

Professor Dr. Hans Herbert von Arnim, Speyer*

Wahlgesetze: Entscheidungen des Parlaments in eigener Sache

Der Anfang der siebziger Jahre vorgeschlagene Begriff der Entscheidung in eigener Sache hat sich inzwischen in Rechtsprechung und Literatur etabliert. Er umfasst aber über die Abgeordnetenentschädigungen und die Parteienfinanzierung hinaus auch die Wahlgesetzgebung. Das hat gravierende Konsequenzen für deren rechtliche Beurteilung auf Kommunal-, Europa-, Bundes- und Landesebene. Der Gesetzgeber sollte dies bei der anstehenden Reform des Bundestagswahlrechts berücksichtigen.

I. Orientierung am Gemeinwohl

Über das Fundament des Gemeinwesens, also die Verfassung im formellen und materiellen Sinn,¹ sollten idealerweise Personen entscheiden, bei denen keine eigenen Interessen ihre Objektivität trüben. Der Staatsphilosoph *John Rawls* hat dafür das Bild gebraucht, Verfassungsgeber sollten – ähnlich der Augenbinde der *Justitia* – hinter einem Schleier des Nichtwissens entscheiden, der ihnen die Konsequenzen für ihre eigene Stellung verbirgt und so wirkliche Unbefangenheit schafft, damit sie „ohne Ansehen der Person“, also unbeeinflusst und gerecht, entscheiden können.² Doch unser Dilemma ist, dass diejenigen, die von der Verfassung eigentlich gezügelt werden sollten, selbst mitten im Staat an den Hebeln der Macht sitzen und ihre Belange direkt in die Verfassung einbringen können, die Wachs in ihren Händen wird.³ Und die Erosion des Gemeinwohls, die der sogenannte Wertewandel und das Berufspolitikertum bewirken, schwächt die inneren Hemmungen gegen den Missbrauch dieser Schlüsselposition zum eigenen Vorteil. Es muss dem Verfassungsrecht und der Verfassungspolitik also letztlich darum gehen, die Bedingungen für eine ausgewogene, möglichst am Gemeinwohl orientierte politische Willensbildung zu schaffen oder doch zu verbessern.⁴

II. Unmittelbare Entscheidungen in eigener Sache: Abgeordnetenentschädigung

Ausgangspunkt der Begriffsbildung⁵ waren Entscheidungen des Parlaments über die Entschädigung von Abgeord-

neten.⁶ Hier wird ein begriffsprägendes Merkmal besonders deutlich: die mangelnde Distanz und Unabhängigkeit der Abgeordneten in solchen Fällen. Das *BVerfG* hat dies bereits im Diätenurteil vom 5.11.1975 erkannt:

In der parlamentarischen Demokratie lasse „es sich nicht vermeiden, dass das Parlament *in eigener Sache* entscheidet, wenn es um die Festsetzung der Höhe und um die nähere Ausgestaltung der mit dem Abgeordnetenstatus verbundenen finanziellen Regelungen“ gehe.⁷ Das Gericht hat deshalb eine strenge Kontrolle vorgenommen. Es hat besondere Transparenzvorkehrungen verlangt, damit – neben der Gerichtskontrolle – die öffentliche Kontrolle Wirkung entfalten kann, und daraus einen Gesetzesvorbehalt⁸ und das Verbot, die Abgeordnetenentschädigung an Beamtengehälter zu koppeln,⁹ abgeleitet. Die Übereinstimmung der Interessen der Parlamentarier bei gleichzeitiger Möglichkeit, selbst ihren finanziellen Status zu regeln, ist das Kennzeichen der sogenannten *politischen Klasse*.¹⁰

III. Parteienfinanzierung

Bei Entscheidungen des Parlaments über die Finanzierung von Parteien ziehen Regierungs- und Oppositionsabgeordnete ebenfalls regelmäßig am selben Strang. Dabei geht es zwar nicht unmittelbar um das Geld der Abgeordneten, sondern ihrer formal selbständigen außerparlamentarischen Organisationen. Mit diesen sind sie aber aufs Engste verbunden. Es erscheint deshalb gerechtfertigt, den Begriff Entscheidung des Parlaments in eigener Sache auch auf die Parteienfinanzierung zu übertragen.¹¹ Typisch ist – wie bei Diäten – die Interessenübereinstimmung und die Bildung politischer Ad hoc-Kartelle von Regierungs- und Oppositionsfraktionen. Das Gesetzgebungsverfahren ermangelt dann – mit den Worten des *BVerfG* in seinem Urteil vom 9.4.1992 – „des korrigierenden Elements gegenläufiger politischer Interessen.“¹²

Dadurch ist das Parlament auch der Kontrolle durch die Wähler entzogen. Wen soll der Bürger für Missbräuche noch mit dem Stimmzettel „bestrafen“ und bei der nächsten Wahl abberufen, wenn alle in die Absprachen eingebunden sind? Kartelle setzen den Parteienwettbewerb außer Funktion.¹³ Die zentrale Bedeutung des „Regierungs-Oppositions-Dualismus“ – und damit auch der „Abwahlmöglichkeit“ – für

* Der Autor lehrt als pensionierter Universitätsprofessor an der Deutschen Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer.

1 Verfassungsrecht im materiellen Sinn sind Rechtsmaterien von fundamentaler Bedeutung – unabhängig davon, ob sie im Verfassungstext niedergeschrieben sind oder nicht. Dazu gehört das Wahlrecht (*Bryde*, Verfassungsentwicklung, 1982, S. 76 f.). Dazu gehört auch das Parteien- und Abgeordnetenrecht, welches die Vorbereitung, den Ablauf und das Ergebnis von Wahlen erheblich beeinflussen kann.

2 *John Rawls*, Eine Theorie der Gerechtigkeit, 1975, S. 159 ff.

3 *Offe*, in: *Kemper* (Hrsg.), Opfer der Macht. Müssen Politiker ehrlich sein?, 1993, S. 125 (133 f.).

4 Siehe – in idealtypischer Sicht – auch *Bourdieu*, Praktische Vernunft. Theorie des Handelns, 1998, z.B. S. 224 f.: Es gehe darum, die Bedingungen zu schaffen, nach denen „die Tugend, die Interessenfreiheit, die Verpflichtung auf den öffentlichen Dienst und das Gemeinwohl im Interesse der Akteure läge... In der Politik hat die Moral nur dann eine Chance, wenn man daran arbeitet, die institutionellen Mittel einer Politik der Moral zu schaffen.“

5 *H. Lang*, Gesetzgebung in eigener Sache, 2007, S. 16: „In die verfassungsrechtliche Debatte eingebracht wurde der Ausdruck [gemeint ist der Ausdruck ‚Entscheidung des Parlaments in eigener Sache‘] von Hans Herbert von Arnim.“

6 *von Arnim*, Parlamentsreform, 1970, S. 48 f.; *ders.* BB 1972, 889 (893); *ders.* Die Abgeordnetendiäten, 1974, S. 41 f.; *ders.*, Abgeordnetenentschädigung und Grundgesetz, 1975, S. 70 ff.

7 *BVerfGE* 40, 296 (327). Hervorhebung nicht im Original.

8 *BVerfGE* 40, 296 (327).

9 *BVerfGE* 40, 296 (316).

10 Siehe auch unten zu Fn. 34–36. – Der Begriff „politische Klasse“ wird neuerdings in politik- und rechtswissenschaftlichen Analysen vielfach verwendet (Überblick bei *von Arnim* ZRP 2002, 223 [Fn. 14]). Auch Altkanzler *Schmidt* gebraucht ihn (*H. Schmidt*, Auf der Suche nach einer öffentlichen Moral, 1998, S. 53 ff.). Das sei – angesichts der öffentlich zur Schau gestellten Empörung mancher Politiker über den Begriff – klargestellt; siehe zum Beispiel den Europaabgeordneten *Posselt*, tz vom 5.6.2009, 24: „Von ‚politischer Klasse‘ zu sprechen, halte ich für empörend! Das unterstellt uns Parlamentariern Feudalismus.“

11 *von Arnim*, Parteienfinanzierung, 1982, S. 46 ff.

12 *BVerfGE* 85, 264 (292).

13 *von Arnim*, Das System, 2001, S. 60 ff.

das Funktionieren der Demokratie hat das *BVerfG* zuletzt im Lissabon-Urteil nachdrücklich betont.¹⁴ Fällt der Dualismus aus, pflegt auch von der Kontrolle durch Öffentlichkeit nicht viel übrig zu bleiben, denn sie lebt entscheidend von der Mobilisierung durch die Opposition. Umso wichtiger ist es, dass sich neben dem Gericht selbst und der Wissenschaft auch wachsame Bürger und investigative Journalisten problematischer Entscheidungen des Parlaments in eigener Sache annehmen.

Unangemessene Diätenregelungen und übermäßige Parteisubventionen betreffen nicht nur die Finanzen, sondern können auch das Einverständnis der Bürger mit ihrem Staat und den ihn tragenden Parteien beschädigen: „Gewöhnen die Bürger den Eindruck, die Parteien ‚bedienen‘ sich aus der Staatskasse, so führte dies notwendig zu einer Verminderung ihres Ansehens und würde letztlich ihre Fähigkeit beeinträchtigen, die ihnen von der Verfassung zugewiesenen Aufgaben zu erfüllen.“¹⁵ Um ein solches Zuviel zu verhindern, hat das *BVerfG* für die offene Subventionierung der Parteien zwei Obergrenzen errichtet: die absolute¹⁶ und die relative.¹⁷ Auch die Steuerbegünstigung von Spenden und Beiträgen will es eng begrenzt sehen.¹⁸ Insgesamt hat das *BVerfG* eine intensive Kontrolle ausgeübt, so dass es vielfach geradezu als „Ersatzgesetzgeber“ apostrophiert wurde. Das Parteiengesetz ist im Wesentlichen eine Niederschrift verfassungsgerichtlicher Urteile.

IV. Wahlgesetze

1. Auch hier: Entscheidungen in eigener Sache

a) Spieler machen die Spielregeln

Diätengesetze verschaffen den Abgeordneten einen konkreten Geldanspruch, ohne dass dafür irgendwelche zusätzlichen Handlungen erforderlich wären. Wahlgesetze haben dagegen keine unmittelbare Wirkung. Das Wahlergebnis liegt erst nach dem Urnengang der Bürger und der Auszählung der Wahlzettel vor. Hier entscheidet das Parlament über die *Spielregeln* für den Kampf um Macht und Ämter. Trotz dieser nur *mittelbaren* Wirkung besitzt die Gestaltung des Wahlrechts größte Bedeutung. Sie kann die Chancen zugunsten des einen und zu Lasten des anderen politischen Wettbewerbers wesentlich beeinflussen. Da durch Wahlen entschieden werden soll, welche Personen ins Parlament kommen und wer die Regierungs- und Gesetzgebungsmacht erlangt, der wir alle unterworfen sind, ist die angemessene Ausgestaltung der (von Politikwissenschaftlern so bezeichneten) Regeln des Machterwerbs¹⁹ für die Legitimation der demokratischen Herrschaft fundamental. Das kommt auch darin zum Ausdruck, dass das Wahlrecht zur Verfassung im materiellen Sinn gehört,²⁰ auch wenn sich der Parlamentari-

sche Rat auf die Verankerung eines Wahlsystems (Mehrheits- oder Verhältniswahl?) im Grundgesetz nicht einigen konnte und deshalb die Entscheidung dem einfachen Gesetzgeber überließ. Zugleich – und hier kommt die Entscheidung in eigener Sache in den Blick – beherrschen die Abgeordneten in den Parlamenten die Gesetzgebung und damit auch die Ausgestaltung jener Regeln, denen sie doch eigentlich unterworfen sein sollten. Wenn die „Spieler“ die Spielregeln selbst festlegen können, fehlen Distanz und Unbefangenheit, und es entsteht die gesteigerte Gefahr von Missbrauch zu Lasten parlamentarischer Minderheiten, außerparlamentarischer Kräfte und der Allgemeinheit. Der Kerngedanke lautet, auf einen kurzen Nenner gebracht: Die Angemessenheit der Regeln der Macht ist besonders *wichtig*, gleichzeitig aber, weil die Betroffenen in eigener Sache entscheiden –, aufs höchste *gefährdet*.²¹ Daraus resultiert verstärkter Kontrollbedarf. Dieser Kerngedanke wird in der jüngsten Verfassungsrechtsprechung hervorgehoben.

b) Rechtsprechung

Im Urteil des *StGH der Freien Hansestadt Bremen* vom 14. 5. 2009 zur Fünfprozentklausel in Bremerhaven heißt es treffend:

„Zu beachten ist (...), dass in der neueren Rechtsprechung der Landesverfassungsgerichte (...), der sich der Staatsgerichtshof anschließt, und Literatur (...) die fundamentale Bedeutung der Gleichheit der Wahl für die Hinnahme der demokratischen Mehrheitsentscheidung einerseits und die Gefahr einer Instrumentalisierung des Wahlrechts zur Sicherung des Machterhalts der Mehrheitsparteien andererseits *stärker als zuvor erkannt* worden ist. Hieraus wird zutreffend auch für Kommunalwahlen die Notwendigkeit der strikten verfassungsgerichtlichen Kontrolle einer Einschränkung der Wahlrechtsgleichheit und Chancengleichheit gefolgert (...).“²²

Literatur²³ und Rechtsprechung behandeln inzwischen zwei Gefahren, denen Wahlgesetze besonders ausgesetzt sind: (1) Die Parlamentsmehrheit manipuliert das Wahlsystem zu ihren Gunsten und zu Lasten der parlamentarischen Opposition. (2) Die Parlamentsmehrheit *und* die parlamentarische Opposition manipulieren gemeinsam die Regeln zu Lasten außerparlamentarischer Konkurrenten.

So erkennt das *BVerfG* in seinem Urteil zur Fünfprozentklausel im Kommunalwahlrecht Schleswig-Holsteins vom 13. 2. 2008 nicht nur, dass es beim Wahlrecht um parlamentarische Entscheidungen in eigener Sache geht, sondern nennt auch beide Gefahren:

Bei „Regelungen, die die Bedingungen der politischen Konkurrenz berühren, (wird) die jeweilige parlamentarische Mehrheit gewissermaßen *in eigener Sache* tätig.“²⁴

Und weiter:

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

Und schließlich:

„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*.“

¹⁴ *BVerfG*, Urteil v. 30. 6. 2009 – 2 BvE 2/08 u. a., Rn. 250, 270, 280, 297.

¹⁵ *BVerfGE* 85, 264 (290) = JZ 1992, 794, dazu *J. Ipsen* JZ 1994, 753.

¹⁶ *BVerfGE* 85, 264 (291 f.). Siehe schon den Vorschlag bei *von Arnim*, Die Partei, der Abgeordnete und das Geld, 1991, S. 291: „Die (...) dringend erforderliche Selbstbegrenzung des Parlaments könnte darin bestehen, das Niveau der staatlichen Politikfinanzierung einzufrieren (...). Eine dahingehende Grundsatzentscheidung (...) wäre, wenn die Rechtsprechung sie nicht trifft, durch ausdrückliche Verfassungsänderung zu verankern und auch auf Fraktionen und Stiftungen zu beziehen.“

¹⁷ *BVerfGE* 85, 264 (289 f.).

¹⁸ *BVerfGE* 85, 264 (293).

¹⁹ *Wildenmann*, in: *ders.*, Gutachten zur Frage der Subventionierung politischer Parteien aus öffentlichen Mitteln, 1968, 70 ff.; *Greven*, in: *Niedermaier/Stöss* (Hrsg.), Stand und Perspektiven der Parteienforschung in Deutschland, 1993, S. 277 (290).

²⁰ Siehe oben Fn. 1.

²¹ So schon *von Arnim* DÖV 1984, 85.

²² Az. St 2/08, Rn. 54. Hervorhebung nicht im Original.

²³ *Z. B. H. Meyer*, in: *Isensee/Kirchhof*, Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, 3. Aufl. 2005, § 45 Rn. 37; *Publ*, in: Festschrift Josef Isensee, 2007, S. 441 (446 ff.); *von Arnim* DVBl 1997, 749 (757); *ders.*, in: Festschrift für Klaus Vogel, 2000, S. 453 (454).

²⁴ *BVerfG*, Urteil v. 13. 2. 2008 – 2 BvK 1/07, Rn. 103. Hervorhebung nicht im Original.

Das *BVerfG* leitet daraus – wie schon der *Staatsgerichtshof Bremen* – die Notwendigkeit einer intensiven verfassungsgerichtlichen Kontrolle ab:

„Aus diesem Grund unterliegt auch die Ausgestaltung des Wahlrechts einer strikten verfassungsgerichtlichen Kontrolle.“²⁵

c) Beispiele

Drastische Beispiele für missbräuchliche Wahlgesetze zu Lasten der Opposition fanden sich gehäuft in den ersten Jahren nach dem Zweiten Weltkrieg, als es noch keine Verfassungsgerichte gab, die parlamentarische Mehrheiten hätten zügeln können. Die Geschichte des damaligen Landeswahlrechts, etwa in Hamburg und Schleswig-Holstein, ist, wie die Historikerin *Merith Niehuss* schreibt, „eine Geschichte von Manipulation und Machenschaften...“, die nicht nur die Macht der großen Parteien befestigten und z. T. begründeten, sondern die auch das gesamte bundesdeutsche Parteienspektrum maßgeblich beeinflusst haben.“²⁶ Dabei agierten die beiden großen Parteien, CDU und SPD, vor allem gegeneinander. Darüber hinaus wurden viele kleine Parteien allmählich eliminiert – mit Ausnahme der FDP, die sich geschickt als Mehrheitsbeschaffer, mal für die eine, mal für die andere Seite, in Szene setzte. Ein anderes Beispiel ist die Erweiterung der Fünfprozentklausel auf das ganze Bundesgebiet. Dadurch sollte kleineren Konkurrenzpartei der Garau gemacht werden. Vorher hatte es gereicht, in einem Bundesland fünf Prozent der Zweitstimmen zu erlangen.²⁷

Ein Fall von Diskriminierung der außerparlamentarischen Opposition war der Ausschluss der Wählergemeinschaften von Kommunalwahlen in Nordrhein-Westfalen im Jahre 1952 und in Niedersachsen 1956, der erst 1960 durch das *BVerfG* aufgehoben wurde.²⁸ Von der staatlichen Parteienfinanzierung sind kommunale Wählergemeinschaften immer noch ausgeschlossen.²⁹

d) Abschichtung von Diätenentscheidungen

Handelt das Parlament bei Entscheidungen über Wahlgesetze aber überhaupt in eigener Sache? *Heinrich Lang*, der diesem Thema jüngst ein umfangreiches wissenschaftliches Werk gewidmet hat, verneint die Frage. Er will den Begriff für unmittelbare Entscheidungen, die die Interessen aller Abgeordneten in gleicher Weise betreffen, reservieren.³⁰ Da Wahlgesetze keine unmittelbare Auswirkung auf das Wahlergebnis haben und es auch an der Übereinstimmung der Interessen sämtlicher Parlamentarier fehlt, gehörten sie nicht dazu. Sie seien Entscheidungen der jeweiligen *Parlamentsmehrheit*.³¹

Doch diese Begrenzung des Begriffs „Entscheidungen in eigener Sache“ erscheint nicht sinnvoll. Beim Wahlrecht geht es keineswegs nur um Entscheidungen der Mehrheit (siehe die zweite oben genannte Fallgruppe und die dort angeführten Beispiele sowie die unter 3. behandelten weiteren Fälle). Mit der Begrenzung würde die vielleicht wichtigste Fallgruppe ausgeklammert; hier geht es immerhin um Manipulationen zur Sicherung der Regierungsmacht. Übrigens: Hätte

Lang die jüngste Rechtsprechung zur Fünfprozentklausel im Kommunalwahlrecht herangezogen, die zum Teil allerdings erst nach Abschluss seiner Arbeit erging, wäre er vermutlich selbst zu einem anderen Urteil gelangt. Jedenfalls ist seinen weiteren Argumenten, die Rechtsprechung verstehe Wahlgesetze selbst nicht als Gesetzgebung in eigener Sache und unterwerfe sie keiner verschärften Gerichtskontrolle,³² durch die neuen Urteile die Grundlage entzogen.

Immerhin ist einzuräumen, dass die genannten beiden Gruppen von Wahlrechtsfällen sich von den oben behandelten Diäten- und Parteienfinanzierungsfällen unter drei Aspekten unterscheiden, auch wenn dies die Anwendbarkeit des Begriffs „Gesetzgebung in eigener Sache“ u. E. nicht berührt:

– Einmal geht es den Akteuren hier darum, sich durch Gestaltung der Regeln des Machterwerbs Vorteile beim Kampf um die Mehrheit im Parlament und die Erlangung der Regierungsmacht zu verschaffen. Die treibenden Kräfte sind dabei diejenigen, die vom Erwerb der Macht etwas haben, weil sie eine Berufung in die Regierung oder sonstige einflussreiche Positionen erwarten können, über die die Regierungsmehrheit verfügt. Dies ist ein relativ kleiner Kreis, den wir *politische Elite* nennen. Er umfasst die *Führungen* derjenigen Parteien und Fraktionen, die um die Regierungsbildung wetteifern. *Franz Münteferings* viel zitierte Worte: „Opposition ist Mist, lasst das die anderen machen. Wir wollen regieren“, und „Kanzleramt ist immer besser“³³ entspringen ganz der Perspektive der politischen Elite. – Dagegen kann es der Masse der Abgeordneten bis hin zum letzten Hinterbänkler ziemlich gleichgültig sein, ob ihre Partei an der Regierungsbildung beteiligt ist oder nicht; sie haben doch keine Chance auf Regierungsposten. Für sie ist es dagegen von existenzieller Bedeutung, dass ihr Mandat gut ausgestattet, ihre Wiederwahl möglichst gesichert ist und ihre Organisationen wohl dotiert sind. Sie bilden die *politische Klasse*.³⁴ Während die Angehörigen der (sehr viel kleineren) politischen Elite typischerweise miteinander in Wettbewerb stehen, ist die (sehr viel größere) politische Klasse geradezu dadurch definiert, dass bei ihr „das korrigierende Element gegenläufiger politischer Interessen“³⁵ fehlt.³⁶

– Zum zweiten kommen bei Wahlrechtsmanipulationen zu Lasten der Opposition politische Kartelle mit dieser natürlich nicht in Betracht. Die Kontrolle durch Opposition und Wähler bleibt also intakt. Dasselbe gilt für die Öffentlichkeitskontrolle: Die Opposition kann sich an die Medien wenden und sie mit Material über die Unfairness der geplanten Regelung „füttern“.

– Hinzu kommt schließlich, dass der Parlamentarische Rat die Entscheidung über das Wahlsystem (Verhältnis- oder Mehrheitswahl?) erklärtermaßen dem Gesetzgeber überlassen hat. Dieser besitzt deshalb in der Systemfrage, obwohl er in eigener Sache entscheidet, weitgehend freie Hand – auch frei von der Kontrolle durch Verfassungsgeschichte.

Diese drei Besonderheiten können für eine funktionsgerechte Analyse relevant werden und sind deshalb im Blick zu behalten. Im Folgenden werden zunächst einige aktuelle Diskriminierungsfälle zu Lasten der inner- oder außerpar-

²⁵ Die drei letzten Zitate alle *BVerfG* (Fn. 24), Rn. 124. Hervorhebungen nicht im Original.

²⁶ *Niehuss*, in: *von Arnim/Färber/Fisch* (Hrsg.), *Föderalismus – Hält er noch, was er verspricht?*, 2000, S. 197.

²⁷ *von Arnim*, *Volksparteien ohne Volk*, 2009, S. 55.

²⁸ *BVerfGE* 11, 266.

²⁹ Zur Verfassungswidrigkeit dieses Ausschlusses: *Bundespräsidialamt* (Hrsg.), *Empfehlungen der Kommission unabhängiger Sachverständiger zur Parteienfinanzierung*, 1994, S. 61 f.

³⁰ *H. Lang* (Fn. 5), S. 28.

³¹ *H. Lang* (Fn. 5), S. 35.

³² *H. Lang* (Fn. 5), S. 33.

³³ *Frankfurter Allgemeinen Zeitung* vom 12. 6. 2009, S. 29.

³⁴ Siehe auch oben zu Fn. 10.

³⁵ Oben zu Fn. 12.

³⁶ *von Arnim*, *Fetter Bauch regiert nicht gern*, 1997, S. 42 ff. Ähnlich schon *von Beyme*, *Die politische Klasse im Parteienstaat*, 2. Aufl. 1995, S. 30 ff.

lamentarischen Opposition und dann eine bisher meist übersehene weitere Fallgruppe behandelt.

2. Kampf um die Gleichheit der Wahl

a) Beseitigung der Fünfprozentklausel im Kommunalwahlrecht

Das *BVerfG* hatte die Fünfprozentklausel auch bei Kommunalwahlen in einem sehr frühen Urteil vom 23. 1. 1957 noch mit der formelhaften Begründung für verfassungsmäßig erklärt, sie sei „unter dem Gesichtspunkt der Bekämpfung von Splitterparteien ... gerechtfertigt“.³⁷ Dabei hatte nicht einmal das Wahlgesetz für den ersten Bundestag eine Sperrklausel vorgesehen – jedenfalls in der vom Parlamentarischen Rat am 10. 5. 1949 beschlossenen Fassung. Die Klausel wurde erst von den Ministerpräsidenten mit Zustimmung der Besatzungsmächte hinzugefügt³⁸ und kurz darauf vom *BVerfG* abgeseget.³⁹ Inzwischen aber hat sich die Rechtsprechung – jedenfalls in Bezug auf die Kommunen – völlig gewandelt und das Problem, das in der fundamentalen Bedeutung der Wahl- bzw. Chancengleichheit⁴⁰ und ihrer gleichzeitigen besonderen Gefährdung liegt, „stärker als zuvor erkannt“.⁴¹ Daraus ergeben sich mehrere Feststellungen, die auch für die Beurteilung von Sperrklauseln in anderen Wahlgesetzen relevant werden können:

Die Gerichte erkennen, dass vor allem die Einführung der Direktwahl der Bürgermeister und Landräte die Lage verändert hat und auch die rechtlichen Maßstäbe sich gewandelt haben.⁴²

In Konsequenz des verschärften rechtlichen Maßstabs überprüfen die Gerichte nun intensiv, ob wirklich zwingende Gründe die Sperrklausel erfordern.⁴³ Deshalb, so formuliert das *BVerfG* in seinem schon erwähnten Urteil vom 13. 2. 2008, darf

„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.“⁴⁴

Eine „abstrakte, theoretische Möglichkeit der Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit“ der Volksvertretung durch die Sperrklausel (die die Rechtsprechung früher hat ausreichen lassen) genügt nicht mehr. Vielmehr hat der Gesetzgeber eine Realanalyse vorzunehmen, aus der sich, wie der *Berliner Verfassungsgerichtshof* als einer der ersten schrieb, die „konkrete, mit einiger Wahrscheinlichkeit zu erwartende Möglichkeit einer solchen Beeinträchtigung“ ergibt.⁴⁵

Schließlich betont die Rechtsprechung die Pflicht, Sperrklauseln beim Wegfall der ursprünglichen „Geschäftsgrundlage“ zu überprüfen. Der Gesetzgeber ist – mit den Worten des *BVerfG* – 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.“⁴⁶

Wie die Nachprüfung durch Landesparlamente und Rechtsprechung ergab, konnte den gewandelten tatsächlichen Verhältnissen und den verschärften normativen Anforderung 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 Sperrn inzwischen flächendeckend beseitigt. Dies nicht nur dort, wo die kommunalen Verwaltungschefs direkt vom Volk gewählt werden, wie zum Beispiel in Nordrhein-Westfalen, im Saarland, in Hessen, Thüringen und Schleswig-Holstein, sondern auch bei der Wahl der Berliner Bezirksverordnetenversammlungen und der Stadtverordnetenversammlung der Stadt Bremerhaven, wo dies nicht der Fall ist.

b) Verfassungswidrigkeit der Fünfprozentklausel im Europawahlgesetz

Die Fünfprozentklausel im deutschen Europawahlrecht hat das *BVerfG* in einem Urteil vom 22. 5. 1979 anlässlich der ersten sogenannten Direktwahl zum Europäischen Parlament für verfassungsmäßig erklärt,⁴⁷ auch dies – wie zunächst bei der kommunalen Sperrklausel – allerdings nur mit formelhafter Begründung.⁴⁸ Auch in Europa ist inzwischen aber tatsächlich und rechtlich eine völlig neue Lage entstanden. Zudem sollte heute klar sein: Auch über die Fünfprozentklausel im Europawahlgesetz entscheidet der Bundestag in eigener Sache – genau wie die Landtage bei Entscheidungen über die Sperrklausel bei Kommunalwahlen. Denn es geht um den Ausschluss und damit um die Schwächung von Konkurrenzparteien.

aa) Neue tatsächliche Situation

1979 bestand die Europäische Gemeinschaft aus neun Mitgliedstaaten, heute sind es 27, darunter sehr viele sehr kleine.

Im Europäischen Parlament waren 1979 40 Parteien vertreten.⁴⁹ Nach der Wahl 2009 sind es 162 Parteien, davon zum Beispiel 11 aus Großbritannien und 12 aus Belgien.⁵⁰ Soll es dann aber einen wesentlichen Unterschied machen, ob nach Wegfall der Sperrklausel zu den sechs deutschen Parteien, die Abgeordnete nach Brüssel entsenden, noch die eine oder andere hinzu kommt?

In einem Mitgliedstaat mit großer Bevölkerung wirkt sich die Sperrklausel besonders drastisch aus, weil dort sehr viele Stimmen erforderlich sind, um die Sperre zu überwinden. Unter diesem Gesichtspunkt ist es bemerkenswert, dass keines der anderen großen Länder eine auf das ganze Wahlgebiet bezogene Fünfprozentklausel hat. Spanien und Großbritannien haben keine Sperrklausel. In Frankreich ist die Fünfprozentklausel auf die Stimmen in den jeweiligen Wahlkreisen bezogen. Italien hat eine landesweite Vierprozentklausel. Ausgerechnet das bevölkerungsreichste Deutsch-

³⁷ *BVerfGE* 6, 104 (112).

³⁸ *Mußgnug*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. I, 3. Aufl. 2003, S. 315 ff., Rn. 89; *H. Meyer*, in: *Isensee/Kirchhof* (Fn. 23), S. 543 ff., Rn. 38.

³⁹ *BVerfGE* 1, 208 ff.

⁴⁰ *BVerfG* (Fn. 24), Rn. 95 ff., 101 ff.

⁴¹ Siehe oben Fn. 22.

⁴² So resümiert der *StGH Bremen* in seinem oben genannten Urteil vom 14. 5. 2009, Rn. 52, lapidar: „Inzwischen haben sich die tatsächliche Situation und die rechtliche Betrachtungsweise verändert.“

⁴³ Siehe oben zu Fn. 22 und 25.

⁴⁴ *BVerfG* (Fn. 24), Rn. 124.

⁴⁵ *Berliner Verfassungsgerichtshof*, Urteil vom 17. 3. 1997 – *VerfGH* 90/95, Leitsatz 4.

⁴⁶ *BVerfG* (Fn. 24), Rn. 110.

⁴⁷ *BVerfGE* 51, 222.

⁴⁸ Zur vielstimmigen Kritik am Urteil statt aller *Murswiek* DVBl 1980, 123 ff. Siehe auch schon *ders.* JZ 1979, 48 ff.

⁴⁹ Forschungsgruppe Wahlen. Europawahl in Deutschland. Eine Analyse der 1. Direktwahl zum Europaparlament am 10. 6. 1979, Juni 1979, 4, A58 ff.

⁵⁰ Forschungsgruppe Wahlen. Europawahl. Eine Analyse der Wahl vom 7. 6. 2009, Juni 2009, S. 231 ff.

land, in dem die Sperrklausel am meisten ins Gewicht fällt, hat eine bundesweite Fünfprozentklausel.

Die FDP war 1994 mit 1 443 146 Stimmen (4,1 Prozent) und 1999 mit 820 106 Stimmen (3,0 Prozent) nicht ins Parlament gelangt. Für mindestens fünf Prozent musste eine deutsche Partei 2009 mehr Wählerstimmen bekommen, als Estland, Malta, Slowenien und Zypern zusammen benötigen, um ihre 24 Abgeordneten nach Brüssel zu schicken.

Die Freien Wähler, die bei der Europawahl 2009 in Bayern 266 228 gültige Stimmen (6,7 Prozent)⁵¹ erhielten und ohne Sperrklausel zwei Abgeordnete nach Brüssel entsenden würden,⁵² fallen völlig unter den Tisch, obwohl sie im Freistaat Bayern mehr als fünf Prozent erlangt haben und insgesamt mehr Wähler hinter ihnen stehen, als in ganz Estland, das von sechs Abgeordneten im Europäischen Parlament vertreten wird, für alle Parteien zusammen votiert haben.

Die Fraktionen sind zu den eigentlichen Akteuren des Europäischen Parlaments geworden. Im bisherigen Parlament (2004 bis 2009) existierten sieben Fraktionen, die auch in der neuen Zusammensetzung fortbestehen werden. Sie setzten sich jeweils aus Abgeordneten vieler nationaler Parteien zusammen. So werden der Fraktion der Europäischen Volkspartei (Christdemokraten) und europäischen Demokraten (EVP-ED) voraussichtlich Abgeordnete aus 26 Mitgliedstaaten angehören, der Sozialdemokratischen Fraktion im Europäischen Parlament (SEP) Abgeordnete aus 25 Mitgliedstaaten und der Fraktion der Allianz der Liberalen und Demokraten für Europa (ALDE) aus 19 Staaten. Vertreter weiterer deutscher Parteien, die bei Wegfall der Sperrklausel zusätzlich ins Parlament kämen, würden sich voraussichtlich in eine der Fraktionen eingliedern, ohne den Arbeitsablauf des Parlaments zu beeinträchtigen.

Hinzu kommen nach der Europawahl 2009 93 weitere Abgeordnete, von denen noch ungewiss ist, ob sie neue Fraktionen bilden oder sich einer der bestehenden Fraktionen anschließen und wenn ja, welcher.⁵³

Inzwischen haben sich auch politisch verwandte nationale Parteien organisatorisch zu sogenannten europäischen politischen Parteien zusammengeschlossen, die auch im Wahlkampf ihrer Mitgliedsparteien mitwirken und dafür die ihnen zufließenden öffentlichen Mittel verwenden. Diese Zusammenschlüsse beruhen auf Art. 191 EG-Vertrag und der Parteienverordnung von 2003,⁵⁴ die 2007 ergänzt wurde.⁵⁵ Nach deutschem Verfassungsrecht müssen Parteien schon beim Erreichen von 0,5 Prozent der Wählerstimmen an der Staatsfinanzierung beteiligt werden. Für die Teilnahme am europäischen Finanzierungsfonds reicht das aber nicht aus. Hier sind ungleich höhere Hürden zu überwinden. Deshalb sollen die deutschen Parteien wenigstens nicht durch die Fünfprozent-Klausel noch zusätzlich benachteiligt werden.

bb) Verschärfte rechtliche Maßstäbe

Die Verfassungsgerichte haben die Beurteilungsmaßstäbe für Sperrklauseln massiv verschärft. Jetzt genügt, wie der *StGH Bremen* in seinem erwähnten Urteil festgestellt hat, das bloße Zersplitterungsargument, dass also bei Wegfall der Sperrklausel mehr Parteien ins Parlament kommen, definitiv nicht

mehr,⁵⁶ selbst wenn klar ist, wie das *BVerfG* in seinem Urteil vom 13. 2. 2008 bemerkt, 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 die Chancengleichheit der politischen Parteien zu rechtfertigen (...). Denn Demokratie setzt das Aufeinandertreffen verschiedener Positionen und das Finden von Kompromissen voraus.“⁵⁷

Es schade deshalb nicht, wenn die Volksvertretung „politisch bunter“ werde.⁵⁸ Vielmehr sei eine an den konkreten Verhältnissen der jeweiligen Volksvertretung ausgerichtete „Realanalyse“ durchzuführen,⁵⁹ 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 ist.⁶⁰

cc) Ergebnis: Verfassungswidrigkeit der Fünfprozentklausel im deutschen Europawahlrecht

Demnach kann auch die Fünfprozentklausel im Europawahlrecht keinen Bestand haben. Das *BVerfG* hatte 1979 aus der Zersplitterung direkt auf die Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit des Parlaments geschlossen. Die Orientierung des Gesetzgebers an dem „Ziel, einer übermäßigen Parteienzersplitterung im Europäische Parlament entgegenzuwirken,“ so meinte das Gericht damals noch, reiche aus, um das dafür Erforderliche zu rechtfertigen.⁶¹ Eine sorgfältige Analyse, die eine wesentliche Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit des Europäischen Parlaments durch die Sperrklausel mit einiger Wahrscheinlichkeit ergibt, hatte das Gericht vom Gesetzgeber noch nicht verlangt, und dieser hatte sie auch nicht vorgenommen. Aufgrund der inzwischen gewandelten Verhältnisse und der verschärften Rechtsauffassung muss der Gesetzgeber die Klausel erneut auf den Prüfstand stellen. Das Ergebnis kann nur ihre Entschärfung sein. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass ohnehin ein Mindestmaß an Stimmen erforderlich ist, um einen Abgeordneten ins Europäische Parlament zu bringen. Notfalls muss das *BVerfG* die Fünfprozentklausel kassieren. Daran ändert auch der im Jahr 2002 in den sogenannten Direktwahlakt eingefügte Art. 3⁶² nichts. Er lautet:

„Für die Sitzvergabe können die Staaten eine Mindestschwelle festlegen. Diese Schwelle darf jedoch landesweit nicht mehr als fünf Prozent der abgegebenen Stimmen betragen.“

Satz 1 in dieser Vorschrift ist lediglich eine Kann-Bestimmung, die keineswegs zur Einführung einer solchen Schwelle verpflichtet. Satz 2 besagt, dass eine höhere Sperrklausel als fünf Prozent europarechtlich unzulässig wäre. Daraus kann aber nicht gefolgert werden, eine Sperrklausel bis zur Höhe von 5 Prozent sei ohne die nach nationalem deutschen Recht erforderliche Begründung zulässig. Der Direktwahlakt setzt nur einen Rahmen, innerhalb dessen der nationale Gesetzgeber *europarechtlich* frei sein mag, aber jedenfalls an das *nationale Verfassungsrecht* gebunden bleibt, und danach ist

⁵⁶ *VerfGH Bremen* (Fn. 22), Rn. 78.

⁵⁷ *BVerfG* (Fn. 24), Rn. 126.

⁵⁸ *BVerfG* (Fn. 24), Rn. 69.

⁵⁹ *BVerfG* (Fn. 24), Rn. 60.

⁶⁰ *BVerfG* (Fn. 24), Rn. 52.

⁶¹ *BVerfGE* 51, 222 (233, 246 f., 249).

⁶² Direktwahlakt: Beschluss und Akt zur Einführung allgemeiner unmittelbarer Wahlen der Abgeordneten des Europäischen Parlaments vom 20. 9. 1976 (BGBl 1977 II S. 733/734), zuletzt geändert durch Beschluss des Rates vom 25. 6. 2002 und 23. 9. 2002 (BGBl 2003 II S. 810; 2004 II S. 520).

⁵¹ Bayerisches Landesamt für Statistik und Datenverarbeitung, Pressemitteilung vom 18. 6. 2009.

⁵² Auskunft von W. Zicht (wahlrecht.de) mit Mail vom 8. 6. 2009.

⁵³ Forschungsgruppe Wahlen (Fn. 50), S. 225.

⁵⁴ Dazu von Arnim/Schurig, Die EU-Verordnung über die Parteienfinanzierung, 2004.

⁵⁵ Dazu von Arnim, Focus 40/2007 vom 1. 10. 2007, S. 34.

die Fünfprozentklausel eben nicht zu halten. Der Grundsatz des Vorrangs von Europarecht bei Kollisionen mit nationalem Recht spielt hier keine Rolle, weil gar keine Kollision vorliegt. Im Übrigen hätte selbst im Falle einer Kollision das Europarecht hier ausnahmsweise zurücktreten müssen. Denn der bei Wahlen streng auszulegende Gleichheitssatz ist Bestandteil des Demokratieprinzips (Art. 20 Abs. 1 GG) und des überpositiven Rechts (Art. 1 Abs. 2 GG) und darf deshalb weder durch Grundgesetzänderungen (Art. 79 Abs. 3 GG) noch durch Europarecht berührt werden.⁶³ Das hat das *BVerfG* in seinem Lissabon-Urteil bestätigt.⁶⁴ Die Kann-Bestimmung des Art. 3 müsste also in jedem Fall so ausgelegt werden, dass dieser Kernbereich nicht verletzt wird.

Gewiss, das Stimmgewicht bei Europawahlen ist von Land zu Land unterschiedlich. Staatsangehörige eines bevölkerungsschwachen Mitgliedstaates haben etwa das zwölffache Stimmgewicht von Staatsangehörigen eines bevölkerungsstarken.⁶⁵ Angesichts des Charakters der EU als eines von den Völkern der Mitgliedstaaten getragenen Staatenverbundes⁶⁶ ist dieser Grad an Ungleichheit unvermeidlich und deshalb hinzunehmen.⁶⁷ Durch die deutsche Fünfprozentklausel, die Millionen Stimmen kompensationslos unter den Tisch fallen lässt, wird aber eine Ungleichheit von unerhört viel größerer Intensität geschaffen. Dieses Mehr an Ungerechtigkeit ist keineswegs durch die Struktur der EU bedingt. Es ist allein vom deutschen Gesetzgeber zu verantworten. Die Ungleichheit besteht einmal im Verhältnis zu anderen deutschen Wählern, Kandidaten, Parteien und politischen Vereinigungen, deren Stimmen bei der Mandatsverteilung berücksichtigt werden. Sie besteht aber auch im Verhältnis zu Wählern, Kandidaten und Parteien anderer Staaten, weil die Fünfprozentklausel in großen Staaten wie Deutschland sehr viel mehr Stimmen ausschließt als in kleinen. Um dieses – vermeidbare – Mehr an Ungleichheit des Wahlrechts und der Chancengleichheit der Parteien geht es hier, und dafür fehlt es eben an einer genügenden Rechtfertigung im Sinne eines zwingenden Grundes.

Hinzu kommt: Das *BVerfG* hat im Lissabon-Urteil festgestellt, dass das Europäische Parlament – im Gegensatz zu nationalen Parlamenten – nicht gerüstet ist,

„repräsentative und zurechenbare Mehrheitsentscheidungen als einheitliche politische Leitentscheidungen zu treffen. Es ist (...) 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.“⁶⁸

Das bedeutet, dass das Europäische Parlament zu allen *wichtigen* Mehrheitsentscheidungen, die nationale Parlamenten zu treffen haben und die die Fünfprozentklausel im Bundeswahlgesetz rechtfertigen, strukturell gar nicht in der Lage ist. Dann aber kann auch die Erschwerung von Mehrheitsbeschlüssen des Europäischen Parlaments durch kleine Parlamentsparteien, selbst wenn sie denn tatsächlich vorläge, erst recht keinen zwingenden Grund für die Aufrechterhaltung der Fünfprozentklausel darstellen.

⁶³ *BVerfGE* 73, 339 (375 f.). Siehe auch *Zippelius/Würtenberger*, Deutsches Staatsrecht, 32. Aufl. 2008, § 56 Rn. 108.

⁶⁴ *BVerfG* (Fn. 14), Rn. 179, 218.

⁶⁵ *von Arnim*, Das Europa-Komplott, 2006, 62 ff.; *ders.* (Fn. 27), S. 330 f. Siehe auch *BVerfG* v. 30. 6. 2009, Rn. 284.

⁶⁶ *BVerfG* (Fn. 14), Leitsatz 1 und Rn. 280.

⁶⁷ *BVerfG* (Fn. 14), Rn. 227, 279, 286.

⁶⁸ So die zusammenfassende Darstellung in der Presseerklärung des *BVerfG* vom 30. 6. 2009.

3. Kampf um die Freiheit und Unmittelbarkeit der Wahl

Neben den oben genannten Fallgruppen von Wahlgesetzen in eigener Sache gibt es noch eine weitere, von Literatur und Rechtsprechung bisher sträflich vernachlässigte Gruppe: Parlamentsmehrheit und Opposition manipulieren gemeinsam das Wahlsystem zu Lasten der Freiheit aller Bürger.

Bei diesen Fällen geht es nicht um die Benachteiligung der parlamentarischen oder außerparlamentarischen Opposition und ihrer jeweiligen Wähler durch die Regierungsmehrheit oder das ganze Parlament, die bisher ganz im Vordergrund der wissenschaftlichen Diskussion steht,⁶⁹ sondern um die Beeinträchtigung *sämtlicher* Wähler. Die „Front“ verläuft nicht – sozusagen vertikal – zwischen konkurrierenden Parteien und ihren jeweiligen Anhängern. Sie verläuft vielmehr – horizontal – zwischen der politischen Klasse der Berufspolitiker auf der einen Seite und allen ihren Wählern auf der anderen, also zwischen Herrschenden und Beherrschten. Es geht um zu geringe Einwirkungsmöglichkeiten der Bürger auf die Politik. Handelt es sich bei der Politikfinanzierung darum, ein Zuviel zu unterbinden, so geht es beim Wahlrecht darum, ein Zuwenig zu revidieren.

Letztlich geht es darum, dass die Bürger überhaupt etwas zu *wählen* haben, um die in Art. 28 und 38 GG versprochene Freiheit und Unmittelbarkeit der Wahl der Abgeordneten, deren grundlegende Bedeutung für die Demokratie das *BVerfG* erst jüngst wieder hervorgehoben hat.⁷⁰ Darum aber ist es schlecht bestellt. De facto ist der Wähler weitgehend entmachtet, und zwar in sehr viel größerem Umfang als durch die Gegebenheiten der Massendemokratie ohnehin unvermeidbar ist.

a) Bundestagswahlen

In ihren Hochburg-Wahlkreisen entscheiden die sogenannten Volksparteien ohnehin, wer Abgeordneter wird. Welche Personen sie dort auch immer aufstellen, sie sind mit der Nominierung praktisch auch schon „gewählt“. Da es die von *Franz Müntefering* einst vorgeschlagenen Vorwahlen⁷¹ immer noch nicht gibt, können die Parteien sich „vom Willen der Wähler entfernen“ und diesen ihre Abgeordneten „faktisch diktieren“⁷². Um dies zu illustrieren, habe ich im Frühjahr 2009 zahlreiche Wahlkreise benannt, in denen bei der Bundestagswahl am 27. 9. 2009 die Kandidaten sicher sein konnten, ins Parlament einzuziehen.⁷³

Bei der Wahl mit der Zweitstimme bleibt erst recht keine Wahl. Wen die Parteien auf vordere Listenplätze setzen, dem kann der Wähler nichts mehr anhaben. Da die meisten auf der Liste *und* im Wahlkreis kandidieren, können die Bewerber der beiden Volksparteien oft sicher sein, auf einem der beiden Wege Erfolg zu haben. Wer im Wahlkreis verliert, kommt über die Liste doch noch ins Parlament. Man fühlt sich an die Fabel von Hase und Igel erinnert: Bestimmte Abgeordnete „gewinnen“ immer, unabhängig davon, wen die Bürger wählen. So immunisieren sich Berufspolitiker gegen eine Abwahl durch die Bürger. Dadurch, dass im Wahlkreis suggeriert wird, der Bürger könne mit der Erststimme

⁶⁹ Siehe statt vieler *H. Meyer*, in: *Isensee/Kirchhof* (Fn. 23), § 45 Rn. 37 mit Fn. 91, für den die Wahlrechtsproblematik allein in der Begründung von „Vor- und Nachteilen gegenüber dem politischen Gegner“ besteht.

⁷⁰ *BVerfG* (Fn. 14), Rn. 174 ff., 208 ff.

⁷¹ Siehe zu Vorwahlen *Magiera*, Jahrbuch des öffentlichen Rechts 1973, 621 (642 ff.).

⁷² *BVerfGE* 41, 399 (418).

⁷³ *von Arnim* (Fn. 27), 2009, 85 ff. Dort werden in 100 sicheren Wahlkreisen Ross und Reiter aufgelistet.

entscheiden, wer ins Parlament kommt, wird der Eindruck einer Persönlichkeitswahl erweckt, auch wenn dies gar nicht der Fall ist.

b) Europawahlen

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 zum Beispiel 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, ist eine semantische Verschleierung der wahren Verhältnisse.⁷⁴ Daran ändert auch Art. 1 des europäischen Direktwahlaktes in der Fassung von 2002 nichts. Er lautet:

(1) In jedem Mitgliedstaat werden die Mitglieder des Europäischen Parlaments nach dem Verhältniswahlssystem auf der Grundlage von Listen oder von übertragbaren Einzelstimmen gewählt.

(2) Die Mitgliedstaaten können Vorzugstimmen auf der Grundlage von Listen nach den von ihnen festgelegten Modalitäten zulassen.

(3) Die Wahl erfolgt allgemein, unmittelbar, frei und geheim.

Starre Listen werden durch diese Vorschrift nicht etwa vorgeschrieben, sondern im Gegenteil wird ausdrücklich eine Flexibilisierung zugelassen. Ob der nationale Gesetzgeber verpflichtet ist, eine solche vorzunehmen, richtet sich nach nationalem Verfassungsrecht.

Insgesamt zeigt sich: Die Nominierung durch die Parteien ist entscheidend. Wer in einem sicheren Wahlkreis oder vorn auf der Liste platziert wird, für den ist die Wahl bereits gelaufen. Alles, was dem (Schein-)Wähler noch übrig bleibt, ist, den Nominierten formal abzusegnen. Die Parteien sind sich auch durchaus bewusst, dass sie es sind, die die Pfründe verteilen, und demonstrieren das ganz ungeniert, indem sie sich von ihren Abgeordneten dafür regelrecht bezahlen lassen. Die auf diese Weise erhobenen „Parteisteuern“ machen über 50 Millionen Euro im Jahr aus und sind auch noch steuerbegünstigt. Dem Volk wird sein Recht genommen, seine Vertreter ins Parlament zu wählen und sie beim nächsten Mal gegebenenfalls wieder abzuwählen. Das demokratische Mindestrecht der Bürger, schlechte Repräsentanten ohne Blutvergießen wieder loszuwerden (*Raimund Popper*), das auch das *BVerfG* in seinem Lissabon-Urteil betont,⁷⁵ ist den Deutschen verwehrt.

c) Entwicklungsgeschichte

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

„Wortlaut und Geist der Verfassung erfordern eine Änderung dieses Zustandes... die Mängel sind so augenfällig, daß nach den tatsächlichen Verhältnissen die Vorschriften der Verfassung, daß das Wahlrecht ein unmittelbares sein soll, durch das Wahlsystem nicht mehr erfüllt wird.“⁷⁶

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

Unter dem Grundgesetz ist die verfassungsrechtliche Ausgangslage eine völlig andere. Die Weimarer Reichsverfassung hatte die Verhältniswahl noch zwingend vorgeschrieben (Art. 22) und die Verfassungsgebende Nationalversammlung hatte das Reichswahlgesetz, welches starre Listen vorsah, einstimmig, also mit der für Verfassungsänderungen notwendigen Mehrheit, beschlossen. Daraus folgte die herrschende Auffassung, dass das Reichswahlgesetz, auch wenn es mit dem Verfassungstext nicht vereinbar sein sollte, jeder Anfechtbarkeit seiner Verfassungsmäßigkeit entrückt sei.⁷⁷ Die Weimarer Verfassung ließ nämlich sogenannte Verfassungsdurchbrechungen zu, das heißt, die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes galt als geheilt, wenn dieses mit den für Verfassungsänderungen erforderlichen Mehrheiten zustande gekommen war.

Dagegen ließ der Parlamentarische Rat 1948/49 die Entscheidung über das Wahlsystem verfassungsrechtlich bewusst offen. Gleichzeitig präjudizierte er die Entscheidung zwar faktisch, indem er für den *ersten* Bundestag ein Wahlgesetz erließ, in dem auch starre Listen vorgesehen waren.⁷⁸ Verfassungsdurchbrechungen sind unter dem Grundgesetz aber – im Gegensatz zu Weimar – ausdrücklich untersagt (Art. 79 Abs. 1 Satz 1 GG). Das Bundeswahlgesetz muss sich also nach wie vor am Grundgesetz messen lassen.

Dass das Wahlgesetz zum ersten Bundestag noch starre Listen vorsah, dürfte auch mit dem gewaltigen Misstrauen zusammenhängen, welches der Parlamentarische Rat gegenüber dem Volk hegte, das einem Diktator zugejubelt hatte. Die Kehrseite des Misstrauens war eine gezielte Hervorhebung der Parteien. Sie entsprang ebenfalls der Reaktion auf Weimar, nämlich der damaligen Parteienverachtung, die ihren Gipfel in der vernichtenden Parteien- und Parlamentarismuskritik eines *Carl Schmitt* gefunden hatte. Die 61 Väter und vier Mütter des Grundgesetzes verankerten die Parteien deshalb – erstmals in der deutschen Geschichte – in einer Verfassung.

Das Grundgesetz gesteht den Parteien in Art. 21 aber ausdrücklich nur eine begrenzte Rolle zu. Sie sollen an der politischen Willensbildung des Volkes lediglich *mitwirken* – und sie nicht beherrschen. Natürlich streben die Parteien – wie jegliche Macht – darüber hinaus, und diesem Expansionsdrang lieferte *Gerhard Leibholz*, ein überaus einflussreicher Staatsrechtslehrer, schon zu Beginn der Republik die verfassungsrechtliche Legitimierung. Seine Doktrin vom umfassenden Parteienstaat lief quasi auf eine Vergötterung der Parteien hinaus. Das Volk wurde weginterpretiert und durch die Parteien ersetzt; das bereitete die theoretische Grundlage und Rechtfertigung für die Entmachtung der

⁷⁴ 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.

⁷⁵ Siehe oben Fn. 14.

⁷⁶ Reichstagsdrucksachen 1924, Nr. 445, S. 32.

⁷⁷ *G. Anschütz*, Kommentar zur Weimarer Reichsverfassung, 14. Aufl. 1933, Art. 22 Anm. 4, Fn. 3.

⁷⁸ Näheres bei *von Arnim* (Fn. 27), S. 53.

Bürger. *Leibholz* erkennt zwar, das starre Listen gegen die Unmittelbarkeit der Wahl der Abgeordneten durch das Volk verstoßen,⁷⁹ will den Unmittelbarkeits-Grundsatz aber „partei-staatlich“ modifiziert wissen: Da *Leibholz* Volk und Partei in eins setzt,⁸⁰ sei auch die Auswahl der Abgeordneten durch die Partei als Wahl durch das Volk anzusehen.⁸¹

Kein Wunder, dass die Parteien *Leibholz* von Anfang an ins *BVerfG* wählten, die Wahl immer wieder erneuerten und auch seinen Schüler *Julius Rink* nach Karlsruhe entsandten. Jahrzehntlang drückte ihre Parteienstaatsdoktrin der Rechtsprechung den Stempel auf. Inzwischen ist das Gericht davon zwar wieder abgerückt. Die Gleichsetzung von Volk und Parteien wird heute praktisch von niemandem mehr vertreten.⁸² Die früheren Urteile wirken aber noch fort, obwohl die Monopolisierung der Auswahl der Abgeordneten in der Hand der Parteien damit von Art. 21 GG nicht mehr gedeckt ist. Eine *Mitwirkung* der Parteien ist auch bei flexiblen Listen und Vorwahlen in den Wahlkreisen gegeben, weil sie weiterhin die Listen aufstellen und die Kandidaten vorschlagen und dies ein beträchtliches Beharrungsmoment besitzt. Flexible Listen, die die Grundsätze der Unmittelbarkeit und Freiheit (Art. 28, 38 GG) verlangen, sind mit der Mitwirkung der Parteien an der politischen Willensbildung des Volkes (Art. 21 Abs. 1 GG) also ohne weiteres vereinbar. Dies gilt auch für Vorwahlen.

d) Resümee

Die Gesamtsicht ergibt: Bei Verletzung der politischen Freiheit wird ohne zureichenden Grund mit einem völlig anderen Maßstab gemessen als bei Verletzung der politischen Gleichheit. Manipuliert die *Parlamentsmehrheit* das Wahlrecht auf Kosten der Opposition, ist das – mangels zwingender Gründe – anerkannterweise verfassungswidrig, und die Gerichte greifen ein. Bei Manipulation des Wahlrechts zu Lasten *aller* Bürger verkürzt die Rechtsprechung die politische Freiheit dagegen auf einen bloßen Formalismus.⁸³ Das gelegentlich zur Verteidigung der starren Listen vorgebrachte angebliche Bedürfnis, Fachleute ins Parlament zu bringen, erscheint angesichts der schnellen Einarbeitung der Volkvertreter in ihnen bisher völlig unbekannte Materien nur eine Schutzbehauptung. Tatsächlich beruht der Widerstand der politischen Klasse auf dem Wunsch, an einem Wahlsystem festzuhalten, welches ihnen das Amt beschert hat. Erhielten die Bürger mehr Einfluss, würden die parteiinternen Verbindungen, die es den Abgeordneten erleichtern, für ihre Wiedernominierung auf guten Plätzen zu sorgen, zumindest teilweise entwertet. Das Festhalten an starren Listen beruht auf Eigeninteressen der Abgeordneten, die – angesichts ihrer verfassungsrechtlich gebotenen Gemeinwohlorientierung – keine Relevanz beanspruchen können.

Auch im Vergleich zu den Freiheitsrechten des *Bourgeois* gegen den Staat (status negativus), die die Rechtsprechung intensiv schützt, fällt der Schutz der politischen Freiheit des *Citoyen* ab: Würden die Wesensgehaltsgarantie (Art. 19 Abs. 2 GG) und das für Freiheitsgrundrechte entwickelte Übermaßverbot auf das Wahlgesetz angewendet, wäre seine Verfassungswidrigkeit offensichtlich. Diese krassen Unterschiede in der verfassungsrechtlichen Beurteilung sind nicht

zu rechtfertigen. Auch hier müssen die Verfassungsgerichte eingreifen. Das Urteil des *BVerfG* vom 3. 7. 1957, das die starren Wahllisten noch für verfassungsgemäß erklärt hatte,⁸⁴ muss heute wegen neuer tatsächlicher Verhältnisse und verschärfter rechtlicher Beurteilungsmaßstäbe ebenso überprüft und revidiert werden⁸⁵ wie die früheren Urteile zur Fünfprozentklausel im Kommunal- und im Europawahlrecht.

Nach dem Lissabon-Urteil des *BVerfG*, das die zentrale Bedeutung des Art. 38 GG und der darin enthaltenen Wahlgrundsätze jüngst wieder hervorgehoben hat,⁸⁶ ist es höchste Zeit, dass zumindest 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,⁸⁷ zurücktreten. Denn dann müssten die Parteien aus eigenem Interesse attraktive Kandidaten aufstellen.

V. Zusammenfassung

Entscheidungen des Parlaments in eigener Sache, die eine strenge richterliche Kontrolle verlangen, finden nicht nur über Diäten und Parteienfinanzierung statt, sondern auch über Wahlgesetze. Bei Wahlgesetzen besteht – im Gegensatz zu Diäten und Parteienfinanzierung – oft ein Interessengegensatz zwischen Regierungsmehrheit und parlamentarischer Opposition.

Am Beispiel der Fünfprozentklausel im Kommunalwahlrecht zeigt sich, dass die Rechtsprechung die Beurteilungsmaßstäbe für Sperrklauseln erheblich verschärft hat. Zugleich erkennt die Rechtsprechung, dass der Gesetzgeber verpflichtet ist, auf geänderte tatsächliche Verhältnisse und/oder strengere rechtliche Anforderungen zu reagieren und die Klauseln zu überprüfen. Die kommunalen Sperrklauseln wurden inzwischen überall aufgehoben.

Betrachtet man die seit dem Urteil des *BVerfG* von 1979 völlig geänderte Sachlage bei Europawahlen und wendet man die verschärften Maßstäbe auf das Europawahlgesetz an, erweist sich auch dort die Fünfprozentklausel als verfassungswidrig.

Eine weitere Fallgruppe von Gesetzgebung in eigener Sache betrifft die Verkürzung der politischen Freiheit der Wähler durch Verhältniswahl mit starren Listen. Hier beschränkt sich die Rechtsprechung bisher auf einen reinen Formalismus. Prüfte sie dagegen mit derselben Intensität wie in anderen Fällen von Gesetzgebung in eigener Sache, muss dies auch hier zur Verfassungswidrigkeit der Bundestags- und Europawahlgesetze sowie der meisten Landtagswahlgesetze führen.

⁷⁹ *Leibholz*, 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, S. 40 (47 f.).

⁸⁰ *Leibholz*, in: DJT 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‘.“

⁸¹ So schon *Leibholz* VVDStRL 7 (1932), 159 (172).

⁸² Statt vieler *Grimm*, in: *Benda/Maibhofer/Vogel* (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl. 1994, S. 599 (613 ff.).

⁸³ *BVerfGE* 7, 63 (68 f.): Der Grundsatz der Unmittelbarkeit der Wahl der Abgeordneten sei „im Parteienstaat... formal zu interpretieren.“

⁸⁴ *BVerfGE* 7, 63.

⁸⁵ von Arnim JZ 2002, 578-588. Siehe auch *Zippelius/Würtenberger* (Fn. 63), § 39 Rn. 17: „Das System der starren Listen... ist verfassungsrechtlich nicht unbedenklich. Denn hier bestimmt die politische Partei, aber nicht der Wähler, in welcher Reihenfolge Parlamentssitze errungen werden.“ Zweifel auch bei *Maurer*, Staatsrecht I, 5. Aufl. 2007, § 13 Rn. 11; *Degenhart*, Staatsrecht I, 20. Aufl. 2004, § 1 Rn. 24a. Bewusst rechtspolitisch argumentierend *Bryde*, in: *Brink/Wolff* (Hrsg.), Gemeinwohl und Verantwortung, 2004, S. 679 (684 f.).

⁸⁶ *BVerfG* (Fn. 14), Rn. 208 ff. Siehe auch a. a. O. Rn. 268: Die Bürger müssen durch Mehrheitsentscheidung „wiederkehrend Einfluss auf die politische Grundausrichtung – personellen und sachlich – nehmen können.“

⁸⁷ von Arnim (Fn. 36), S. 101 ff. m. w. N.