingent also um die in Wahrheit gar nicht gewählten Abgeordneten verringert würde; dann wären nach der Europawahl von 2009 statt 99 nur 91 deutsche Abgeordnete nach Brüssel entsandt worden und folglich der Einfluss Deutschlands entsprechend geringer. Doch das kann nicht geschehen, weil die Größe des deutschen Kontingents europarechtlich festgeschrieben ist und deshalb auch acht ungewählte Abgeordnete ins Parlament kamen. In der Vertretung durch ungewählte statt durch wirklich gewählte Abgeordnete nun aber eine Stärkung Deutschlands sehen zu wollen, erscheint aus demokratischer Perspektive geradezu absurd. Da es also bei 99 deutschen Abgeordneten bleibt und diese bei Wegfall der Fünf-Prozent-Klausel alle demokratisch legitimiert sind, tritt jedenfalls keine Schwächung Deutschlands ein.

b) Zurückweisung des Schwächungsarguments durch BVerfGE 51, 222 (249)

Im Übrigen hat das Bundesverfassungsgericht 1979 selbst dem Argument, ein möglichst homogen zusammengesetztes nationales Abgeordnetenkontingent sei erforderlich, um den deutschen Belangen und Interessen im Europäischen Parlament hinreichend Geltung zu verschaffen, keine Überzeugungskraft beigemessen. Dieser Gesichtspunkt falle "in Anbetracht der allgemein anerkannten Zielsetzungen des Gemeinschaftsrechts nicht entscheidend ins Gewicht." (BVerfGE 51, 222 (249). Und diese Zielsetzungen haben inzwischen in Art. 10 und 14 EUV noch sehr viel deutlicher Gestalt gewonnen.

c) EU-Wohl statt deutsche Interessen Art. 190 Abs. 2 EGV und Art. 10 Abs. 2 EUV

Auch wenn die Abgeordneten von ihren jeweiligen Völkern gewählt werden, so sind sie als gewählte Volksvertreter nicht ihrem Volk, sondern der Gemeinschaft insgesamt verantwortlich. Genau wie der in einem Wahlkreis gewählte Bundestagsabgeordnete nicht dem Wohl seines Wahlkreises verpflichtet ist, sondern dem Wohl des ganzen Volkes (Hans H. Klein, Status des Abgeordneten, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, 3. Aufl., 2005, S. 741 Rn 1 f.), weshalb er „an Aufträge und Weisungen nicht gebunden“ ist (Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG), so ist auch der deutsche Europaabgeordnete nicht dem Wohl Deutschlands, sondern dem der EU verpflichtet; deshalb ist auch er nach Art. 4 Abs. 1 DWA, „weder an Aufträge noch an Weisungen gebunden.“ Ebendies hatte Johann Schoo (in: Jürgen Schwarze (Hg.), EU-Kommentar, 2. Aufl., 2009, Art. 190 EGV Rn 4) bereits unter Geltung des Art. 190 Abs. 2 EGV festgestellt, obwohl dort noch von „Abgeordneten der Völker der in der Gemeinschaft vereinigten Staaten“ die Rede war. Es muss nach Inkrafttreten des Art. 14 Abs. 2 EUV, wonach das Europäische Parlament sich „aus Vertretern der Unionsbürger und Bürgerinnen“ zusammensetzt, erst recht gelten, zumal das deutsche Abgeordnetenkontingent ja nicht nur von Deutschen, sondern auch von anderen EU-Angehörigen mit Wohnsitz in der Bundesrepublik gewählt werden kann (Art. 22 Abs. 2 AEUV).

Die besondere Wahrnehmung nationaler Interessen durch Europaabgeordnete mag in der Praxis eine Rolle spielen, wie mehrere Abgeordnete in der mündlichen Verhandlung betont haben. Die behauptete geringere deutsche Interessenwahrnehmung durch Abgeordnete kleinerer Parteien darf in der maßgeblichen *normativen*

Sicht jedoch keine Rolle spielen und scheidet deshalb als Argument zur Rechtfertigung der Fünf-Prozent-Klausel von vornherein aus.

## 5. Einseitige Interpretation

Mehrere von B. vorgebrachte Argumente werden von ihm einseitig für die Aufrechterhaltung der Fünf-Prozent-Klausel interpretiert, obwohl sie umgekehrt genauso gut für deren Abschaffung angeführt werden können. So betont B., die Ausweitung der Kompetenzen des Europäischen Parlaments (S.13 ff.) mache die Fünf-Prozent-Klausel um so notwendiger: "Aus nationaler Perspektive [sei] die Funktionsfähigkeit des EU-Parlaments umso schützenswerter [...], je mehr Staatsausgaben auf die EU übertragen“ würden (S. 24). Dabei bleibt aber unberücksichtigt, dass die Ausweitung der Kompetenzen sehr wohl auch für die Abschaffung der Klausel angeführt werden kann. Je mehr Gewicht das Europäische Parlament nämlich besitzt, desto gravierender ist dies für diejenigen Parteien, ihre Wähler und Kandidaten, welche die Sperrklausel vom Zugang zum Parlament ausschließt.

Dass bei Wegfall der Sperrklausel möglicherweise mehr als die bei der Europawahl 2009 erfassten sieben Parteien und acht Abgeordneten ins Europäische Parlament gekommen wären, "da aus Sicht der potentiellen Wähler solcher Parteien ihre Stimmen wegen des Wegfalls der Sperrklausel bessere Erfolgchancen haben" (S. 18), lässt sich ebenfalls nicht einseitig gegen die Sperrklausel in Stellung bringen. Denn diese Annahme zeigt andererseits, dass die Wirkung der Klausel noch größer sein kann als fünf Prozent, sie in die Gleichheit der Wahl und die Chancengleichheit der Parteien also noch stärker eingreifen kann als die fünf Prozent signalisieren. Schließlich richtet sich das erlaubte Ausmaß differenzierender Regelungen danach, "mit welcher Intensität in das - gleiche - Wahlrecht eingegriffen wird." (BVerfGE 120, 82 [107]).

## III. Zu den Sachverständigen und zum Bundeswahlleiter

### 1. Prof. Hermann Schmitt

#### a) Bevormundung geboten?

Über die Äußerungen des Sachverständigen Prof. Hermann Schmitt liegen zwei Dokumente vor: die redigierte Niederschrift der mündlichen Verhandlung (S. 34-41) und eine Pressemitteilung der Universität Mannheim vom 5.4.2011. Schmitt behauptet, kleinere Parteien erlangten bei Abschaffung der Sperrklausel bei der Europawahl "einen doppelten Vorteil". Denn ihre Erfolgsaussichten seien bei der Europawahl deutlich

besser als bei der Bundestagswahl (siehe Niederschrift, S. 38, und Pressemitteilung). Deshalb solle man an der Sperrklausel festhalten.

Doch der genannte Effekt beruht zum guten Teil darauf, dass Parteien, die keine Regierungsverantwortung tragen, bei Wahlen regelmäßig besser abschneiden. So pflegen die Regierungsparteien im Bund im Laufe der Wahlperiode ihre Mehrheit im Bundesrat zu verlieren, weil sie bei Landtagswahlen Stimmen einbüßen. Das ließe sich - in den Ländern wie in Europa - nur verhindern, indem man die Wähler massiv bevormundet, was indiskutabel erscheint, von Schmitt aber offenbar befürwortet wird. Jedenfalls meint er, die von der Fünf-Prozent-Klausel betroffenen politischen Kräfte seien "bisher aus gutem Grund bedeutungslos." (Siehe Pressemitteilung). Abgesehen davon, dass darin eine mit der Rolle eines der Objektivität verpflichteten sozialwissenschaftlichen Sachverständigen unseres Erachtens nur schwer in Einklang zu bringende Wertung liegt, steht es, wie das Gericht wiederholt betont hat, selbst dem Wahlgesetzgeber nicht zu, "über die Einführung oder Beibehaltung einer Sperrklausel bestimmte Parteien gezielt von ihrer Mitwirkung an der politischen Willensbildung auszuschließen." (BVerfGE 120, 82 [109]). "Die Entscheidung, welche Partei oder Wählergemeinschaft die Interessen der Bürger am besten vertritt, obliegt nicht dem Wahlgesetzgeber, sondern dem Wähler." (Ebenda, 110).

Im Übrigen: Dass kleine Parteien bei Wegfall der Fünf-Prozent-Klausel nicht bevorzugt würden, sondern umgekehrt ihre gewaltige Benachteiligung verringert würde, wird sogleich unter IV. dargelegt, wurde von Schmitt aber unberücksichtigt gelassen, ebenso wie die aus Wettbewerb und Bürgernähe resultierenden günstigen Auswirkungen.

#### b) Domino-Effekt?

Schmitt führte in der mündlichen Verhandlung aus, dass der Wegfall der deutschen Fünf-Prozent-Klausel „die Funktionsfähigkeit des Europäischen Parlaments wohl nicht beeinträchtigen würde“ (S. 34 der Niederschrift). Er beschwört aber eine Situation, in der "auch die anderen Mitgliedstaaten dem deutschen Beispiel folgen würden und auf ein Sperrklausel verzichten würden.“ (ebenda). Schmitt gibt aber nicht die geringste Begründung dafür, warum der Wegfall der deutschen Sperrklausel auch die anderen zu ihrer Abschaffung veranlassen könnte.

Tatsächlich erscheint dies auch ganz unwahrscheinlich. Die etablierten Parteien werden in anderen Ländern die Sperrklausel schwerlich von sich aus aufheben, und zwar aus den gleichen Gründen des

Machterhalts wie bei uns. Im Übrigen bestehen regelmäßig faktische Sperrklauseln, so dass eine Beseitigung der rechtlichen Klauseln gar nicht viel ändern würde. Das belegen die Ausführungen des Bundeswahlleiters zu der von ihm vorgelegten Tabelle 3 etwa für Großbritannien und Frankreich, wobei die in der Tabelle genannten faktischen Sperrklauseln im Durchschnitt noch höher sind (siehe die Kritik von Herrn Cantow, S. 58-61 der Niederschrift). Schließlich gibt es in Spanien bisher schon keine (rechtliche) Sperrklausel, ohne dass dies zu Problemen im Europäischen Parlament oder zu Nachahmungseffekten geführt hätte.

Hinzu kommt, dass selbst dann, wenn man Schmitts unhaltbare Dominotheorie als zutreffend unterstellen wollte, die von ihm befürchtete Folge, dass "die an sich beeindruckende Integrationskraft der supranationalen Fraktionen" gefährdet und die „effektive Mitwirkung des Parlaments an der Rechtsetzung der EU ... dadurch beeinträchtigt werden" könnte (siehe Pressemitteilung), kein ausreichendes Gewicht hätte, um die Sperrklausel in Deutschland aufrecht zu erhalten.

#### c) Zum Ausschluss radikaler Parteien

Nach Schmitt könnte auch die angebliche „Ursprungsrechtfertigung“ der Fünf-Prozent-Klausel, „nämlich das Fernhalten von extremen Parteien aus den Repräsentationsorganen, ... zu einer Zurückhaltung bei der Abschaffung bei der Sperrklausel führen“. (Niederschrift, S. 39). Doch dabei wird übersehen, dass die Bekämpfung radikaler Parteien keinen Rechtfertigungsgrund für die Beibehaltung der Sperrklausel darstellen kann (BVerfGE 111, 382 (420)), ganz abgesehen davon, dass, wie Schmitt selbst ausführt, zur Zeit die kleinen Parteien in der Bundesrepublik nicht „auf der extremen Linken oder Rechten platziert“ seien (Niederschrift, S. 39).

#### 2. Dr. Andreas Maurer

Der Sachverständige Dr. Andreas Maurer sieht bei Wegfall der deutschen Sperrklausel ebenfalls keine direkte Funktionsbeeinträchtigung des Europäischen Parlaments (Niederschrift S. 53) – Und den von ihm angeführten indirekten „Funktionsbeeinträchtigungen, die eintreten könnten“, fehlt das Gewicht, um die Sperrklausel zu rechtfertigen:

- Der zusätzliche Ressourcenaufwand der Kommission bei Beantwortung möglicherweise vermehrter Fragen ist die zwangsläufige Folge des Fragerechts der Abgeordneten.

- Eventuelle Pattsituationen in den Ausschüssen, die die Entscheidung ins Plenum verlagern, mögen den internen Abstimmungsablauf „verkomplizieren“ (S. 54 der Niederschrift), können aber nach neuerer Rechtsprechung die Sperrklausel ebenfalls nicht rechtfertigen.
- Und die Annahme, dass „immer mehr Fraktionslose und immer mehr kleine Parteien und Fraktionen“ ins Parlament kämen (S. 55), unterstellt wieder die Dominotheorie, für die aber auch Maurer nicht den geringsten Beleg anführt.

Im Übrigen unterstreicht B., dass auch fraktionslose Abgeordnete als Ausschussvorsitzende in Betracht kommen, dass sie umfangreiche Vor-, Frage- und Initiativrechte besitzen (S. 42 ff.) und bei der Wahrnehmung wichtiger Funktionen des Parlaments wie der Kontrollfunktion S. ) und der Artikulationsfunktion, d. h., der Kommunikation der Abgeordneten besonders mit ihren Wählern (S. 46 f.), durchaus eine Rolle spielen.

#### **IV. Das krasse, selbst-bewilligte Ressourcenübergewicht der Etablierten**

Der Blick allein auf das Wahlrecht übersieht leicht, dass die Sperrklauseln auch zu einer gewaltigen Benachteiligung kleiner und neuer Parteien in ihren Ressourcen und damit in ihrer Kampfkraft im politischen Wettbewerb führen. Das Bundesverfassungsgericht hat zwar versucht, dies dadurch auszugleichen, dass es die Beteiligung kleinerer Parteien an der direkten staatlichen Parteienfinanzierung und an der steuerlichen Begünstigung von Parteibeiträgen und -spenden durchgesetzt hat. Doch inzwischen haben die *Parteien in den Parlamenten* ihre finanziellen Mittel gewaltig aufgestockt, und diese stärken zu einem guten Teil auch ihre Position im Kampf um die Macht und helfen, kleinere Konkurrenten niederzuhalten oder gar nicht erst aufkommen zu lassen. Hinsichtlich der Europaabgeordneten seien hier nur deren persönliche Mitarbeiter genannt. Wie in meinem Schriftsatz vom 29.4. 2011 dargelegt, sind die Aufwendungen für die persönlichen Mitarbeiter von Europaabgeordneten in den vergangenen Jahren und Jahrzehnten geradezu explodiert. Heute verfügen Europaabgeordnete über jährlich rund 260.000 € allein für Mitarbeiter. Ein Teil dieser gewaltigen steuerfinanzierten Manpower stärkt auch ihre Stellung im Wahlkampf gegenüber kleineren Parteien und Wählergruppen, deren Kandidaten nicht über derartige Ressourcen verfügen.

Da die Europawahlen auch in Deutschland schwerpunktmäßig in der Hand der nationalen Parteien liegen, die die Kandidaten aufstellen und den Wahlkampf bestreiten, gehören auch die enormen Finanzmittel, die

sich die nationalen Parteien im Bundestag und in den Landesparlamenten bewilligt haben, zu einem guten Teil zu ihren Ressourcen im Kampf um die Macht in der EU. Wie in meinem Schriftsatz vom 26. 4. 2011 samt Anlage dargelegt, verfügen Bundestagsabgeordnete im Durchschnitt über zehn, Landtagsabgeordnete im Durchschnitt über zwei persönliche Mitarbeiter. Für die rund 10.000 Mitarbeiter von deutschen Bundes- und Landesabgeordneten, die nicht nur in den Parlamenten, sondern auch in den Wahlkreisen eingesetzt werden, stehen jährlich rund 224 Millionen € zur Verfügung (siehe auch von Arnim, DÖV 2011, 345 ff.). Die ebenfalls schnell gestiegenen staatlichen Mittel für die Fraktionen des Bundestags und der Landesparlamente betragen jährlich rund 187 Millionen €. Damit finanzieren die Fraktionen laut Fraktions- und Abgeordnetengesetzen zum Beispiel auch Öffentlichkeitsarbeit (siehe von Arnim, Der Verfassungsbruch, 2011, 25 ff.). Diese Mittel, von denen kleinere Parteien, die keine Abgeordneten bzw. Fraktionen in den Parlamenten haben, völlig ausgeschlossen sind, stärken die Stellung und die Kampagnefähigkeit der Etablierten auch im Europa-Wahlkampf und bilden einen gewaltigen Wettbewerbsvorteil gegenüber kleinen und neuen politischen Konkurrenten.

Bei Beseitigung der Fünf-Prozent-Klausel bei Europawahlen hätten kleinere Parteien und Wählergemeinschaften eine bessere Chance, Vertreter ins Europäische Parlament zu entsenden und an den parlamentsinternen Ressourcen teilzuhaben, insbesondere an den persönlichen Mitarbeitern von Europaabgeordneten. Dadurch würde ihre gewaltige ressourcenmäßige Benachteiligung im politischen Wettbewerb verringert.

## **V. Kleine Parteien und ihre Abgeordneten: Offenheit, Wettbewerb und Bürgernähe**

Hinzu kommt, dass kleine und neue Parteien eine wichtige Rolle im politischen System spielen, weil sie Wettbewerbsdruck auf die etablierten Parteien entfalten. Diese werden nämlich, wie der Senat in seiner Entscheidung vom 26. 10. 2004 hervorgehoben hat, "im Hinblick auf Wahlerfolge der kleinen Konkurrenten häufig gezwungen [...], sich mit den von diesen Parteien in den Mittelpunkt gestellten Themen auseinanderzusetzen." (BVerfGE 111, 382 [405]). Auch "schon die potentielle Konkurrenz, also die Chance neuer und kleiner Wettbewerber, für überzeugende Lösungskonzepte bei Wahlen belohnt zu werden, zwingt die etablierten Parteien zu einer Rückkoppelung mit dem Volk, um dem Aufkommen neuer Konkurrenten und einem Erfolg kleiner Wettbewerber nach Möglichkeit entgegenzutreten." (ebenda). Auf

diese Weise dienen die Offenheit des politischen Prozesses für kleine und neue Parteien, die auch in der grundgesetzlich garantierten Gründungsfreiheit (Art. 21 Abs 1 S.2 GG) zum Ausdruck kommt, und der durch sie bewirkte Wettbewerbsdruck auch der durch das Grundgesetz und durch Art. 1 Abs. 2 und Art. 10 Abs. 2 EUV Lissabon geforderten *Bürgernähe*.

Die Rückkoppelung hat nicht nur durch Wahlen zu erfolgen, sondern auch *zwischen* den Wahlen. Die dauernde Vermittlung soll vor allem durch die politischen Parteien erfolgen (BVerfGE 85, 264 [286]). Die etablierten Parteien sind - wegen ihrer u. a. durch die extrem ausgeweitete Staatsfinanzierung der Fraktionen und Abgeordnetenmitarbeiter erfolgten Schwerpunktverlagerung in die Parlamente - aber immer weniger in der Lage, ihre Kernfunktion noch zu erfüllen und den Einfluss der Bürger in die Entscheidungsorgane des Staates bzw. der EU noch zu vermitteln (siehe dazu meinen Schriftsatz vom 26. 4. 2011 samt Anlage und meinen Schriftsatz vom 29.4.2011). Umso notwendiger ist es, dass die etablierten Parteien durch die Konkurrenz der Kleinen zur Rückkoppelung mit dem Volk gezwungen werden. Auch diese wichtige Funktion kleiner Parteien wird durch die deutsche Sperrklausel ausgeschlossen oder jedenfalls stark eingeschränkt.

Genau wie kleine Parteien den großen „Beine machen“, können auch einzelne Abgeordnete im Europäischen Parlament, selbst wenn sie keiner Fraktion angehören, dazu beitragen großen Fraktionen „auf Trab“ und den Bürgern näher zu bringen. Fraktionslose Abgeordnete sind frei von Fraktionszwängen, nur ihrem Gewissen unterworfen und können Dinge zur Sprache bringen, die die Großen aus welchen Gründen auch immer, unterdrücken. Ein Beispiel sind die Enthüllungen des österreichischen Abgeordneten Hans-Peter Martin über die Spesenbetrügereien der EU-Abgeordneten, die zu einer Eindämmung der Missbräuche geführt haben. Im Europäischen Parlament haben die einzelnen Abgeordneten zur Kontrolle der Kommission und des Rates weitgehende Rechte, die sie, wie der Sachverständige Dr. Maurer dargelegt hat, auch überdurchschnittlich nutzen. Auch ihre Kommunikation mit den Wählern ist besonders ausgeprägt, was ihrer Wettbewerbsfunktion gegenüber den anderen Parteien zu Gute kommt. Die Europaabgeordneten kleiner Parteien können also, selbst wenn sie keiner Fraktion angehören, durchaus Parlamentsfunktionen wahrnehmen.

## **VI. Ergebnis: Keine zwingenden Gründe für die Sperrklausel**

B. hatte allen Grund zu versuchen, die Rechtsprechung auf eine laxere Kontrolle zu reduzieren. Denn seine Argumente, welche die Fünf-Prozent-Klausel angeblich rechtfertigen sollen, schlagen – angesichts der erforderlichen strengen Gerichtskontrolle - sämtlich nicht durch. B. erkennt auch selbst, wie er, über seinen ganzen Schriftsatz verstreut, einräumt, dass seine Argumente zur Rechtfertigung der Sperrklausel nicht ausreichen, "falls Regelungen wie die Sperrklausel einer besonders strengen und intensiven verfassungsgerichtlichen Kontrolle auch hinsichtlich der tatsächlichen und wertenden Einschätzungen unterzogen werden." (So z.B. auf S. 12).

B. wiederholt lediglich die Erwägungen des Gerichts von 1979, die das Gericht aber jetzt selbst nicht mehr ausreichen lässt. Nach den verschärften Beurteilungsgrundsätzen müsste es sich um derart gewichtige Gründe handeln, die, wie aufgrund einer Realanalyse festzustellen ist, der Wahlgleichheit zumindest „die Waage halten“ (BVerfGE 120, 82 [107]). Sie müssten mit "einer die Intensität der Einschränkung der Wahlgleichheit und Chancengleichheit der Parteien in Rechnung stellenden hinreichenden Wahrscheinlichkeit ergeben, dass die Funktionsfähigkeit der Volksvertretung ernsthaft gefährdet ist (BremStGH NJOZ 2009, Rn 5). Doch abgesehen davon, dass es bereits an einer derartigen Realanalyse fehlt, liegen jedenfalls solche gewichtige Gründe nicht vor.

Der Sachverständige Prof. Schmitt hat dargelegt, dass der Wegfall der deutschen Fünf-Prozent-Klausel die Funktionsfähigkeit des Europäischen Parlaments nicht beeinträchtigen würde. Und dafür, dass dann auch andere Mitgliedstaaten auf ihre Sperrklausel verzichten würden, wurden von keiner Seite nachvollziehbare Gründe genannt.

Die Betonung nationaler Interessen, die B. und mehrere Abgeordnete in den Mittelpunkt ihrer Ausführungen stellen, ist normativ gar nicht zulässig. Im Übrigen ist nicht belegt, dass sie bei Wegfall der Sperrklausel tatsächlich schlechter erfüllt würden, so lange man damit richtigerweise die Interessen des deutschen Volkes und nicht die der politischen Klasse im Bundestag meint.

Die Beseitigung der Fünf-Prozent-Klausel hätte im Gegenteil – über den Wegfall des Gleichheitsverstoßes durch die Vorenthaltung der Mandate und der daran hängenden gewaltigen finanziellen Ressourcen hinaus –

bedeutende *positive* Folgen, indem der Parteienwettbewerb und die Bürgernähe der Politik gesteigert würden.

Die mangelnde Erforderlichkeit einer Sperrklausel bestätigt auch der EU-Gesetzgeber, der als sachnächste Instanz zur Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit des Europäischen Parlaments gerade keine Sperrklausel für erforderlich hält.

Zusammenfassend ist festzustellen: Die deutsche Fünf-Prozent-Klausel bei der Europawahl greift derart intensiv in die Wahlgleichheit ein, zugleich gibt es derart wenig rechtfertigende Gründe für diesen Eingriff, ja, der Wegfall der Sperrklausel würde derart positive Wirkungen zeitigen, dass die Klausel von Verfassungs wegen aufgehoben werden muss.

### **C. Verfassungswidrigkeit der starren Listen**

B. bestreitet nicht, dass das Bundesverfassungsgericht sich zu den starren Listen bei der Europawahl noch nicht geäußert hat. Die Urteile, welche die starren Listen bei der Bundestagswahl für verfassungsmäßig erklärt hatten, liegen Jahrzehnte zurück. Eine neuere Entscheidung, auf die B. sich beruft (S.30), spricht dagegen eher für das Gegenteil. Liest man das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 15.1.2009 nämlich nach, so ergibt sich, dass das Gericht eine Überprüfung seiner bisherigen Rechtsprechung nur deshalb unterlassen hat, weil der damalige Beschwerdeführer "keine Gesichtspunkte vorgetragen [habe], die Anlass zu einer anderweitigen Beurteilung bieten könnten." (BVerfGE 122, 304 [314]). Darin liegt geradezu eine Einladung, solche Gesichtspunkte nunmehr vorzutragen. Dem bin ich auf den Seiten 33 bis 56 meiner Beschwerdebeurteilung nachgekommen.

B. bestreitet nicht, dass die Grundsätze der Unmittelbarkeit, der Freiheit und der Gleichheit der Wahl auch für die Wahl der deutschen Europaabgeordneten gelten, meint aber, sie würden durch das System starrer Listen nicht verletzt.

#### **1. Machterhalt**

Das Festhalten des Bundestags, seiner Mitglieder und ihrer Parteien an den starren Listen beruht - genau wie das Festhalten an der Fünf-Prozent-Klausel bei der Europawahl - auf Gründen des Macht- und Mandatserhalts. Bekämen die Bürger mehr Einfluss darauf, wer Abgeordneter wird, würde das Monopol der Parteien, mittels der Platzierung zu bestimmen, wer ins Parlament kommt und wer nicht,

gebrochen, weil dann auch der Wähler ein Mitspracherecht erhielte. Die Wiederwahl würde, wie viele Abgeordnete befürchten, unsicherer. Die parteiinternen Verbindungen, die es der großen Mehrheit der Abgeordneten bisher erleichtern, für ihre Wiedernominierung auf guten Plätzen zu sorgen, würden zumindest teilweise entwertet. Schon in der Weimarer Republik scheiterte der Versuch der Reichsregierung, die – mit dem Grundsatz der unmittelbaren Wahl offensichtlich unvereinbaren – starren Listen zu beseitigen, daran, dass "die führenden Abgeordneten sich so daran gewöhnt hatten, dass ihre Wiederwahl gesichert sei, ohne dass sie sich besonders anzustrengen brauchten, dass sie ungern an eine mögliche Erschütterung ihrer Berufsstellung denken mochten" (so schon damals der Staatsrechtler Friedrich Glum).

Da die etablierten Parteien und ihre Abgeordneten ein Machtinteresse daran haben, am bisherigen System starrer Listen festzuhalten, ist auch hier eine strenge verfassungsgerichtliche Kontrolle geboten. Dieser zentrale Gesichtspunkt, den die Verfassungsgerichte hinsichtlich der Sperrklausel erst neuerdings erkannt und der sie zu einer strengen Kontrolle veranlasst hat, gilt entsprechend auch für die Beurteilung der starren Listen. Dagegen beruft B. sich ausschließlich auf die frühere Rechtsprechung, die durch die neueren Erkenntnisse aber überholt ist, und wiederholt Argumente, die bereits in meiner Beschwerdeschrift widerlegt worden sind.

Darin, dass den Wählern die Auswahl ihrer Vertreter vorenthalten wird, liegt eine krasse, durch nichts gerechtfertigte Bevormundung des demokratischen Souveräns, die, wie aufzuzeigen ist, den Grundsätzen der Unmittelbarkeit und der Freiheit der Wahl, der Gleichheit der Wählbarkeit, dem Demokratieprinzip und der Bürgernähe widerspricht.

## 2. Unmittelbare Wahl?

Beim Versuch, die Unmittelbarkeit der Wahl der Abgeordneten trotz starrer Listen zu belegen, stellt B. darauf ab, dass die Verteilung der Listenplätze durch die Parteien *vor* ihrer "Absegnung" durch die Wähler liegt (S. 31). In Wahrheit aber ist es doch gleichgültig, ob die Parteien durch nachträglichen Beschluss oder durch vorherige Weichenstellung den Wählern die Entscheidung aus der Hand nehmen, wer ins Parlament kommt und wer nicht. Das hatte auch bereits Gerhard Leibholz erkannt, als er feststellte:

"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."<sup>1</sup>

Dass die Wähler bei starren Listen in Wahrheit nur die *Parteien* unmittelbar wählen, nicht aber die Abgeordneten, 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."<sup>2</sup>

Der Grundsatz der unmittelbaren Wahl verlangt aber, dass die *Abgeordneten* direkt gewählt werden. Die bloße Parteienwahl ist damit unvereinbar. Leibholz sucht diese Konsequenz (Verfassungswidrigkeit der starren Parteilisten) mit dem Hinweis auf Art. 21 GG abzuwenden, 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.“<sup>3</sup>

Diese Folgerung wäre aber nur nachvollziehbar, wenn man - mit Leibholz' Parteienstaatsdoktrin – Art. 21 Abs. 1 GG – über seinen Wortlaut hinaus – extrem ausweitete und Volk und Partei in eins setzte.<sup>4</sup> Dann wäre die Auswahl der Abgeordneten durch die Partei mit der Auswahl durch das Volk gleichzusetzen. Doch Leibholz' Parteienstaatsdoktrin, die anfangs auch das Bundesverfassungsgericht stark beeinflusst hatte - Leibholz und Rinck waren schließlich langjährige Mitglieder des Bundesverfassungsgerichts -, hat das Gericht inzwischen

---

<sup>1</sup> Gerhard Leibholz, Die Wahlrechtsreform und ihre Grundlagen, VVDStRL, Bd. 7 (1932), 159 (168). Ebenso ders., 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 (47 f.).

<sup>2</sup> Hans-Justus Rinck, JZ 1958, 193 (196).

<sup>3</sup> Gerhard Leibholz, Parteien, Wahlrecht und Demokratie, a.a.O.

<sup>4</sup> Gerhard Leibholz, Das Wesen der Repräsentation und der Gestaltwandel der Demokratie im 19. Jahrhundert, 1929, 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 [gemeint ist: in Leibholz' "modernen demokratischen Parteienstaat"] die Parteien das Volk 'sind'."

überwunden (z.B. BVerfGE 41, 399). Sie wird heute auch in der Staatsrechtslehre mit Recht kaum noch vertreten<sup>5</sup>

Art. 21 GG, wonach die Parteien an der politischen Willensbildung des Volkes lediglich *mitwirken*, kann bei zutreffender Interpretation keine Rechtfertigung mehr darstellen. Denn solche Mitwirkung bestünde auch, wenn die Starrheit der Listen beseitigt und sie zum Beispiel dadurch flexibilisiert würden, dass der Wähler einen oder mehrere Kandidaten auf der Liste ankreuzen könnte, oder ein anderes System eingeführt würde, welches dem Wähler Einfluss auf die Chancen der einzelnen Kandidaten einräumt. Denn die Parteien präsentierten weiterhin die Listen und schlugen die Kandidaten vor, und dies entfaltete weiterhin ein beträchtliches Beharrungsmoment. Dadurch würde zwar das Monopol der Bestimmung der Abgeordneten durch die Parteien beseitigt, doch für die Aufrechterhaltung dieses Monopols gibt Art. 21 Abs. 1 GG nichts her.

Wer die Vereinbarkeit der starren Listen mit der Unmittelbarkeit der Wahl unter Berufung auf das bloße „zeitlich nachher“ weiterhin behauptet, muss sich mit einer rein vordergründig-formalen Betrachtung zufrieden geben.<sup>6</sup> Beim heutigen Stand der Methodik der Verfassungsinterpretation kann das aber nicht mehr das letzte Wort sein. Der Zweite Senat hat schon früh eine rein formale Auslegung zurückgewiesen und ausdrücklich auf die praktischen Auswirkungen rechtlicher Regelungen abgehoben: "Nicht die äußere Form, sondern der materiell-rechtliche Inhalt" sei "entscheidend" (BVerfGE 8, 51 [64]). Sowohl bei der Auslegung der Grundrechte als auch im Zivil-, Wirtschafts- und Arbeitsrecht ist heute anerkannt, dass die rein formale Argumentation überholt und die jeweilige faktische Situation einzubeziehen ist (siehe S. 51 ff. meiner Beschwerdeschrift). Das muss auch hinsichtlich der verfassungsrechtlichen Beurteilung der starren Listen gelten.

Übrigens empfindet B. offenbar selbst ein verfassungsrechtliches Unbehagen über die brutale Wirkung starrer Listen. Jedenfalls versucht er, ihre Wirkung verbal zu beschönigen, indem er behauptet, sie führten lediglich dazu, dass von vornherein einige Kandidaten "relativ sicher" in das Parlament einziehen würden, wogegen andere Kandidaten nur "eine kleine Chance" auf den Einzug ins Parlament hätten (S. 31). In Wahrheit konnten zum Beispiel die Ersten auf der 99 Plätze umfassenden SPD-Liste bei der Europawahl 2009 ihres Mandats absolut sicher sein,

---

<sup>5</sup> Statt vieler Dieter Grimm, Die politischen Parteien, in: Benda/Maihofer/Vogel (Hg.) Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl., 1994, 599 (613 ff. m.w.N.).

<sup>6</sup> So noch BVerfGE 7, 63 (68 f.): Der Grundsatz der Unmittelbarkeit der Wahl der Abgeordneten sei "im Parteienstaat ... formal zu interpretieren."

während die Letzten absolut sicher sein konnten, kein Mandat zu erlangen.

### 3. Freiheit der Wahl?

B. beruft sich bei seiner Behauptung, die starren Listen würden die Freiheit der Wahl nicht verletzen, wieder auf das Argument, ob eine Wahl mit freien oder mit gebundenen Listen durchgeführt werde, sei keine Frage der freien Wahlbetätigung, sondern eine Frage der näheren Ausgestaltung der Wahlrechtsausübung (S. 31 f.). Dieses Argument wurde bereits auf S. 49 meiner Beschwerdebeurteilung widerlegt, ohne dass B. darauf aber eingeht.

Im Übrigen hat das Bundesverfassungsgericht, als es über die Koppelung zweier verschiedener Wahllisten zu entscheiden hatte, selbst verlangt, dass diese nicht so miteinander gekoppelt werden dürfen, dass der Wähler keine Auswahlmöglichkeiten mehr besitzt. Sonst liege eine die Wahlfreiheit beeinträchtigende Verengung der Entschließungsfreiheit der Wähler vor (BVerfGE 47, 253 [283]).

Liegt aber nicht auch dann ein verfassungswidriger Zwang zur einheitlichen Stimmabgabe vor, wenn die Entscheidung des Wählers über die *Zahl* der Mandate, die einer Partei zukommen soll, mit der ganz anderen Frage, welche *Personen* die Mandate erhalten sollen, untrennbar verknüpft wird? B. beruft sich demgegenüber ohne weitere Begründung auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts von 1957 (BVerfGE 7, 63 [69 f.]), obwohl es doch gerade um die Frage geht, ob diese Entscheidung nicht durch die neuere, strengere Rechtsprechung überholt ist.

### 4. Gleichheit der Wählbarkeit?

Für die Gleichheit der Wählbarkeit gilt - genau wie für die Gleichheit der Wahl - der strenge Gleichheitssatz, dessen Einhaltung einer intensiven Gerichtskontrolle unterliegt, da das Parlament und seine Mitglieder aus Machtinteresse leicht versucht sind, an den starren Listen festzuhalten. Die völlige Ungleichheit der Chancen, die die Platzierung auf der Liste zwangsläufig bewirkt, bedarf also eines besonders zwingenden Grundes, und der ist nicht ersichtlich. B. führt denn auch keinen an. Dabei liegt der Gleichheitsverstoß beim Gesetzgeber, da die Partei - aufgrund der starren Listen - gar nicht anders kann, als mit ihren Platzierungsbeschlüssen die Chancen ungleich zu verteilen.

Berücksichtigt man, dass die für die starren Listen anzuführenden Gründe nach neuerer Rechtsprechung ins Verhältnis zu der durch die Starrheit hervorgerufenen Grundrechtseinschränkung zu setzen und gegen sie abgewogen werden müssen, so können – angesichts des Fehlens eines solchen Grundes – die starren Listen erst recht keinen Bestand haben.

Im Übrigen bemüht B. die frühere Rechtsprechung auch hier wieder einseitig. So behauptet er, die Kandidaten würden sich freiwillig dem Platzierungsbeschluss ihrer Partei unterwerfen (S. 32), lässt aber unerwähnt, dass das Gericht die ohnehin zweifelhafte Freiwilligkeit (siehe S. 50 meiner Beschwerde) im Hinblick darauf bejaht hat, dass es dem Kandidaten bei Bundestagswahlen freistehe, auf eigene Faust im Wahlkreis zu kandidieren (BVerfGE 7, 63 [71]). Eine solche Möglichkeit besteht bei der Europawahl aber gerade nicht. Bei ihr gibt es - neben der Kandidatur auf starren Parteilisten - keine zusätzliche Möglichkeit der Wahlkreiskandidatur. Von Freiwilligkeit kann deshalb hier erst Recht keine Rede sein.

Auch die frühere Ansicht des Gerichts, Chancengleichheit der Wahlbewerber liege vor, weil „gebundene Listen seit je unangefochten als mit dem Grundsatz der Gleichheit der Verhältniswahl vereinbar angesehen worden“ seien (BVerfGE 7, 63 [71]), erwähnt B. nicht. Denn es ist zu offensichtlich, dass die Berufung auf die Tradition heute nicht mehr durchschlägt, nachdem die Beurteilungsgrundsätze verschärft wurden.

##### 5. Demokratieprinzip: Möglichkeit der Abwahl?

B.'s Versuch zu belegen, dass die "Möglichkeit der Abwahl als Kernelement der Demokratie" für die Abgeordneten auch bei starren Listen gegeben sei (S. 33), erscheint geradezu abenteuerlich. Es geht dabei ja nicht um die eventuellen mittelbaren Auswirkungen von schlechten Wahlergebnissen der *Partei*, sondern um die Möglichkeit der Wähler, den einzelnen *Abgeordneten* bei der Wahl das Vertrauen zu entziehen.

##### 6. Von der verantwortlichen Parteienregierung zum verantwortlichen Abgeordneten

Bei der Europawahl können die Wähler kaum überblicken, was sie mit ihrer Stimmabgabe für diese oder jene Partei bewirken. Dies um so mehr, als es an der für nationale parlamentarische Demokratien typischen Formierung in Regierungs- und Oppositionsfraktionen im

Europäischen Parlament fehlt. Da es dem Wähler praktisch unmöglich ist, den einzelnen deutschen Parteien, die bei der Europawahl kandidieren, bestimmte Beschlüsse und Maßnahmen des Europäischen Parlaments zuzurechnen und sie dafür verantwortlich zu machen, sollten die Bürger zumindest die Personen bestimmen können, denen sie Vertrauen schenken und denen sie deshalb ein Mandat anvertrauen wollen. Funktioniert das "responsible *party* government" nicht, sollte - im Interesse demokratischer Grundsätze - wenigstens ein "responsible *persons* government" gefördert werden. Dem stehen starre Listen entgegen.

## 7. Bürgernähe durch Direktwahl der EU-Abgeordneten

Wie in meinen Schriftsatz vom 26.4.2011 samt Anlage dargelegt, ist in Deutschland ein Wandel der politischen Parteien von Bürger- zu Staatsparteien im Gang. Diese Entwicklung beruht zu einem beträchtlichen Teil auf den sprunghaften Steigerungen der selbstbewilligten öffentlichen Mittel für Fraktionen und persönliche Mitarbeiter von Abgeordneten, die allmählich das Schwergewicht der Parteiaktivitäten hin zu den Parteien *im Parlament* verschieben. Die Folge ist ein zunehmender Verlust der Parteien an Bodenhaftung, so dass eine ihrer Hauptfunktionen, nämlich, die Belange der Bürger in die Organe des Staates bzw. der Europäischen Union zu vermitteln, Not leidet.

Diese Verlagerung der Parteiaufgaben auf die Parteien im Parlament bedeutet zum großen Teil eine Verlagerung auf *Abgeordnete* samt ihren persönlichen Mitarbeitern und auf die Zusammenschlüsse der Abgeordneten, die Fraktionen. Abgeordnete nehmen in dieser Sicht also eine Schlüsselstellung ein. Zur Sicherung eines Minimums an Bürgernähe liegt es deshalb nahe, den Wählern mehr Einfluss darauf zu geben, wer Abgeordneter wird, welche Personen also über das Mitarbeiterheer verfügen und die Fraktionen bilden. Auch aus diesem Grunde muss die Starrheit der Listen beseitigt werden. Durch die Möglichkeit, die Reihenfolge der Kandidaten auf den Listen zu verändern, erhielten die Bürger eine Auswahlmöglichkeit, die ihnen bisher vorenthalten wird. Die Bürger könnten die Abgeordneten dann tatsächlich als *ihre* Vertreter ansehen und sie auch persönlich durch Wieder- oder Abwahl verantwortlich machen.

Dies entspräche auch Art. 1 Abs. 2 EUV Lissabon, wonach die Entscheidungen in der Union "möglichst offen und bürgernah getroffen werden." Wie Geiger zutreffend schreibt, bedeutet Bürgernähe unter anderem "den weiteren Ausbau der Mittlerrolle des direkt gewählten

Parlaments." So "würde etwa eine stärkere Personalisierung des Wahlverfahrens (zum Beispiel durch die Möglichkeit des Kumulierens und Panaschierens bei der Verhältniswahl) den einzelnen Volksvertreter dem Bürger näher bringen." (Geiger, in: Geiger/Khan/Kotzur, EUV/AEUV, Kommentar, 5. Auflage, 2010, Art. 1 EUV, Rn 12).

## 8. Ergebnis

Nach allem können die starren Listen einer erneuten verfassungsrechtlichen Prüfung nicht standhalten. Die Prüfung hat - wegen des Machtinteresses etablierter Parteien und ihrer Abgeordneten an den starren Listen und wegen der erforderlichen intensiven Kontrolle der Verhältnismäßigkeit von Eingriffen in die Wahlrechtsgrundsätze - streng zu erfolgen, eine Erkenntnis, die sich erst neuerdings in der Rechtsprechung durchgesetzt hat. Gründe für die Aufrechterhaltung der starren Listen hat B. nicht vorgetragen. Sie sind auch nicht ersichtlich, schon gar nicht ein besonders zwingender Grund. Vor diesem Hintergrund widersprechen die starren Listen den Grundsätzen der Unmittelbarkeit, der Freiheit, der gleichen Wählbarkeit und dem Demokratieprinzip einschließlich dem Gebot der Bürgernähe.

## D. Konformität mit dem Europarecht

Die Mitgliedstaaten der EU sind unionsvertraglich an die Achtung und Förderung der in Art. 2 EUV genannten Werte Menschenwürde, Freiheit, Demokratie, Gleichheit, Rechtsstaatlichkeit und die Wahrung der Menschenwürde gebunden (Geiger, a.a.O., Art. 2 EUV Rn 7). Zudem handelt es sich bei der Ausgestaltung des deutschen Wahlrechts um eine Anwendung der Verträge; "im Anwendungsbereich der Verträge" aber sind die allgemeinen europarechtlichen Grundsätze für die Mitgliedstaaten verbindlich (Oppermann/Classen/Nettesheim, Europarecht, 4. Aufl., 2009, § 10 Rn 52). Nach EuGH Rs C-427/06 (NZA 2008, 1119) braucht dafür lediglich ein „Bezug“ zum Europarecht vorzuliegen.

Deshalb sind zum Beispiel das Recht der Wahl (Art. 14 Abs. 3 EUV, Art. 22 Abs. 2 AEUV) und die Grundsätze der Unmittelbarkeit und Freiheit der Wahl (Art. 14 Abs. 3 EUV) sowie der Bürgernähe (Art. 1 Abs. 2 und 10 Abs. 2 EUV) für den deutschen Gesetzgeber bindend.

Das Fehlen des Gleichheitsgebots in Art. 1 Abs. 3 DWA und Art. 14 Abs. 3 EUV Lissabon vermag nur die *Minderung* des Stimmengewichts - aufgrund der unterschiedlichen Größe der Mitgliedstaaten und der ihnen europarechtlich zugewiesenen degressiv gestaffelten Kontingente von

Abgeordneten - zu heilen. Nicht aber wird dadurch die völlige *Entwertung* von Millionen Stimmen, die im Ergebnis auch noch anderen Parteien und Abgeordneten zugute kommen, dem Maßstab des Europarechts entzogen. Die Nicht-Nennung des Grundsatzes der Gleichheit in Art. 1 Abs. 3 DWA und Art. 14 Abs. 3 EUV kann nur dahin verstanden werden, dass das durch die Kontingentierung bewirkte unterschiedliche Stimmengewicht nicht berührt wird, nicht aber, dass dadurch auch der Entzug und die Umleitung von Stimmen auf andere rechtlich gebilligt oder einer weniger strengen Kontrolle unterworfen würde.

Auch Art. 3 DWA bewirkt keine Milderung der Beurteilung von Sperrklauseln, sondern eine *Verschärfung*. Denn nun sind Sperrklauseln über fünf Prozent, die das Bundesverfassungsgericht 1979 unter bestimmten Bedingungen noch zulassen wollte (BVerfGE 51, 222 [237]), ausnahmslos untersagt. Art. 3 DWA kann deshalb - im Gegensatz zu B's Darstellung (S. 11) - nicht für eine laxere Beurteilung von Sperrklauseln in Anspruch genommen werden. Eher gilt das Gegenteil.

Das bedeutet, dass eine europarechtskonforme Auslegung des Grundgesetzes (Haratsch/König/Pechstein, Europarecht, 6. Aufl., 2009, 100 ff.) die gefundenen Ergebnisse bestätigt.

## **E. Rechtsfolgen**

Hinsichtlich der Rechtsfolge der Verfassungswidrigkeit der *starrten Listen* bleibt es bei meinen Ausführungen in der Beschwerdeschrift (S. 15 f.). Die Anordnung einer sofortigen Neuwahl kommt nicht in Betracht, da dem Gesetzgeber ein Gestaltungsraum bleibt, für dessen Wahrnehmung eine gewisse Zeit in Rechnung zu stellen ist, die er andernfalls – angesichts der ex nunc-Wirkung einer Auflösungsentscheidung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 121, 266 (313)) – nicht hätte. Deshalb können Neuwahlen erst nach einer gewissen Übergangszeit vorgeschrieben werden. Zumindest ist der Gesetzgeber zu einer Korrektur des Europawahlgesetzes unter Beseitigung der verfassungswidrigen starren Listen mit Wirkung für die nächste Europawahl im Jahre 2014 zu verpflichten.

Hinsichtlich der verfassungswidrigen *Fünf-Prozent-Klausel* wendet sich B. gegen die von mir beantragte sofortige Neuberechnung und Neuverteilung der Mandate (S. 15 meiner Beschwerdeschrift). Dabei beruft er sich auf Dreierlei:

Erstens bleibe dem Gesetzgeber auch hier "ein Gestaltungsraum [...], der bei schlichter rechnerischer Nichtanwendung der Sperrklausel nicht

berücksichtigt" werde (Schriftsatz des B., S. 35). B. bleibt dafür aber jegliche Begründung schuldig. Ein solcher Gestaltungsraum ist nicht ersichtlich.

Zweitens beruft B. sich auch darauf, dass kleine Parteien ohne die Sperrklausel möglicherweise mehr Stimmen erhalten hätten, weil ihnen nahe stehende Wähler sich wegen der Fünf-Prozent-Klausel dafür entschieden haben könnten, "ihre Stimme einer anderen Partei zu geben, um ihre Stimme nicht zu verschenken." (S. 35 f.). Das mag zwar sein, ändert aber nichts daran, dass die in meiner Beschwerdeschrift genannten sieben Parteien und Gruppierungen und acht Kandidaten ohne Sperrklausel *in jedem Fall* ins Parlament gekommen wären. Dass dies ohne Sperrklausel möglicherweise noch weiteren Kandidaten und Gruppierungen gelungen wäre, ist ein Gesichtspunkt, der in der Tat erst bei der Wahl im Jahre 2014 berücksichtigt werden kann. Darin liegt jedoch kein Grund, auch die sofort mögliche und notwendige Wiedergutmachung des Unrechts an den genannten sieben Gruppierungen und acht Kandidaten bis dahin aufzuschieben.

Und dass - drittens - dies wegen eingeschränkter Funktionswahrnehmung der neuen Abgeordneten zu unterbleiben habe (S. 35), ist als unzutreffend zurückzuweisen. Im übrigen: Würde man - dem entsprechen, könnte überhaupt keine Neuverteilung der Mandate während der Wahlperiode mehr vorgenommen werden.

Anders als bei der Wahlautomaten-Entscheidung, wo es an jeglichen Hinweisen fehlte, dass „das Wahlergebnis in den betroffenen Wahlbezirken ohne den Einsatz der rechnergesteuerten Wahlgeräte anders ausgefallen wäre“ (BVerfGE 123, 39 (87)), und anders als in der Entscheidung zum negativen Stimmgewicht, wo „eine Eingrenzung der Wahlfehler ... ,auf bestimmte Mandate kaum möglich war“ (BVerfGE 121, 266 (312)), weshalb in beiden Fällen eine Neuberechnung und Neuverteilung der Mandate nicht in Betracht kam, ist im vorliegenden Fall sowohl die Auswirkung der Sperrklausel auf das Wahlergebnis eindeutig gegeben als auch die Eingrenzung auf bestimmte Mandate klar möglich.

Es bleibt also dabei, dass der Senat als Folge der verfassungswidrigen Fünf-Prozent-Klausel eine sofort wirksame Neuberechnung und Neuverteilung der Mandate vorzunehmen hat.

(Prof. Dr. Hans Herbert von Arnim)