

Prof. Dr. Hans Herbert von Arnim
vonarnim@uni-speyer.de

An das
Bundesverfassungsgericht
Schlossbezirk 3
76131 Karlsruhe

Zur Dreiprozent-Klausel bei der Europawahl

1. Organklage der Bundesvereinigung der Freien Wähler und
2. Organklage der Ökologisch-Demokratischen Partei (ÖDP) sowie
3. Verfassungsbeschwerde von Herrn Hubert Aiwanger und
4. Verfassungsbeschwerde von Herrn Sebastian Frankenberger

Eingereicht beim Bundesverfassungsgericht am 10. Oktober 2013

Gegenstand des Verfahrens ist die Dreiprozent-Klausel bei deutschen Europawahlen im 5. Gesetz zur Änderung des Europawahlgesetzes vom 7.10.2013 (BGBl S 3749), ausgegeben am 9.10.2013. Die Klausel ist in § 2 Abs. 7 EuWG n. F. enthalten. Das Gesetz tritt gemäß seinem Art. 2 am Tag nach der Verkündung, also am 10. Oktober 2013, in Kraft.

Bevollmächtigter: Prof. Dr. Hans Herbert von Arnim. Vier Vollmachten liegen bei (Anlagen 20).

GLIEDERUNG

Vorspann	3
A. Anträge	6
B. Zulässigkeit	7
C. Begründetheit	8
I. Der Verstoß gegen § 31 Abs. 1 BVerfGG und den Grundsatz der Organtreue	8
1. Zur Entstehung des Gesetzes	8
a) Appell von Staatsrechtslehrern	8
b) Ein Blitzgesetz	10
2. Verbot der Normwiederholung	14
a) Der Grundsatz	14
b) Anwendung des Grundsatzes	16
aa) Der Tenor des Urteils vom 9.11.2011	16
bb) Wirkung erst ab der Europawahl 2014	16
cc) Die tragenden Gründe des Urteils	16
(1) Einzelne Passagen des Urteils	17
(2) Gesamtbetrachtung	17
(3) Sachverständige	18
(4) Bundesministerium des Innern	19
dd) Neue Gründe? Insbesondere die EntschlieÙung des Europäischen Parlaments	19
ee) Ergebnis	23
II. Selbständiger Verstoß gegen das Recht auf Chancengleichheit der politischen Parteien bei Wahlen und gegen die Wahlrechtsgleichheit	26
1. Erneut: Begründetheit der Anträge	26

2. Schlüsselfragen	26
a) Überblick	27
b) Das Minderheitsvotum	29
c) Missverständnisse	31
d) Ignorieren der Schwere des Eingriffs	31
e) Ausblenden des Werts des politischen Wettbewerbs und der Offenheit des Zugangs	33
f) Außerachtlassen der Abwägung	34
g) Zurückweisung des Konzepts „Entscheidungen des Parlaments in eigener Sache“	35
D. Eilbedürftigkeit	39
E. Auslagerstattung	41

Anlagen

Vorspann

Am 10. Oktober 2013 ist das Änderungsgesetz zum Europawahlgesetz mit einer 3%-Klausel für deutsche Europawahlen formal in Kraft getreten. Die Fraktionen (mit Ausnahme der Linken) haben das Gesetz in kaum mehr als einer Woche durch den Bundestag gepeitscht. Dann aber dauerte es vier Monate, ehe der Bundespräsident es ausfertigte und verkündete. So wurde der Schwebezustand, der außerparlamentarische Parteien in ihrer Wahlvorbereitung erheblich beeinträchtigt und der nur durch eine klärende Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts beseitigt werden kann, ungewöhnlich verlängert. Gegen die 3%-Klausel richten sich die vorliegenden Organklagen und Verfassungsbeschwerden.

Die Zulässigkeit von Sperrklauseln war vor 23 Monaten schon einmal Gegenstand eines verfassungsrechtlichen Verfahrens. Am 9.11.2011 hatte der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts Sperrklauseln

bei deutschen Europawahlen für verfassungswidrig und nichtig erklärt. Er wollte diese Entscheidung erstmals auf die Europawahl 2014 angewendet sehen. Formal betraf das Urteil zwar nur die damals bestehende 5%-Klausel, aus den tragenden Gründen der Entscheidung ergibt sich aber, dass das Nichtigkeitsurteil auch jede andere Sperrklausel bei Europawahlen untersagt. Zu demselben Ergebnis gelangt auch eine bisher streng unter Verschluss gehaltene Analyse des Bundesinnenministeriums. Sie herauszugeben konnte das Ministerium erst mit Hilfe des Informationsfreiheitsgesetzes veranlasst werden.

Die Bundestagsparteien (mit Ausnahme der Linken) und ihre Europaabgeordneten wollten sich mit dem Urteil allerdings nicht abfinden. Dazu wurden sie möglicherweise ermutigt durch das Minderheitsvotum zweier prominenter Verfassungsrichter und durch zwei vernichtende, wenn auch neben der Sache liegende Kommentare der „Leitmedien“ *Frankfurter Allgemeine Zeitung* und *Süddeutsche Zeitung*. Von ihrem Vorhaben ließen die genannten Kräfte auch nicht ab, als die in Fachzeitschriften veröffentlichten Besprechungen dem Urteil überwiegend zustimmten. Erbittert hatte die Parlamentarier wohl vor allem das im Urteil zum Ausdruck kommende gewisse Misstrauen gegenüber Entscheidungen, die das Parlament in eigener Sache trifft. Dabei leuchtet es doch unmittelbar ein, dass ein Parlament, wenn es um den Ausschluss von kleineren Parteien durch Sperrklauseln und die Übernahme von deren Mandaten geht, selbst Partei ist und deshalb eine intensive Kontrolle durch ein unabhängiges Verfassungsgericht geboten ist. Dieses ist nun einmal funktionell besser geeignet, die berechtigten Belange von Außenseitern und eines auf Wettbewerb ausgerichteten politischen Systems angemessen zu gewichten als in eigenen Machterhalt befangene Parlamentarier, die in kleineren Parteien vor allem lästige Konkurrenten sehen.

Um das Urteil auszuhebeln, versuchten die genannten politischen Kräfte im Wege einer Art Zangengriff dagegen vorzugehen: In Deutschland setzten sie in ihren jeweiligen Mutterparteien Parteitagsbeschlüsse durch, mit denen ihre Bundestagsfraktionen aufgefordert wurden, eine 3%-Klausel einzuführen. Auf europäischer Ebene veranlassten sie eine – allerdings unverbindliche – Entschließung des Europäischen Parlaments, die den Mitgliedstaaten geeignete und angemessene Mindestschwellen empfiehlt, nachdem es sich als aussichtslos erwiesen hatte, eine obligatorische Sperrklausel in den europäische Direktwahlakt einzufügen.

Als sich der Plan der genannten Fraktionen, eine 3%-Klausel bei deutschen Europawahlen einzuführen, verdichtete, appellierten 20

Staatsrechtslehrer in einer gemeinsamen Erklärung an den Bundestag, das Vorhaben aufzugeben: In der Diskussion war bis dahin übersehen worden, dass das Urteil vom November 2011 die Verfassungsorgane bindet und dem Bundestag, dem Bundesrat und dem Bundespräsidenten verbietet, sich mit Sperrklauseln bei Europawahlen erneut zu befassen; und neue Entwicklungen, die ein Überdenken des Urteils verlangen könnten, liegen nicht vor. Die Parteitagsbeschlüsse und die Entschließung des Europäischen Parlaments gehen vielmehr just auf die in Eigeninteressen befangenen Kräfte zurück, gegen deren machtorientiert-einseitige Aktionen das Urteil gerichtet war.

Der Staatsrechtslehrer-Appell, der mit Schreiben vom 31. Mai 2013 an den Bundestagspräsidenten gesandt worden war mit der Bitte, ihn den Fraktionen zur Kenntnis zu geben, wurde am 3. Juni 2013 im Nachrichtenmagazin *Der Spiegel* abgedruckt (Anlage 2). Gleichzeitig beraumte der Bundestag in aller Eile eine Sachverständigen-Anhörung an, die wohl auch den Zweck hatte, den Staatsrechtslehrer-Appell optisch zu neutralisieren. Zu der Anhörung wurden als Sachverständige auch Bernd Grzeszick eingeladen, der den Bundestag im Verfahren über die Fünfprozent-Klausel vertreten hatte, und der andere (literarische) Hauptkritiker des Urteils, Christoph Schönberger, dagegen keiner, der das Urteil in Fachzeitschriften positiv besprochen hatte. Angesichts des klaren Verstoßes auch einer Dreiprozent-Klausel gegen das Urteil, ging es vor allem darum, neue Gründe zu finden, die es dem Bundestag ermöglichen sollten, sich doch mit der Materie zu befassen. Die dahin gehenden Versuche charakterisierte die Bundestagsabgeordnete Halina Wawzyniak (Die Linke) treffend als „abenteuerlich“. Es handelt sich in der Tat um an den Haaren herbeigezogene Scheinbegründungen. Der von der Union benannte Sachverständige Hans-Jürgen Papier hat am Ende der Anhörung sogar allen Ernstes eine Grundgesetzänderung zur Absicherung der Sperrklausel empfohlen. Damit wäre das Bundesverfassungsgericht ausmanövriert worden. Dabei ist der Bundestag 1995 schon einmal spektakulär damit gescheitert, eine Verfassungsänderung in eigener Sache vorzunehmen – auch auf Grund des Protests von 86 Staatsrechtslehrern.

Der Bundestagspräsident hatte es allerdings vermieden, den Appell offiziell zur Kenntnis zu nehmen und den Fraktionen zuzustellen (obwohl er diesen auf Grund der *Spiegel*-Veröffentlichung natürlich bekannt war). Stattdessen leitete er den Appell über den Bundestagsdirektor dem Petitionsausschuss weiter, obwohl offensichtlich war, dass es sich nicht um eine Petition handelte. Vermutlich wollten der Präsident und die Fraktionen den Appell nicht durch die offizielle Entgegennahme öffentlich aufwerten. Der Appell wurde dann erst vom Petitionsausschuss mit

Schreiben vom 1. Juli den Fraktionen zugestellt, also mehr als vier Wochen später – als der Bundestag das Gesetz längst beschlossen hatte. Inzwischen war der nun von 34 Staatsrechtslehrern unterzeichnete Appell (Anlage 4) mit zwei Schreiben vom 14. Juni 2013 auch dem Bundesrat und dem Bundespräsidenten zugesandt worden.

Das Gesetz war im Bundestag in großer Eile, im medialen Windschatten der gewaltigen Überschwemmungen und der mündlichen Verhandlung des Bundesverfassungsgerichts zu ESM und EZB durchgezogen worden. Die normalerweise für eine ordentliche Gesetzgebung geltenden Fristen blieben unbeachtet. Eine 1. Lesung fiel ganz aus. Die abschließende 2. und 3. Lesung erfolgte am 13. Juni gegen Mitternacht, am Tag, nachdem der Innenausschuss seinen Bericht und seine Beschlussempfehlung vorgelegt hatte. Am 5. Juli winkte der Bundesrat das Gesetz durch. Seit dem 8. Juli 2013 lag es dem Bundespräsidenten vor, der es am 7. Oktober ausfertigte, so dass es am 9. Oktober im Bundesgesetzblatt veröffentlicht wurde. Der Bundespräsident begleitete das mit der verfassungsrechtlich offenbar bewusst vorsichtigen Formulierung, er sei „zu der Auffassung gelangt, dass er an der Ausfertigung verfassungsrechtlich nicht gehindert“ sei (Anlage 21). Das in neun Tagen durch den Bundestag gepeitschte und am 13. Juni beschlossene Gesetz wurde also erst vier Monate später formal in Kraft gesetzt. Mit Schreiben vom 1. Oktober 2013 hatte der Unterzeichnende den Bundespräsidenten im Namen der beiden nunmehr klagenden Parteien um eine rasche Entscheidung gebeten, nachdem ihm das Gesetz inzwischen fast drei Monate vorgelegen habe (Anlage 22).

Kläger sind zwei Parteien, die Bundesvereinigung der Freien Wähler und die Ökologisch-Demokratische Partei (ÖDP) sowie ihre Vorsitzenden persönlich. Sie beantragen, die Verfassungswidrigkeit und Nichtigkeit der 3%-Klausel festzustellen, weil das Bundesverfassungsgericht die Unzulässigkeit von Sperrklauseln bei Europawahlen bereits bindend festgestellt hat und sich deshalb ein Eingehen auf die Sache erübrigt. Sollte das Gericht dem nicht entsprechen und eine erneute sachliche Prüfung vornehmen, wird eingehend dargelegt, dass auch diese nur zur Begründetheit des Antrags und damit zur Feststellung der Verfassungswidrigkeit und Nichtigkeit führen kann.

A. Anträge

Im Namen und im Auftrag

- der Freien Wähler – Antragstellerin zu 1 –

- der ÖDP – Antragstellerin zu 2 –
- des Herrn Hubert Aiwanger – Beschwerdeführer zu 3 – und
- des Herrn Sebastian Frankenberger – Beschwerdeführer zu 4 –

beantrage ich, festzustellen, dass

- der Deutsche Bundestag
- der Bundesrat und
- der Bundespräsident

durch Mitwirkung am Gesetzgebungsverfahren zur Einführung der Dreiprozent-Klausel bei deutschen Europawahlen (§ 2 Abs. 7 Europawahlgesetz) in der Fassung des Fünften Gesetzes zur Änderung des Europawahlgesetzes vom 7.10. 2013 [BGBl S. 3749], Anlage 1) das Recht der Antragstellerinnen zu 1 und 2 auf Chancengleichheit und das Recht der Beschwerdeführer zu 3 und 4 auf Gleichheit der Wahl (Art. 21 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1, Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG) verletzt haben,

und gemäß § 67 BVerfGG festzustellen, dass der Erlass des § 2 Abs. 7 EuWG gegen Art. 21 Abs. 1 GG und Art. 3 Abs. 1 GG verstößt

sowie gemäß § 95 Abs. 1 BVerfGG festzustellen, dass der Erlass des § 2 Abs. 7 EuWG Art. 3 Abs. 1 i.V.m. Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG verletzt.

Zugleich beantragen die Beschwerdeführer, § 2 Abs. 7 EuWG gemäß § 95 Abs. 3 BVerfGG für nichtig zu erklären.

B. Zulässigkeit

Die Antragstellerinnen zu 1 und zu 2 sind politische Parteien und deshalb im Sinne des § 63 BVerfGG antragsberechtigt (BVerfGE 4, 27 und ständige Rechtsprechung). Die Eigenschaft der Ökologisch-Demokratische Partei als Partei wurde bereits in dem anhängigen Organklage-Verfahren der ÖDP (Aktenzeichen 2 BvE 4/12) dargetan. Dass auch die Bundesvereinigung der Freien Wähler eine Partei ist (und keine Wählerversammlung, die Rechtsverletzungen mittels der Verfassungsbeschwerde geltend zu machen hätte), ergibt sich schon daraus, dass der Bundeswahlleiter sie als Partei zur Bundestagswahl zugelassen hat (Anlage 1a). Auch ihre Satzung ist beigelegt (Anlage 1b). Beide Antragstellerinnen machen geltend, dass sie dadurch, dass die Antragsgegner mit dem Fünften Gesetz zur Änderung des Europawahlgesetzes eine Dreiprozentklausel bei deutschen Europawahlen eingeführt haben, in ihrem Recht auf Chancengleichheit (Art. 21 GG und Art. 3 Abs. 1 GG) verletzt oder unmittelbar gefährdet

sind. Auch die Sechs-Monatsfrist (§ 64 Abs. 2 BVerfGG) ist eingehalten: Das Gesetz ist gemäß seinem Art. 2 am Tag nach der Verkündung, also am 10.10. 2013 in Kraft getreten. Die Anträge sind somit gemäß § 64 BVerfGG zulässig.

Die Beschwerdeführer zu 3 und zu 4 sind wahlberechtigte Bürger. Sie sind durch die Einführung der Dreiprozent-Klausel durch das Fünfte Gesetz zur Änderung des Europawahlgesetzes unmittelbar selbst und gegenwärtig in ihrem Recht auf Gleichheit der Wahl (Art. 3 Abs. 1 GG und Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG [entsprechend]) betroffen (BVerfGE 51, 222 [232 f.]). Auch die Jahresfrist gem. § 93 Abs. 3 BVerfGG ist eingehalten. Die Verfassungsbeschwerden sind somit zulässig.

C. Begründetheit

I. Der Verstoß gegen § 31 Abs. 1 BVerfGG und den Grundsatz der Organtreue

Die Dreiprozent-Sperrklausel beeinträchtigt die Chancengleichheit der politischen Parteien bei Wahlen (Art. 21 und Art. 3 GG) sowie die Wahlrechtsgleichheit Art. 3 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 38 Abs. 1 GG [entsprechend]). Die Gleichheitsbeeinträchtigung lässt sich nicht rechtfertigen, wenn die Sperrklausel objektiv verfassungswidrig ist. Das ist sie hier schon deshalb, weil die Neufassung von § 2 Abs. 7 EuWG gegen die Bindungswirkung des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 9.11.2011 (BVerfGE 120, 300) und gegen den Grundsatz der Organtreue verstößt.

Dass eine Sperrklausel bei deutschen Europawahlen verfassungswidrig und nichtig ist, hat das Bundesverfassungsgericht bereits in seinem Urteil vom 9.11.2011 festgestellt. Da keine relevanten neuen Entwicklungen ersichtlich sind, sind die Organklagen und die Verfassungsbeschwerden auch begründet, ohne dass in die Sachprüfung eingetreten werden müsste. An das Urteil vom 9.11.2011, das Sperrklausel bei Europawahlen für verfassungswidrig und nichtig erklärt hat, sind alle Verfassungsorgane auf Grund des verfassungsrechtlichen Prinzips der Organtreue und des § 31 Abs. 1 BVerfGG rechtlich gebunden.

1. Zur Entstehung des Gesetzes

a) Appell von Staatsrechtslehrern

Als sich die Berichte verdichteten, dass die Fraktionen der CDU/CSU, der SPD, der FDP und von BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN eine Dreiprozent-Klausel bei der Europawahl einführen wollten,

(z. B. FAZ vom 18.5.2013, S. 1 [„Für Europawahl Hürde von drei Prozent geplant“]; FAZ vom 22.5.2013, S. 1 [„SPD will doch Drei-Prozent-Hürde bei Europawahl“])

appellierten 20 Staatsrechtslehrer an den Bundestag, von dem Vorhaben Abstand zu nehmen (Anlage 2). Denn das Bundesverfassungsgericht habe Sperrklauseln bei deutschen Europawahlen vor eineinhalb Jahren bereits für verfassungswidrig erklärt, und daran seien - mangels wesentlich neuer tatsächlicher oder rechtlicher Entwicklungen – alle Verfassungsorgane, auch der Bundestag, gebunden.

(Schreiben von Prof. Dr. Hans Heinrich Rupp vom 31. Mai 2013 an den Bundestagspräsidenten mit der Bitte, den beigefügten Appell von zunächst 20 Staatsrechtslehrern auch den Fraktionen zur Kenntnis zu geben [Anlage 3]. Der Appell wurde im Nachrichtenmagazin „Der Spiegel“ vom 3. Juni 2013, S. 15, veröffentlicht).

Damit geschah das, was Jutta Limbach Staatsrechtlern nahegelegt hatte, nämlich, mit Rücksicht auf die nur begrenzt „wehrfähigen“ Richterinnen und Richter des Bundesverfassungsgerichts als „ghost-writer oder -speaker“ tätig zu werden, wenn ungerechtfertigte Kritik an Entscheidungen des Gerichts geäußert, also z. B. einem bindenden Urteil die Gefolgschaft verweigert und dies in eine Normwiederholung gekleidet wird.

(Limbach, Die Schmerzgrenze bei der Richterkritik, ZRP 1996, S. 414 [415])

Das Schreiben mit dem Appell wurde allerdings – entgegen der darin enthaltenen Bitte – nicht den Fraktionen zugestellt, sondern an den Petitionsausschuss weitergeleitet, obwohl offensichtlich war, dass es sich nicht um eine Petition im Rechtssinne handelte.

(Das wäre durch die hier erforderliche Auslegung des Begehrens [Hans-Joachim Roll, Geschäftsordnung des Bundestags, Kommentar, 2001, § 108 Rn 4] leicht zu ermitteln gewesen. Der Begriff der Petition muss insoweit eng gezogen werden, d. h. „unter Petitionen fallen nicht Eingaben von Verbänden, Organisationen, Körperschaften, Fachleuten“ [Ritzel/Bücker/Schreiner, Handbuch für die Parlamentarische Praxis und Kommentar zur Geschäftsordnung des Deutschen Bundestags,

Loseblatt, § 109 GOBT, Nr. 2g, Stand: November 1998. Siehe auch Siegfried Magiera, in: Sachs [Hrsg.], Grundgesetz, Kommentar, 6. Aufl. 2011, Art. 45c, Rn 3.)

Die rechtzeitige Weiterleitung des Appells an die Fraktionen hätte also nicht durch die unzulässige Behandlung als Petition unterbunden werden dürfen. Auf diese Weise wurde der Appell offiziell den Fraktionen erst mit Schreiben des Petitionsausschusses vom 1. Juli, also fast vier Wochen später, weitergeleitet

(siehe Schreiben des Petitionsausschusses an Prof. Rupp vom 1. Juli 2013, Anlage 15, und das nicht unterschriebene Schreiben der CDU/CSU-Fraktion vom 8. Juli 2013, Anlage 15a)

und damit zu einer Zeit, als das Gesetz längst beschlossen und an den Bundesrat weitergeleitet worden war (siehe sogleich unter 2).

Der Appell war aber im Bundestag natürlich bekannt, wie z. B. die Äußerungen des Vorsitzenden des Innenausschusses Wolfgang Bosbach zu Beginn der Sachverständigenanhörung am 10. Juni zeigten.

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

Nachdem der Bundestag das Gesetz am 13. Juni beschlossen hatte, sandte Prof. Hans Heinrich Rupp den Appell, nunmehr von 34 StaatsrechtslehrerInnen unterzeichnet (Anlage 4), mit Schreiben vom 14. Juni 2013 an den Präsidenten des Bundesrats (Anlage 4a) und mit einem weiteren Schreiben vom 14. Juni an den Bundespräsidenten (Anlage 4b) – ebenfalls mit der dringenden Bitte, das Vorhaben nicht weiter zu verfolgen, da das Bundesverfassungsgericht bereits entschieden habe und alle Verfassungsorgane daran gebunden seien. Der Präsident des Bundesrats leitete das Schreiben aber offenbar nicht dem Bundesrat zu (siehe Schreiben vom 2.8.2013, Anlage 4c). Das Bundespräsidialamt bestätigte den Eingang mit Schreiben vom 5.8. 2013 und teilte mit, der Appell werde „im Rahmen der Prüfung Berücksichtigung finden“ (Anlage 4d).

b) Ein Blitzgesetz

Der zunächst ohne Drucksachen-Nummer vorgelegte Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU, SPD, FDP und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN (Anlage 5) datiert vom Dienstag, dem 4. Juni 2013 (später Bundestagsdrucksache 17/13705, Anlage 5a). Der Gesetzentwurf wurde vom Bundestag – entgegen der Regel des § 78 Abs. 5 der

Geschäftsordnung des Bundestags (GOBT), wonach Vorlagen „frühestens am dritten Tag nach Verteilung der Drucksache“ beraten werden dürfen – am Donnerstag, dem 6. Juni, ohne Debatte an den Innenausschuss, den Rechtsausschuss und den Ausschuss für die Angelegenheiten der Europäischen Union überwiesen.

(Deutscher Bundestag, Protokoll vom 6.6.2013, S. 30732 und 30734, Anlage 6)

Bereits am Vortag, also am Mittwoch, dem 5. Juni, d. h. noch vor der Überweisung an die Ausschüsse, hatte der Innenausschuss die Durchführung einer öffentlichen Anhörung zum Gesetzentwurf beschlossen. Die Anhörung fand am folgenden Montag, dem 10. Juni 2013, statt. Geladen waren auf Vorschlag der jeweiligen Fraktionen sechs Sachverständige, von denen fünf schriftliche Stellungnahmen vorlegten (Anlage 7), aber – wegen der kurzfristigen Ladung und den durch Überschwemmungen bedingten Verkehrsproblemen – nur vier anwesend waren.

(Hinzu kam später noch die Stellungnahme des Sachverständigen Werner Heun [Deutscher Bundestag, Innenausschuss, Ausschussdrucksache 17(4) 736 E, Anlage 7a])

Am Mittwoch, dem 12. Juni, legte der Innenausschuss in einer elektronischen Vorabfassung, die nach Vorlage der lektorierten Druckfassung durch diese ersetzt werden sollte, seinen in der Sitzung am selben Tag beschlossenen Bericht vor und empfahl mit den Stimmen der Fraktionen, die den Gesetzentwurf eingebracht hatten, seine Annahme mit gewissen redaktionellen Änderungen (Anlage 8). Die Dreiprozent-Klausel wurde unverändert beibehalten. Die Frage, ob der Gesetzentwurf eine unzulässige Normwiederholung darstellt, wurde in der Begründung der Empfehlung nicht erörtert. Es wurde lediglich pauschal auf die Begründung des Gesetzentwurfs verwiesen (Anlage 8, S. 5 f.).

Die 2. Lesung des Gesetzentwurfs fand – entgegen dem Grundsatz des § 81 Abs. 1 Satz 2 GOBT, wonach die zweite Beratung grundsätzlich am zweiten Tag nach der Verteilung der Beschlussempfehlung und des Ausschussberichts beginnt – einen Tag nach Vorlage des Berichts des Innenausschusses statt, am Donnerstag, dem 13. Juni, nachts gegen 23:30 Uhr,

(Protokoll der 246. Sitzung des Bundestags vom 13.6.2013, S. 31430 – 31437, Anlage 9)

nachdem zunächst erwogen worden war, auch in der 2. Lesung keine Aussprache vorzunehmen, sondern die Reden zu Protokoll zu geben.

(MdB Axel Schäfer [Bochum], Anlage 9, S. 31433. Siehe auch Eckart Lohse, FAS vom 23.6.2013, S. 5 [„Die Angst vor dem Tod des Reiters“]: „Es hatte ein Hin und Her gegeben, ob über die Einführung einer Dreiprozenthürde debattiert werden sollte oder die Reden bloß zu Protokoll gegeben würden.“)

Die dritte Lesung und die abschließende Beschlussfassung des Bundestags fanden ebenfalls am 13. Juni statt, unmittelbar im Anschluss an die zweite Lesung (Anlage 9, S. 31437). Nur die Fraktion DIE LINKE stimmte dagegen (Anlage 9, S. 31437).

Das Änderungsgesetz enthält – neben der Dreiprozent-Klausel und anderen Regelungen – auch die Absenkung der Zahl der deutschen Mitglieder des Europäischen Parlaments von 99 auf 96. Der entsprechende Beschluss des Europäischen Rats war aber erst für den 28. Juni 2013 vorgesehen (siehe Begründung des Gesetzentwurfs, S. 6, Anlage 5a) und erfolgte dann auch an diesem Datum. Deshalb sollte, um den zweiten Schritt nicht vor dem ersten zu tun, das Gesetz ursprünglich erst Ende Juni beschlossen werden (siehe MdB Hana Wawzyniak, Anlage 9a). Auch darauf wurde – in Anbetracht des Bestrebens, das Verfahren im Bundestag rasch durchzuziehen, – schließlich keine Rücksicht genommen.

Die Ausschusssitzungen, die Sachverständigenanhörung und die drei Beratungen im Plenum erfolgten sozusagen im Windschatten der Überschwemmungen in Bayern, Sachsen-Anhalt und anderen Ländern sowie der mündlichen Verhandlung zu ESM/EZB vor dem Bundesverfassungsgericht am 4. und 5. Juni, zwei Themen also, die die Medien beherrschten und alles andere verdrängten. Die Eile, mit der das Gesetz im Bundestag – unter Nichtbeachtung auch der formalen Regeln guter Gesetzgebung – durchgezogen wurde, dürfte auch damit zusammenhängen, dass sich die den Gesetzentwurf tragenden Fraktionen, erst recht nach dem Staatsrechtslehrer-Appell, immer klarer darüber wurden, dass sie sich auf verfassungsrechtlich ganz dünnem Eis bewegten;

(so auch ausdrücklich der Abgeordnete Wolfgang Wieland [BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN], Protokoll der 2. Lesung, S. 31435, Anlage 9)

sie meinten aber wohl, von dem nun einmal begonnenen Vorhaben nicht ohne Gesichtverlust mehr ablassen zu können. Normalerweise dürfte ein derartiger Schnelldurchgang verfassungsrechtlich kaum zu beanstanden sein, zumal der Bundestag es sich vorbehalten hat, sich unter bestimmten Voraussetzungen von den vorgesehenen Fristen freizuzeichnen (siehe z. B. § 81 Abs. 1 Satz 2, 2. Halbsatz; § 126 GOBT). Beschließt der Bundestag aber ein Gesetz in eigener Sache, wie dies bei Einführung der Dreiprozent-Klausel der Fall ist, stellt – neben der verfassungsgerichtlichen Kontrolle – die öffentliche Kontrolle die einzige wirksame Kontrolle dar (vgl. BVerfGE 40, 296 [317]). Dann sind die formalen Anforderungen an das Gesetzgebungsverfahren besonders ernst zu nehmen und müssten eigentlich noch verschärft werden. Die vom Bundespräsidenten Richard von Weizsäcker eingesetzte Parteienfinanzierungskommission hatte deshalb *de lege ferenda* vorgeschlagen, unübersteigbare Mindestfristen für die Regelung der Politikfinanzierung in die Geschäftsordnung des Bundestags einzufügen.

(So Bundespräsidialamt [Hrsg.], Empfehlungen der Kommission unabhängiger Sachverständiger zur Parteienfinanzierung, 1994, S. 100 – 102, Anlage 5b)

Dasselbe muss auch für Sperrklauseln bei Wahlen gelten, über die der Bundestag ebenfalls in eigener Sache entscheidet. Ihre Missachtung indiziert eine auch inhaltlich fehlerhafte Regelung. Bei Entscheidungen des Parlaments in eigener Sache dürften die formalen Anforderungen an ein ordentliches Gesetzgebungsverfahren auch bereits *de constitutione lata* verfassungsrechtliches Gewicht gewinnen. Die Ausnahmeregelungen stehen ja unter dem Vorbehalt entgegenstehenden Verfassungsrechts (so auch ausdrücklich z. B. § 126 GOBT: „wenn die Bestimmungen des Grundgesetzes dem nicht entgegenstehen“), und bei Entscheidungen in eigener Sache dürfte es Ausdruck des verfassungsrechtlichen Öffentlichkeitsprinzips sein, dass seinerseits auf dem Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip beruht, dass der Bundestag die selbstgeschaffenen Regeln strikt einhalten muss.

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

Tut er es nicht, muss die Konsequenz zumindest sein, dass das Gesetz einer um so strengeren inhaltlichen Kontrolle durch das Bundesverfassungsgericht unterliegt.

Am 5. Juli 2013 ließ der Bundesrat das Gesetz ohne Aussprache passieren (Anlage 19a), der Bundespräsident unterschrieb das Gesetz am 7. Oktober nach Gegenzeichnung durch die Regierung, am 9. Oktober wurde es im Bundesgesetzblatt veröffentlicht und trat am 10. Oktober formal in Kraft, fast vier Monate, nachdem der Bundestag es im Schnelldurchgang beschlossen hatte.

2. Verbot der Normwiederholung

a) Der Grundsatz

Gemäß § 31 Abs. 1 BVerfGG binden Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts die Verfassungsorgane des Bundes und der Länder sowie alle Gerichte und Behörden. Bindende Bestandteile des Urteils sind die Urteilsformel und die sie tragenden Gründe.

(Ständige Rechtsprechung des BVerfG, z. B. 40, 88 [93 f.]; 112, 268 [277]. Siehe statt vieler auch Lenz/Hansel, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Handkommentar, 2013, § 31, Rn 26, mit weiteren Nachweisen aus Rechtsprechung und Literatur)

Dementsprechend bindet, wie der Zweite Senat ausgeführt hat, die Urteilsformel mit den sie tragenden Entscheidungsgründen „alle Verfassungsorgane des Bundes gemäß § 31 Abs. 1 BVerfGG derart, dass ein Bundesgesetz desselben Inhalts nicht noch einmal von den gesetzlichen Körperschaften beraten, beschlossen und vom Bundespräsidenten verkündet werden kann.“ (BVerfGE 1, 14 [37]). Diese bereits 1951 begründete Rechtsprechung hat der Zweite Senat im Jahre 1985 bestätigt: BVerfGE 69, 112 (115). Trotz der rigorosen Formulierung aber dürfte auch der Zweite Senat das Normwiederholungsverbot unter den Vorbehalt der *rebus sic stantibus* stellen, um einer möglichen Erstarrung der Rechtsentwicklung vorzubeugen.

(So auch Reinhard Gaier, Die Durchsetzung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, JuS 2011, S. 961 [964])

Der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts verfolgt einen etwas anderen Ansatz. Danach ist der Gesetzgeber zwar nicht daran gehindert, „eine inhaltlich gleichlautende Bestimmung zu erlassen (vgl. BVerfGE 77, 84 [103 f.]). Er kann dabei aber die vom Bundesverfassungsgericht festgestellten Gründe der Verfassungswidrigkeit des ursprünglichen Gesetzes nicht übergehen. Eine Normwiederholung verlangt vielmehr

ihrerseits besondere Gründe, die sich vor allem aus einer wesentlichen Änderung der für die verfassungsrechtliche Beurteilung maßgeblichen tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse oder der ihr zugrunde liegenden Anschauungen ergeben können. Fehlen solche Gründe, ist das Bundesverfassungsgericht nicht gehalten, die bereits entschiedene verfassungsrechtliche Frage erneut zu erörtern.“ (BVerfGE 96, 260 [263]).

Abzuleiten ist dies aus dem ungeschriebenen Verfassungsgrundsatz der Organentreue (BVerfGE 12, 205 [254], ständige Rechtsprechung, z. B. auch BVerfGE 119, 96 [125]). Organentreue bedeutet, dass die Verfassungsorgane zu gegenseitiger Rücksichtnahme verpflichtet sind und wechselseitige Brüskierungen zu unterlassen haben.

(Helmuth Schulze-Fielitz, Das Bundesverfassungsgericht in der Krise des Zeitgeistes, AöR 122 [1997], S. 1 [27 f.]; Gaier, JuS 2011, S. 961 [963 f.]). Das bedeutet konkret, es ist dem Gesetzgeber verwehrt, die Autorität des Gerichts durch eine „Urteilsschelte in Form von bewussten Gesetzesrepetitionen im direkten zeitlichen Anschluss an eine Normverwerfungsentscheidung in Frage zu stellen.“

(Andreas Voßkuhle, Der Grundsatz der Verfassungsorganentreue und die Kritik am Bundesverfassungsgericht, NJW 1997, S. 2216 [2218])

Die unterschiedlichen Ansätze beider Senate fallen vorliegend ineins. Denn der Zweite Senat hat seine Entscheidung vom 9.11.2011 selbst unter den Vorbehalt gestellt, dass der Eingriff in die Wahlgleichheit und die Chancengleichheit „unter den gegebenen rechtlichen und tatsächlichen Verhältnissen nicht zu rechtfertigen“ ist (so bereits im Leitsatz der Entscheidung). Deshalb stimmen jedenfalls im vorliegenden Fall beide Senate in der Frage der Bindung des Gesetzgebers an Entscheidungen des Gerichts überein: Diese erstreckt sich, wie schon erwähnt, auch auf die den Tenor tragenden Gründe, also „jene Rechtssätze, die nicht hinweggedacht werden können, ohne dass das konkrete Entscheidungsergebnis nach dem in der Entscheidung zum Ausdruck gekommenen Gedankengang entfiel“ (BVerfGE 96, 375 [404]. Siehe auch BVerfGE 115, 97 [110]). Erlässt der Gesetzgeber ein neues Gesetz, das damit in Widerspruch steht, so ist dies, wie ebenfalls schon erwähnt, nur zulässig, wenn besondere Gründe vorliegen, „die sich vor allem aus einer wesentlichen Änderung der für die verfassungsrechtliche Beurteilung maßgeblichen tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse oder der ihr zugrunde liegenden Anschauungen ergeben können“ (BVerfGE 96, 260 [263]).

b) Anwendung des Grundsatzes

aa) Der Tenor des Urteils vom 9.11.2011

Die Entscheidungsformel des Urteils lautet:

„§ 2 Absatz 7 des Gesetzes über die Wahl der Abgeordneten des Europäischen Parlaments aus der Bundesrepublik Deutschland in der Fassung der Bekanntmachung vom 8. März 1994 (Bundesgesetzblatt I Seite 424, bereinigt Bundesgesetzblatt I Seite 555), zuletzt geändert durch Artikel 2 des Gesetzes zur Änderung des Wahl- und Abgeordnetenrechts vom 17. März 2008 (Bundesgesetzblatt I Seite 394), ist mit Art. 3 Absatz 1 und Art. 21 Absatz 1 des Grundgesetzes unvereinbar und nichtig.“

bb) Wirkung erst ab der Europawahl 2014

Der Senat hat allerdings das verfassungswidrig zustande gekommene Ergebnis der angefochtenen Europawahl 2009 nicht korrigiert, sondern seine Entscheidung, vor allem aus Gründen des Vertrauensschutzes, erst ab der Europawahl 2014 Wirkung entfalten lassen. So durften die acht Abgeordneten, die ohne die Sperrklausel vermutlich nicht ins Europäische Parlament gekommen wären, ihr Mandat behalten, während den acht Kandidaten von sieben Parteien, die ohne die Sperrklausel voraussichtlich ein Mandat errungen hätten, dieses verwehrt blieb (Abs.-Nr. 137 ff.).

Zwischen der Verkündung des Urteils am 9.11.2011 und dem Erlass der Dreiprozent-Klausel liegen zwar eineinhalb Jahre. Da das Urteil aber erst bei der Europawahl 2014 erstmals Wirkung entfalten sollte, soll es nun noch vor seinem Wirksamwerden durch die Neuregelung ausgehebelt werden.

cc) Die tragenden Gründe des Urteils

Die den Tenor tragenden Gründe beziehen sich nicht nur auf die Fünfprozent-Klausel, sondern auf jede Sperrklausel bei der deutschen Europawahl. Das ergibt sich aus zahlreichen einzelnen Passagen des Urteils und auch aus dem Gesamtduktus seiner Begründung. Ausgangspunkt der Prüfung, welche Gründe tragend sind, sind dabei die vom Gericht im Urteil vom 9.11.2011 festgestellten Gründe. Diese beruhen auf Mehrheitsentscheidungen. Da einer der fünf Richter das mit 5:3 Stimmen ergangene Urteil „aus abweichenden Grünen mitgetragen“

hat (Abs.-Nr. 146), muss hinsichtlich dieser Begründungselemente einer der anderen drei Richter jeweils die Mehrheit gesichert haben.

(1) Einzelne Passagen des Urteils

Der Senat spricht durchweg vom „Wegfall der Fünf-Prozent-Sperrklausel“ (z.B. Abs.-Nr. 96), nirgendwo von ihrer Senkung. Auch stellt er fest, dass „sich kein Zusammenhang zwischen der Höhe der Sperrklauseln und – bezogen auf die Zahl der an der Wahl beteiligten Parteien – dem prozentualen Anteil derjenigen Parteien feststellen [lässt], die mindestens einen Abgeordnetensitz erlangt haben.“ (Abs.-Nr 101) Wiederholt spricht er auch davon, dass auch die Zunahme von Parteien, „die nur mit einem oder zwei Abgeordneten vertreten sind“, die Sperrklausel nicht rechtfertigen kann (Abs.-Nr 96, 97, 102). Er hebt damit also selbst auf Parteien ab, die auch von einer Drei-Prozentklausel erfasst würden. Auf Sperrklauseln ganz allgemein bezieht sich auch die folgende Aussage: „Durch die europäischen Verträge sind die Aufgaben des Europäischen Parlaments so ausgestaltet, dass es an zwingenden Gründen, die Wahl- und Chancengleichheit durch Sperrklauseln einzugreifen, fehlt.“ (Abs.-Nr. 96) Auch sonst spricht der Senat regelmäßig ganz allgemein vom „Fortfall der Sperrklauseln“ (z.B. Abs.-Nr 105) oder vom „Wegfall von Sperrklauseln und äquivalenter Regelungen“. (Abs.-Nr. 96 und 97) Insgesamt fehle es „an zwingenden Gründen, in die Wahl- und Chancengleichheit durch Sperrklauseln einzugreifen, so dass der mit der Anordnung des Verhältniswahlrechts auf europäischer Ebene verfolgte Gedanke repräsentativer Demokratie (Art. 10 Abs.1 EUV) im Europäischen Parlament uneingeschränkt entfaltet werden kann.“ (Abs.-Nr 118)

(2) Gesamtbetrachtung

Eine über die angeführten einzelnen Passagen hinausgehende Gesamtbetrachtung bestätigt, dass das Urteil vom 9.11.2011 sich in den tragenden Gründen auch auf eine Dreiprozent-Klausel bezieht und auch diese für verfassungswidrig erklärt.

Das Urteil beruht auf drei tragenden Entscheidungsgründen:

1. Eine Sperrklausel ist zur Wahrung der Funktionsfähigkeit des Europäischen Parlaments nicht erforderlich. Dies hat das Gericht im Einzelnen sehr umfangreich ausgeführt (Abs.-Nr. 96-126 = BVerfGE 129, 300 [324-340]).

2. In keinem Fall können die angeführten Gründe die Schwere der Beeinträchtigung der Gleichheit der Wahl und der Chancengleichheit der Parteien (Abs.-Nr. 78 ff.) sowie der Offenheit des politischen Prozesses (Abs.-Nr. 126) die Waage halten (Abs.Nr. 87, 89 und 95), und diese Abwägung führt bei Sperrklauseln jeglicher Höhe zum selben negativen Ergebnis, da mit dem geringeren Eingriff, den niedrigere Klauseln bewirken, auch der mögliche Erfolg entsprechend sinkt.
3. Es gibt keine Gesichtspunkte außer der Wahrung der Funktionsfähigkeit des Parlaments, die geeignet sind, die Sperrklausel zu rechtfertigen (Abs.-Nr. 127-129 = BVerfGE 129, 300 [340-342])

Die Begründung für diese drei Entscheidungsgründe stellt darauf ab, dass erstens die Funktionsfähigkeit auch ohne Sperrklausel – gleich in welcher Höhe – nicht gefährdet ist, dass zweitens das Bestreben, die Funktionsfähigkeit zu sichern, jedenfalls die Schwere des Eingriffs nicht aufwiegen kann, und dass drittens andere Gesichtspunkte, die eine Sperrklausel rechtfertigen könnten, nicht vorliegen. Das Bundesverfassungsgericht stellt durchweg nicht auf die Höhe der Sperrklausel ab, sondern ausschließlich auf die Existenz einer Sperrklausel als solcher.

Hinzu kommt Folgendes: Das Urteil hat die Verfassungswidrigkeit und Nichtigkeit der Fünfprozent-Klausel festgestellt (Abs.-Nr. 135 f.), aber dennoch keine Neuwahl oder Korrektur des Wahlergebnisses der Europawahl 2009 angeordnet, das Urteil somit erst für die Europawahl 2014 und spätere Wahlen für anwendbar erklärt und dies mit dem Bestandsschutz der Wahl 2009 und dem Vertrauensschutz der Gewählten, also mit dem Grundsatz der Rechtssicherheit begründet (Abs.-Nr. 137-144), nicht aber damit dass bekanntlich alle durch die Sperrklausel Ausgeschlossenen weniger als drei Prozent der Stimmen erlangt hatten und ein Dreiprozent-Klausel verfassungsgemäß sei. Das Gericht hat also als selbstverständlich unterstellt, dass auch eine Dreiprozent-Klausel verfassungswidrig und nichtig wäre.

(3) Sachverständige

Die vom Innenausschuss gehörten Sachverständigen bestätigen ebenfalls, dass das Urteil vom 9.11.2011 sich nicht nur auf die Fünfprozent-Klausel bezieht, sondern auch geringere Sperrklauseln für verfassungswidrig erklärt. Damit stimmen auch diejenigen Sachverständigen überein, die von den Fraktionen, die den

Gesetzentwurf tragen, benannt worden waren. Hier sei nur die Stellungnahme des Sachverständigen Werner Heun angeführt:

„Zusammenfassend lässt sich daher festhalten, dass die Verabschiedung einer entsprechenden Sperrklausel in Höhe von 3% sich in deutlichem Widerspruch zu der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 9.11.2011 setzt.“ (Heun, Stellungnahme, S. 6

http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a04/Anhoerungen/Aanhoerung35/Stellungnahmen_SV/Stellungnahme_05.pdf

Ähnlich auch Bernd Grzeszick, Stellungnahme, S. 5

http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a04/Anhoerungen/Aanhoerung35/Stellungnahmen_SV/Stellungnahme_01.pdf)

(4) Bundesministerium des Innern

In einer sorgfältigen Analyse des Urteils gelangt auch das für Verfassungsfragen zuständige Bundesministerium, das Ministerium des Innern, zu dem Ergebnis, dass das Urteil vom 9.11.2011 der Einführung jedweder Sperrklausel bei Europawahlen entgegensteht:

„Auch wenn mit dem Tenor des Urteils `nur` die Sperrklausel in ihrer konkreten Ausgestaltung für nichtig erklärt worden ist, richten sich die tragenden Gründe des Urteils gegen die Implementierung von Sperrklauseln im deutschen Europawahlrecht jedweder Art. Dagegen sind Anhaltspunkte irgendwelcher Art, dass eine niedrigere Sperrklausel verfassungsmäßig sein könnte, im Urteil nicht enthalten. Angesichts dessen wäre nach dem Urteil eine 2,5-Prozent-Sperrklausel verfassungsrechtlich ebenso wenig zu rechtfertigen wie eine andere Ausgestaltung der Sperrklausel.“

(Stellungnahme des Bundesministeriums des Innern vom 16. 11.2011, S. 4 f., Anlage 17. Die Stellungnahme wurde dem Unterzeichnenden vom Ministerium zunächst verweigert. Als er sich dann mit Schreiben vom 22. Mai 2013 auf das Informationsfreiheitsgesetz berief und mit mehreren Mails „nachfasste“, wurde sie ihm aber mit Mail vom 8. Juli 2013 übermittelt.)

dd) Neue Gründe? Insbesondere die Entschließung des Europäischen Parlaments

Wesentlich neue tatsächliche oder rechtliche Entwicklungen, die eine Überprüfung des Urteils vom 9.11.2011 angezeigt erscheinen lassen

könnten, liegen nicht vor. Weder die EntschlieÙung vom November 2012 noch andere Umstände stellen relevante neue Gründe dar.

Die Begründung des Gesetzentwurfs (BT-Drs. 17/13705, S. 5 und 6, Anlage 5a) und die Abgeordneten der den Gesetzentwurf tragenden Fraktionen (Protokoll der 2. Lesung, S. 31431 ff., Anlage 9) heben vor allem auf eine EntschlieÙung ab, die das Europäische Parlament am 22. November 2012 gefasst hat (Anlage 10). Die EntschlieÙung befürwortet „geeignete und angemessene“ Sperrklauseln. Der entsprechende Passus der EntschlieÙung lautet:

„Das Europäische Parlament ... 4. vertritt angesichts der durch den Vertrag von Lissabon eingeführten neuen Modalitäten für die Wahl der Europäischen Kommission und des sich demzufolge ändernden Verhältnisses zwischen Parlament und Kommission ab den Wahlen 2014 die Ansicht, dass verlässliche Mehrheiten im Parlament für die Stabilität der Legislativverfahren der Union und das reibungslose Funktionieren ihrer Exekutive von entscheidender Bedeutung sein werden, und fordert die Mitgliedstaaten daher auf, in ihrem Wahlrecht gemäß Art. 3 des Aktes zur Einführung allgemeiner unmittelbarer Wahlen der Abgeordneten der Versammlung geeignete und angemessene Mindestschwellen für die Zuteilung der Sitze festzulegen, um dem in den Wahlen zum Ausdruck gekommenen Wählerwillen gebührend Rechnung zu tragen, bei gleichzeitiger Wahrung der Funktionalität des Parlaments.“ (Anlage 10)

Die in der EntschlieÙung enthaltene Aufforderung ist allerdings unverbindlich, und der verbindliche Art. 3 des Direktwahlakts überlässt es ausdrücklich der Entscheidung der Mitgliedstaaten, ob sie eine Sperrklausel einführen oder nicht. Nach der deshalb maßgeblichen Auffassung des Bundesverfassungsgerichts ist eine Dreiprozent-Klausel aber unzulässig und deshalb auch „unangemessen“ im Sinne der EntschlieÙung selbst, die ja ausdrücklich nur „geeignete und angemessene Mindestschwellen“ empfiehlt.

Diesen Punkt der EntschlieÙung hatten im Übrigen deutsche Europaabgeordnete maßgeblich initiiert (Anlage 12) und bewirkt, dass er nachträglich in die EntschlieÙung eingefügt wurde (Anlage 11). Dieselben politischen Kräfte hatten auch auf deutscher Ebene gewirkt und Parteitagsbeschlüsse durchgesetzt, die die Bundesregierung und die Bundestagsfraktionen aufforderten, „darauf hinzuwirken, dass für die Europawahl 2014 in das Europawahlgesetz eine 3%-Sperrklausel eingeführt wird.“

(So z. B. der Beschluss auf dem Bundesparteitag der CDU vom 3.-5. 12.2012, Anlage 13).

Die Analyse des Verfassungsministeriums, die entschieden vor der Einführung einer Sperrklausel warnte, auch einer wesentlich geringeren als fünf Prozent (Anlage 17), dürfte die *Bundesregierung* bewogen haben, dass sie der Aufforderung im Parteitagsbeschluss, eine Dreiprozent-Klausel einzuführen, nicht nachkam.

Dieselben politischen Kräfte hatten im Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht bereits für die Beibehaltung der Sperrklausel votiert (Abs.-Nr. 69 und 73), ohne dass das Gericht sich davon hatte beeindrucken lassen. Vielmehr hatte es deren einseitig-machtpolitische Vorgehensweise bewusst in die Schranken gewiesen. Die Entstehungsgeschichte der Dreiprozent-Klausel bestätigt einmal mehr die dem Urteil zu Grunde liegende Erkenntnis, dass Parlamentarier bei der Beurteilung von Sperrklauseln nicht neutral und unbefangen, sondern Partei sind und sich dabei statt von gemeinwohlorientierten Erwägungen eben leicht vom Ziel des eigenen Machterhalts leiten lassen (Abs.-Nr. 91 und 93). Tatsächlich beruht die Initiative zur Einführung einer 3%-Klausel auf „einem Schulterschluss der Etablierten ... auf Kosten der Kleinen“.

(so Reinhard Müller, „Neue Kopfnuss?“, FAZ vom 22. 5. 2013)

Anders ausgedrückt: Bei den Initiativen zur Einführung der Dreiprozent-Klausel, der Entschließung und den darauf gegründeten Erwägungen im Gesetzentwurf handelt es sich um Entwicklungen, die Parlamentarier unter Instrumentalisierung ihrer Macht und ihres Einflusses selbst hergestellt haben, um den Eindruck zu erwecken, als hätten sich tatsächlich neue Umstände ergeben, die eine erneute rechtliche Beurteilung erlaubten.

Auch die beabsichtigte stärkere Einbindung von Präsidentschaftskandidaten für die Kommission in den Parlamentswahlkampf schafft keine derartige neue Lage. Eine solche Einbindung wird in der genannten Entschließung ebenfalls empfohlen:

„Das Europäische Parlament ... 1. fordert die europäischen politischen Parteien nachdrücklich auf, Kandidaten für das Amt des Präsidenten der Kommission zu nominieren, und geht davon aus, dass diese Kandidaten im parlamentarischen Wahlkampf eine führende Rolle spielen, indem sie insbesondere ihr Programm in allen Mitgliedstaaten der Union persönlich vorstellen; hält es für äußerst wichtig, die politische Legitimität sowohl

des Parlaments als auch der Kommission zu stärken, indem deren Wahl jeweils unmittelbar mit der Entscheidung der Wähler verknüpft wird.“ (Anlage 10)

Eine Berücksichtigung der Ergebnisse der Wahl zum Europäischen Parlament bei der Wahl des Präsidenten der Kommission ist bereits in Art. 17 Abs. 7 UAbs. 1 EU-Vertrag vorgesehen. Die Vorschrift lautet:

„Der Europäische Rat schlägt dem Europäischen Parlament nach entsprechenden Konsultationen mit qualifizierter Mehrheit einen Kandidaten für das Amt des Präsidenten der Kommission vor; dabei berücksichtigt er das Ergebnis der Wahlen zum Europäischen Parlament. Das Europäische Parlament wählt diesen Kandidaten mit der Mehrheit seiner Mitglieder. Erhält dieser Kandidat nicht die Mehrheit, so schlägt der Europäische Rat dem Europäischen Parlament innerhalb eines Monats mit qualifizierter Mehrheit einen neuen Kandidaten vor, für dessen Wahl das Europäische Parlament dasselbe Verfahren anwendet.“

Auch diese Bestimmung hatte das Bundesverfassungsgericht bei seiner Entscheidung vom 9.11.2011 bereits einbezogen (Abs.-Nr. 119).

Die Begründung des Gesetzentwurfs hebt darauf ab, dass die Wahl des Kommissionspräsidenten „unmittelbar mit der Entscheidung der Wähler verknüpft werde (BT-Drs, 17/13705, S. 5, Anlage 5a). Diese Angaben sind aber bereits deshalb mit Vorsicht zu behandeln, weil sie auf spekulativen, parteilich geprägten Annahmen beruhen.

So wurde in der 2. Lesung darauf hingewiesen dass die EVP das von dem Abgeordneten Grindel (CDU/CSU) propagierte Verfahren selbst noch nicht beschlossen habe (Protokoll, S. 31433 l.Sp.); sie wurde geradezu beschworen, dass propagierte Verfahren auch wirklich einzuhalten, worin die Zweifel daran deutlich zum Ausdruck kamen (Protokoll, S. 31433 r.Sp.). Es ist – angesichts der großen Widerstände der nationalen Parteien gegen eine Europäisierung der Wahlen zum Europaparlament und der daraus resultierenden großen Unsicherheit der behaupteten Entwicklung – fraglich, ob sie der Entscheidung des Gesetzgebers und des Bundesverfassungsgerichts überhaupt zu Grund gelegt werden dürfen.

Aber selbst wenn man unterstellt, dass die propagierte Entwicklung so einträfe, fällt nach dem eigenen Vortrag der den Gesetzentwurf tragenden Fraktionen eine Art Vorentscheidung darüber, wer Kommissionspräsident wird, durch die Wähler, also ganz unabhängig

vom Europäischen Parlament. Auf diese Weise sollen Elemente der Direktwahl in die Wahl des Kommissionspräsidenten einfließen.

(Siehe auch Werner Langen, Kein Interesse an Splittergruppen, FAZ vom 25.5.2013, S. 8 [Leserbrief], Anlage 18).

Deshalb ist daran zu erinnern, dass die strenge Rechtsprechung des Senats zu Sperrklauseln ihren Ausgangspunkt bei kommunalen Sperrklauseln genommen hatte und diese auch deshalb für verfassungswidrig erklärt wurden, weil wegen der Direktwahl der Bürgermeister der durch Wegfall der Sperrklausel zu erwartende vermehrte Eintritt kleiner Parteien in die kommunale Volksvertretung an Bedeutung für die Funktionsfähigkeit der Kommunen verloren hatte (BVerfGE 120, 82 [116 ff.]). Dann kann aber auch die Entscheidung, wer Kommissionspräsident wird, durch eine Vermehrung kleinerer Parteien nicht zusätzlich erschwert werden.

(Wenn Langen, a.a.O., mit Rücksicht auf die geschilderten Direktwahlelemente eine 3%-Klausel empfiehlt, übersieht er, dass die Einführung von Elementen der Direktwahl umgekehrt geeignet ist, den Wegfall der Sperrklausel erst recht hinzunehmen.)

Dass auf Grund der prognostizierten Direktwahlelemente bei der Wahl des Kommissionspräsidenten „ein Antagonismus zwischen Regierungs- und Oppositionsfraktionen innerhalb der des Europäischen Parlaments“ entstünde, womit dann „das Risiko einer anhaltenden Blockade der politischen Willensbildung“ steige (BT-Drs. 17/13705, S. 6, Anlage 5a), ist reine Spekulation. Das räumt die Begründung, genau genommen, auch selbst ein, wenn sie formuliert, es sei „nicht unwahrscheinlich“, dass das Risiko steige, dass „ein wesentlicher Schritt in Richtung auf die Etablierung eines Antagonismus“ gemacht werde. Mit dieser Anhäufung von behaupteten Eventualitäten lässt sich eine Sperrklausel verfassungsrechtlich nicht begründen.

ee) Ergebnis

Das Urteil vom 9.11.2011, das Sperrklauseln für verfassungswidrig und nichtig erklärt hat, gilt auch für eine Dreiprozent-Klausel. Noch bevor das Urteil, wie vorgesehen, zur Europawahl 2014 erstmals Wirkung entfalten kann, will der Gesetzgeber es durch Einführung einer Dreiprozent-Klausel unterlaufen. Da dafür keine relevanten neuen Gründe bestehen, liegt darin eine „Urteilsschelte in Form einer Gesetzesrepetition“ (siehe oben 2a); der Staatsrechtslehrer-Appell hatte versucht, dem entgegenzutreten. Das Bundesverfassungsgericht muss, wie der von der

Union benannte Sachverständige Hans-Jürgen Papier für den Fall, dass keine relevanten neuen Gründe vorliegen, selbst darlegt, „die bereits entschiedene verfassungsrechtliche Frage nicht erneut prüfen oder erörtern;“ die Neuregelung ist dann „von vornherein und eindeutig grundgesetzwidrig (vgl. BVerfGE 96, 260 [263]).“

(Papier, Stellungnahme, S.13,
[\[http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a04/Anhoerungen/Anhoerung35/Stellungnahmen_SV/Stellungnahme_02.pdf\]](http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a04/Anhoerungen/Anhoerung35/Stellungnahmen_SV/Stellungnahme_02.pdf) - Papier stellte selbst aber die Frage, ob nicht doch relevante Gründe vorlägen)

Folglich kann der Senat das Gesetz, über dessen Verfassungsmäßigkeit er schon entschieden hat, ohne Sachprüfung als *res iudicata* zurückweisen und die Anträge zu 1 bis 4 für zulässig und begründet erklären.

Dass selbst Sachverständigen der hinter dem Gesetzentwurf stehenden Fraktionen dieser Gedanke zumindest nicht ganz fern lag, deutet sich auch darin an, dass sie dem Bundestag allen Ernstes nahelegten, die Zulässigkeit von Sperrklauseln ins Grundgesetz zu schreiben.

(So Hans-Jürgen Papier als Schlusswort in der Sachverständigenanhörung vor dem Innenausschuss [\[http://dbtg.tv/cvid/2421267\]](http://dbtg.tv/cvid/2421267). Ebenso Franz Mayer, Stellungnahme, S. 5 [\[http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a04/Anhoerungen/Anhoerung35/Stellungnahmen_SV/Stellungnahme_04.pdf\]](http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a04/Anhoerungen/Anhoerung35/Stellungnahmen_SV/Stellungnahme_04.pdf))

Auf diese Weise könnte die Kontrolle durch das Bundesverfassungsgericht – vorbehaltlich des Art. 79 Abs. 3 GG – von Grund auf ausgehebelt werden. Allerdings war 1995 schon einmal ein Versuch des Bundestags, das Grundgesetz in eigener Sache zu ändern, um die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auszuhebeln, am Nein des Bundesrats gescheitert, der sich dabei auch auf den Appell von 86 Staatsrechtslehrern berufen hatte.

(von Arnim/Drysch, Bonner Kommentar, Drittbearbeitung des Art. 48 GG [Dez. 2010], Rn 80-83)

Auch sonst warnten die Sachverständigen überdeutlich vor der Einführung der Dreiprozent-Klausel: Der Gesetzgeber müsse sich darüber im Klaren sein, dass er sich damit „auf einen Konflikt mit dem Bundesverfassungsgericht einlässt und ein hohes Risiko besteht, dass das Bundesverfassungsgericht auch die abgesenkte Sperrklausel für verfassungswidrig erklärt.“

(So Werner Heun, Stellungnahme, S. 6, http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a04/Anhoerungen/Anhoerung35/Stellungnahmen_SV/Stellungnahme_05.pdf). Siehe auch die gewundene Formulierung von Grzeszick, Stellungnahme, S. 6, http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a04/Anhoerungen/Anhoerung35/Stellungnahmen_SV/Stellungnahme_01.pdf : „Vor diesem Hintergrund kann argumentiert werden ...“)

Die dennoch von einigen Sachverständigen vorgebrachten Argumente, weshalb der Gesetzgeber gleichwohl befugt sei, durch erneuten Erlass einer Sperrklausel das Gericht zur Änderung seiner Rechtsprechung zu bewegen, waren, wie die Abgeordnete Halina Wawzyniak [DIE LINKE] treffend zusammenfasste, „abenteuerlich“, d.h. an den Haaren herbeigezogene Scheinbegründungen.

(Wawzyniak, Sachverständigenanhörung, <http://dbtg.tv/cvid/2421267>; ebenso Protokoll der 2. Lesung, S. 31435 I. Sp., Anlage 9)

Es wundert deshalb auch nicht, dass das Ergebnis der Sachverständigen-Anhörung durch den Innenausschuss weder in seinem Bericht (BT-Drs. 17/13935, Anlage 8) noch in der zweiten Lesung des Gesetzes im Plenum (Protokoll, S. 31430 ff., Anlage 9) im Zusammenhang vorgetragen wurde. Auch das Protokoll der Sachverständigen-Anhörung lag bei der abschließenden Beratung und der Beschlussfassung des Bundestags nicht vor (gerügt von MdB Wawzyniak, Protokoll, S. 31434 f., Anlage 9).

In der 2. Lesung des Gesetzes waren sich die Abgeordneten selbst darüber klar, dass sie mit der Dreiprozent-Klausel ein hohes verfassungsrechtliches Risiko eingingen: „Wir begeben uns auf dünnes Eis“, formulierte der Abgeordnete Wolfgang Wieland (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN). Dabei verglich er die Bundestagsmehrheit mit dem Reiter über den Bodensee: Wir „können nur hoffen, dass wir am Ende nicht tot wie dieser Reiter sind“. (Protokoll, S. 31435, r. Sp. unten, Anlage 9).

Das Verfassungsministerium hatte ohnehin schon im Frühjahr 2013 erneut – und diesmal nach und in Kenntnis der Entschließung des Europäischen Parlaments vom November 2012 [Anlage 10]) – vor der Einführung der Dreiprozentklausel gewarnt; diese sei „offenkundig“ verfassungswidrig (so der Bericht von Katja Gelinsky, Streit über Sperrklauseln, FAZ vom 4.5.2013, S. 7, Anlage 16). Das bestätigte damals auch der spätere Sachverständige Bernd Grzeszick.

(Gelinsky, a.a.O.; zu Grzeszicks späteren Ausführungen als von der Union geladener Sachverständiger siehe seine schriftliche Stellungnahme, S. 6,

http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a04/Anhoerungen/Akhoerung35/Stellungnahmen_SV/Stellungnahme_01.pdf und seine mündliche Einlassung <http://dbtg.tv/cvid/2421267>)

II. Selbständiger Verstoß gegen das Recht auf Chancengleichheit der politischen Parteien bei Wahlen und gegen die Wahlrechtsgleichheit

1. Erneut: Begründetheit der Anträge

Soeben unter I. wurde bereits dargestellt, dass das Urteil vom 9.11.2011 Sperrklauseln bei Europawahlen generell für verfassungswidrig erklärt hat und keine relevanten Gründe ersichtlich sind, die eine andere Bewertung hinsichtlich der nun erlassenen Dreiprozent-Klausel ermöglichen. Daher wären die Organklagen und die Verfassungsbeschwerden auch dann begründet, wenn man entgegen den obigen Ausführungen davon ausginge, dass der Gesetzgeber nicht gemäß § 31 Abs. 1 BVerfGG an das Urteil vom 9.11.2011 gebunden sei und dass auch der Grundsatz der Organtreue ihn nicht zur Beachtung der Grundsätze dieses Urteils verpflichtete. Denn auch eine Dreiprozent-Klausel wäre – wie sich aus den Gründen des Urteils vom 9.11.2011 ergibt – zur Wahrung der Funktionsfähigkeit des Europäischen Parlaments nicht erforderlich und ließe sich auch durch sonstige Gründe nicht rechtfertigen.

Soweit über die vom Senat im Urteil vom 9.11.2011 schon einbezogenen Vorschriften des Lissabonvertrages hinaus neuere Entwicklungen behauptet werden, handelt es sich um bloße Spekulationen. Aber selbst wenn sie sich realisieren sollten, kann das, wie ebenfalls dargelegt, an der Bewertung, dass die Dreiprozent-Sperrklausel verfassungswidrig ist, nichts ändern.

Somit sind die Anträge der Antragstellerinnen zu 1 und zu 2 begründet, gemäß § 67 Satz 1 BVerfGG festzustellen, dass der Erlass des § 2 Abs. 7 EuWG durch die Antragsgegner gegen Art. 21 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 GG verstößt.

Ebenso sind die Anträge der Beschwerdeführer zu 3 und zu 4 begründet, gemäß § 95 Abs. 1 BVerfGG festzustellen, dass der Erlass des § 2 Abs. 7 EuWG durch die Antragsgegner Art. 3 Abs. 1 und Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG verletzt, und § 2 Abs. 7 EuWG gemäß § 95 Abs. 3 Satz 1 BVerfGG für nichtig zu erklären.

2. Schlüsselfragen

Dass das Gericht auch im Falle einer inhaltlichen Überprüfung nur zu dem Ergebnis gelangen kann, dass die Dreiprozent-Klausel bei der Europawahl verfassungswidrig ist, soll im Folgenden noch weiter vertieft werden. Dafür sind die Schlüsselemente, die das hinter der Rechtsprechung stehende Gesamtkonzept tragen, im Zusammenhang zu erläutern; dabei ist auch auf strittige Punkte einzugehen.

a) Überblick

Der Ansatz des Bundesverfassungsgerichts, aus dem sich letztlich die Verfassungswidrigkeit von Sperrklauseln bei Europawahlen ergibt, ist, auf seine Grundzüge zurückgeführt, ebenso einfach wie überzeugend. Es geht letztlich um drei Elemente:

- das besondere *Gewicht* der durch Sperrklauseln bedrohten Rechtsgüter, der Gleichheit des Wahlrechts und der Chancengleichheit der Parteien sowie der Offenheit des politischen Wettbewerbs. Da dem Ergebnis des politischen Prozesses *alle* unterworfen sind, auch diejenigen, die nicht die Parteien der Mehrheit gewählt haben (vgl. BVerfGE 8, 51 [67]), ist die Sicherung der politischen Gleichheit von grundlegender Bedeutung für das demokratische System;

- die besondere *Gefährdung* dieser Rechtsgüter im politischen Prozess: Da die Abgeordneten sowie ihre Parteien und Fraktionen im Parlament selbst über die Regeln des Machterwerbs und des Machterhalts

(dazu Rudolf Wildenmann, Regeln der Machtbewerbung, 1963, in: ders., Gutachtung zur Frage der Subventionierung politischer Parteien aus öffentlichen Mitteln, 1968; Michael Greven, Die Parteien in der politischen Gesellschaft sowie eine Einleitung zur Diskussion über die `allgemeine Parteiendemokratie`, in: Oskar Niedermayer/ Richard Stöss [Hrsg.], Stand und Perspektiven der Parteienforschung in Deutschland, 1993, S. 277 [290])

entscheiden, wozu zuallererst das Wahlrecht gehört,

(statt vieler Martin Morlok, JZ 2012, S. 76: „Wahlrechtsfragen sind Machtfragen“)

besteht die ständige Versuchung, dass sie dabei – bewusst oder unbewusst – dem eigenen Machterhalt Vorrang vor gemeinwohlorientierten Erwägungen einräumen und für Sperrklauseln sprechende Argumente erfinden oder überzeichnen. Dass in dieser Feststellung kein ungebührliches Misstrauen gegenüber dem Parlament zum Ausdruck kommt, sondern eine realistische Einschätzung der politischen Realität, zeigt die Erfahrung zur Genüge;

(siehe z. B. Merith Niehuss, Die Parteien und der Kampf um die Macht in den Ländern Nachkriegsdeutschlands 1946-1955, in: Hans Herbert von Arnim/ Gisela Färber/Stefan Fisch [Hrsg.], Föderalismus – Hält er noch, was er verspricht?, 2000, S. 197. Ferner Martin Morlok/Hana Kühr, Wahlrechtliche Sperrklauseln und die Aufgaben einer Volksvertretung, JuS 2012, S. 385 [389]: Die Erfahrung lehrt, „dass die je aktuelle politische Mehrheit der geschilderten Versuchung durchaus immer wieder erliegt.“ Siehe auch Hans Meyer, HdStR, Bd. III, 3. Aufl., 2005, § 45 Rn 37-39)

- und schließlich drittens: die besondere Gefährdung der besonders gewichtigen Rechtsgüter verlangt zu ihrer Sicherung eine *verschärfte Kontrolle* sowohl durch die Öffentlichkeit (siehe BVerfGE 40, 296 [317]) als auch durch die Verfassungsgerichte.

(Siehe auch Hans Herbert von Arnim, Der strenge und der formale Gleichheitssatz, DÖV 1984, S. 84)

Das verlangt zu überprüfen,

1. ob die gravierende Beeinträchtigung der Rechtsgüter, zu der Sperrklauseln führen, nicht ignoriert oder bagatellisiert wird (dazu näher unten unter d und e),
2. ob ohne die Sperrklausel wirklich ins Gewicht fallende Beeinträchtigungen der Funktion des Europäischen Parlaments mit der nötigen Wahrscheinlichkeit zu erwarten sind, diese also nicht übertrieben dargestellt werden; die Behauptung abstrakter Gefahren reicht dafür nicht aus. Vielmehr müssen alle möglichen Arten von Beschlüssen des Europäischen Parlaments konkret darauf überprüft werden, ob und wie der Wegfall der Sperrklausel das Funktionieren des Parlaments wesentlich erschweren kann;
3. und schließlich, ob beides objektiv und unvoreingenommen abgewogen wird (siehe unter f und g).

Das Bundesverfassungsgericht hat bei der Maßstabsbildung dazu Folgendes ausgeführt:

Nur wenn sich die Intensität des Eingriffs in die Gleichheit des Wahlrechts und die Chancengleichheit der Parteien, den Sperrklauseln bewirken, einerseits (Abs.-Nr. 89) und der Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der Willensbildung im Europäischen Parlament andererseits „die Waage halten“ könnten, wäre die Sperrklausel zulässig (Abs.-Nr. 87). Dies ist aber gerade nicht der Fall (Abs.-Nr. 95).

Diese Abwägung muss für eine Klausel von drei Prozent zwangsläufig zum gleichen Ergebnis führen wie für eine Klausel von fünf Prozent: Zwar greift eine Dreiprozent-Klausel – jedenfalls in abstracto¹ – geringer in die Gleichheit ein, sie kann aber die Funktionsfähigkeit des Europäischen Parlaments auch nur in geringerem Maße schützen, erreicht das angestrebte Ziel also auch nur in geringerem Umfang, so dass die Abwägung zu keinem anderen Ergebnis führen kann, die Waage sich also genau so zu Lasten der Dreiprozent-Klausel neigt wie zu Lasten der Fünfprozent-Klausel. Der Schwere des Eingriffs und der Einschränkung des politischen Wettbewerbs steht somit keine entsprechende Funktionsbeeinträchtigung des Europäischen Parlaments gegenüber, die jenen Eingriff und jene Beeinträchtigung rechtfertigen könnte.

Das Urteil beschäftigt sich in den Absatz-Nummern 96-126 vornehmlich mit den soeben unter 2. genannten Fragen, also mit den angeblich für eine Sperrklausel sprechenden Gründen. Dabei weist der Senat abstrakte Gefährdungsbehauptungen zurück und zeigt, indem er ganz konkret alle möglichen Entscheidungssituationen des Europäischen Parlaments durchprüft, auf, dass ohne die Sperrklausel keine erhebliche Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit des Europäischen Parlaments zu erwarten ist, eine Sperrklausel also gar nicht erforderlich ist und schon gar kein zwingender Grund dafür vorliegt. In den Absatz-Nummern 127-129 zeigt es auf, dass es auch keine anderen Gründe gibt, die die Sperrklausel rechtfertigen könnten. Und schließlich besitzen, wie oben (unter C I 2 b, dd) dargelegt, auch die inzwischen von den das

¹ Tatsächlich hatten jedenfalls bei der Europawahl 2009 alle von der Sperrklausel ausgeschlossenen Parteien weniger als drei Prozent der Stimmen erlangt, wären also – wenn man eventuelle Rückwirkungen der Klausel auf das Wählerverhalten außer Acht lässt – auch von einer Dreiprozent-Klausel ausgeschlossen worden. Bei den Europawahlen 1979, 1984, 1994 und 1999 hätte eine Dreiprozent-Klausel aber sehr wohl zu anderen Ergebnisse geführt als die Fünfprozent-Klausel (siehe die Übersicht bei Wilko Zicht, Kurz-Stellungnahme vom 9.6.2013, S. 4; http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a04/Anhoerungen/Anhoerung35/Stellungnahmen_SV/Stellungnahme_03.pdf).

Gesetz tragenden Fraktionen und ihren Sachverständigen vorgetragene Gründe keinesfalls das nötige Gewicht, Sperrklauseln zu rechtfertigen.

b) Das Minderheitsvotum

Das Minderheitsvotum der Richter Di Fabio und Mellinghoff widerspricht dem Urteil im Ergebnis und in der Begründung (Abs.-Nr. 147). Beide Richter

- behaupten, man dürfe das übereinstimmende Votum der Europaabgeordneten nicht übergehen, die in der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesverfassungsgericht für die Aufrechterhaltung der Sperrklausel eingetreten waren (Abs.-Nr. 160). Das hieße aber die Frösche fragen, bevor der Sumpf trocken gelegt wird;

- stellen in Abrede, dass der Bundestag sich bei Entscheidungen über Sperrklauseln leicht vom Streben nach Macht- und Mandatserhalt leiten lasse und deshalb eine strenge Gerichtskontrolle geboten sei (Abs.-Nr. 156). Sie greifen damit den Kern des Urteils an, obwohl sie selbst den Urteilen von 2004 (BVerfGE 111, 382) und 2008 (BVerfGE 120, 82) zugestimmt hatten, in denen diese Rechtsprechung begründet worden war;

- wollen die Sperrklausel mit dem Argument retten, bei der Mehrheitswahl könnten noch viel mehr Wählerstimmen unberücksichtigt bleiben als fünf Prozent, ohne dass dies die Mehrheitswahl verfassungswidrig mache (Abs.-Nr. 150 ff.). Dieses Argument liegt aber schon deshalb neben der Sache, weil Mehrheitswahlen nach dem europäischen Direktwahlakt ausdrücklich ausgeschlossen sind und deshalb nicht für einen Vergleich in Betracht kommen. Auch unabhängig davon sieht man die Unhaltbarkeit eines solchen Arguments auch daran, dass es sogar für eine 40-Prozentklausel sprechen würde. Das Bundesverfassungsgericht macht denn auch in ständiger Rechtsprechung einen kategorialen Unterschied zwischen beiden Wahlsystemen und schiebt damit dieser Art von Argumentation einen Riegel vor;

- wenden sich dagegen, dass nur eine drohende Funktionsunfähigkeit des Europäischen Parlaments Sperrklauseln rechtfertigen könnte (missverständlich insofern Abs.-Nr. 112 und 124) und damit die Rechtfertigungsfähigkeit von Sperrklauseln übermäßig erschwert würde (Abs.-Nr. 158). Dieser Einwand erscheint vordergründig berechtigt, kann aber dennoch das Urteil nicht erschüttern. Denn die Argumentation des

Senats beruht erkennbar durchgehend darauf, dass es bereits an der ernststen Gefahr wesentlicher Beeinträchtigungen der Funktionsfähigkeit fehlt.

(So auch Martin Morlok, JZ 2012, 76 [79])

Weitere Einwände der Dissenter werden später behandelt.

c) Missverständnisse

Dass Urteile des Bundesverfassungsgerichts vor allem von den Betroffenen bewusst oder unbewusst missverstanden und verfälschend wiedergegeben werden, ist immer wieder zu beobachten und seit langem Gegenstand der fachwissenschaftlichen Diskussion.

(Jutta Limbach, Die Schmerzgrenze bei der Richterkritik, ZRP 1996, S. 414; Helmuth Schulze-Fielitz, Das Bundesverfassungsgericht in der Krise des Zeitgeists, AöR 122 (1997), S. 1; Andreas Voßkuhle, Der Grundsatz der Verfassungsorgantreue und die Kritik am Bundesverfassungsgericht, NJW 1997, S. 2216 [jeweils mit weiteren Nachweisen])

Das Missverstehen des Urteils des Senats vom 9.11.2013 ist dafür ein „Musterfall“, zumal das Minderheitsvotum ja auch zu Missverständnissen ermutigt haben mag.

d) Ignorieren der Schwere des Eingriffs

Es entspringt von vornherein unzulässig verkürzter Sicht, wenn die Schwere des Eingriffs in die Rechte von Parteien und Bürgern, den Sperrklauseln bewirken, überhaupt nicht erwähnt, sondern lediglich auf die behauptete Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit des Europäischen Parlaments abgestellt wird

(so z. B. der Abgeordnete Reinhard Grindel [CDU/CSU], Protokoll der 2. Lesung, S. 31432, Anlage 9)

oder kleine Parteien, die die Sperrklausel nicht überwinden, als unbeachtliche Spinner abqualifiziert werden.

(So Georg Paul Hefty, Absichtliche Atomisierung, FAZ vom 11.11.2011, S. 1, der von der Sperrklausel erfasste Parteien gar als „Gruppierungen und Parteigründer, die sich mit einer kleinen – gleich ob extremistischen oder schläfrigen – Gefolgschaft weitgehend selbst genügen,“

diskreditiert. Auf dieser einseitig-polemischen Grundlage sinnt Hefty dem Bundestag dann an, eine neue Sperrklausel zu erlassen: „Das deutsche Parlament wird ein neues Wahlgesetz für das Europäische Parlament beschließen müssen, das dessen Funktionsfähigkeit wahrt.“)

Von einer Abwertung kleiner Parteien getragen ist auch die Äußerung des Bundestagsabgeordneten Thomas Silberkorn (CDU/CSU), Protokoll der 2. Lesung, S. 31456 f. (Anlage 9):

„Es kann doch nicht angehen, dass Splitterparteien, die in Deutschland nirgendwo, bei keiner Bundestagswahl, bei keiner Landtagswahl, einen Fuß auf den Boden bekommen, ausgerechnet zum Europäischen Parlament leichter zugelassen werden sollen.“

In ähnliche Richtung geht die These des Minderheitsvotums, bei Europawahlen seien Sperrklauseln leichter zu überwinden, so dass selbst „Gruppierungen, deren Parteiprogramm kaum jemand kennt“, „aus dem Stand heraus“ Erfolg bei Wahlen haben könnten, weshalb die Gleichheit der Wahl und die Chancengleichheit von geringerem Gewicht seien (Abs.-Nr. 155). Dabei wird aber übersehen, dass die größere „Volatilität der Wähler“ auch bei Bundes- und Landtagswahlen zu beobachten ist (auf welche die Dissenter auch selbst abheben), ohne dass sie dort aber die Sperrklausel in Frage stellen wollen (Abs.-Nr. 118). Es erscheint deshalb konsequent, sie auch bei Europawahlen nicht zu berücksichtigen, ganz abgesehen davon, dass es für die von der Sperrklausel Ausgeschlossenen keinen Trost darstellt, dass andere sie vielleicht leichter überwunden haben.

Im Übrigen bewirkt eine Sperrklausel gerade in Deutschland besonders gravierende Härten, weil davon im Vergleich zu anderen Mitgliedstaaten besonders viel Stimmen betroffen sind. Bei der Europawahl 2009 waren ihr 2,8 Millionen Wählerstimmen zum Opfer gefallen; zum selben Ergebnis hätte eine 3%-Klausel geführt [siehe oben C I 2 b, cc (2)]. 2,8 Millionen Stimmen hätten in anderen, kleinen Mitgliedstaaten ausgereicht, um bis zu 50 Abgeordnete ins Europäische Parlament zu entsenden. Dieser Quervergleich mag verfassungsrechtlich nicht unmittelbar relevant sein (so Abs.-Nr. 81), obwohl die Sperrklausel, die diese besondere Härte gerade für deutsche Wähler bewirkt, in der Verantwortung des deutschen Gesetzgebers liegt, der die Sperrklausel ja beschlossen hat. In jedem Fall aber zeigt der Vergleich, zu welcher Härte Sperrklauseln in Deutschland als dem größten Mitgliedstaat führen, in dem die Bürger wegen ihres ohnehin verringerten Stimmgewichts unter einer Sperrklausel besonders leiden.

Diese besondere Härte fällt um so mehr ins Gewicht, als rein nationale Sperrklauseln das angestrebte Ziel gar nicht kohärent erreichen können, wie Arndt treffend ausführt:

„So kann eine Partei eine nationale Sperrklausel zwar überwinden, aber trotzdem auf europäischer Ebene zur Zersplitterung beitragen, wenn sie sich keiner Fraktion anschließt. Umgekehrt können Parteien auf nationaler Ebene von der Sitzverteilung ausgeschlossen werden, obwohl aus anderen Mitgliedstaaten Abgeordnete, die zur gleichen europäischen Partei gehören, eine Fraktion bilden können.“

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

e) Ausblenden des Werts des politischen Wettbewerbs und der Offenheit des Zugangs

Fast durchweg übersehen die Kritiker die Bedeutung der Offenheit des politischen Prozesses und der Aufrechterhaltung des politischen Wettbewerbs für die Sicherung der Funktionsfähigkeit des demokratischen Systems. Diese wichtigen Prinzipien, welche durch Sperrklauseln aber eingeschränkt werden, hat das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil vom 26.10.2004 hervorgehoben: „Der im Mehrparteiensystem angelegte politische Wettbewerb soll Unterschiede hervorbringen – je nach Zuspruch der Bürger.“ (BVerfGE 111, 382 [309]). Die Möglichkeit der Entstehung kleiner Parteien sei als Ergebnis der Offenheit des politischen Prozesses positiv zu betrachten. Offenheit und Aufrechterhaltung des Wettbewerbs seien zentrale Grundsätze der Demokratie, welche „einer Erstarrung des Parteiwesens“ vorbeugen, „die Lernfähigkeit des 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“ auszusperrn, berge die Gefahr eines Verlustes der politischen Vielfalt und damit eine Einschränkung des Parteienwettbewerbs.“ (BVerfGE 111, 328 [404 f.]).

Gewiss kandidieren bei der Europawahl auch Parteien, gegenüber denen viele Bürger Vorbehalte haben mögen. Für die durch Freiheitsrechte geschützte öffentliche Kritik gilt aber, dass grundsätzlich alle, selbst abwegig und unsachlich erscheinende Äußerungen, die vielen missfallen, ertragen werden müssen, „damit die gute und sachliche Kritik möglich bleibt und sich an die Öffentlichkeit wagt.“

(So Jutta Limbach, Die Schmerzgrenze bei der Richterkritik, ZRP 1996, S. 414)

Das muss entsprechend aber auch und erst recht für die Freiheit der Gründung von Parteien und für ihre gleichberechtigte Teilnahme am politischen Prozess gelten. Auch hier müssen wir die mögliche Kandidatur von „Spassparteien“ und Ähnlichem hinnehmen, um möglicherweise wichtige Kandidaturen nicht ungebührlich zu erschweren. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass es auch bei Wegfall der gesetzlichen Sperrklausel weitere Hürden gibt, die kleineren Parteien die Teilnahme an Europawahlen erschweren, z. B. das Erfordernis, 4000 Unterschriften für die Bundesliste beizubringen (§ 9 Abs. 5 EuWG), ganz abgesehen von der „natürlichen“ Sperrklausel, die daher rührt, dass für einen Sitz im Europaparlament eine Mindestzahl von Stimmen erforderlich ist, die – angesichts der nur 96 deutschen Mandate – sehr viel höher liegt als bei der Bundestagswahl, bei der mindestens 598 Mandate vergeben werden (§ 1 Abs. 1 Satz 1 BWG).

f) Außerachtlassen der Abwägung

Das Urteil vom 9.11.2011 ist häufig auch dahin missverstanden worden, im Kassieren der Sperrklausel komme zum Ausdruck, dass der Senat dem Europäischen Parlament nur geringe Bedeutung beimesse.

(So z. B. die Bundestagsabgeordneten Axel Schäfer [SPD] und Thomas Silberhorn [CDU/CSU], Protokoll der 2. Lesung, S. 31432 r. Sp. und 31436 r. Sp., Anlage 9. Ähnlich auch Heribert Prantl, Ist eh schon wurst, Süddeutsche Zeitung vom 10.11.2011, S. 4: Das Europäische Parlament sei „verglichen mit dem Bundestag, schwach an Rechten. Und weil es ohnehin schwach sei, darf man es, so die Folgerung der Richter, noch weiter schwächen.“)

Dass dies eine Fehlinterpretation des Urteils darstellt, sieht man schon daran, dass der Senat keineswegs in Abrede stellt, dass die Kompetenzen und das Gewicht des Europäischen Parlaments im Laufe der Zeit ständig zugenommen haben (siehe z. B. Abs.-Nr. 5). Nur ist das für die Zulässigkeit von Sperrklauseln nicht entscheidend. Käme es wirklich auf das Gewicht des jeweiligen Parlaments an, könnten auch die Sperrklauseln in den deutschen Landesparlamenten verfassungsrechtlich kaum Bestand haben. Dem Bundesverfassungsgericht geht es in Wahrheit erkennbar nicht um die Bedeutung der jeweiligen Volksvertretung, sondern um ihre Struktur, und die ist, wie das Gericht eingehend dargelegt hat, eine ganz andere als die des Bundestags und der Länderparlamente.

(Zustimmend auch Martin Morlok/Hana Kühr, Wahlrechtliche Sperrklauseln und die Aufgaben einer Volksvertretung, JuS 2012, 385 [391])

Das Missverständnis beruht vor allem darauf, dass die Kritiker nicht erkennen, dass das Gewicht und die Bedeutung eines Parlaments sich auf beide Seiten der Abwägung auswirken: Je größer Gewicht und Bedeutung des Parlaments sind, desto wichtiger ist zwar einerseits sein Funktionieren, desto gewichtiger ist aber andererseits auch der Eingriff in die Chancengleichheit der durch die Sperrklausel von der Wahl zu diesem wichtigen Parlament ausgeschlossenen Parteien und in die Gleichheit des Wahlrechts seiner Wähler.

(Siehe auch oben C I 2 b,ee. Ebenso Wilko Zicht, Sachverständigen-Stellungnahme, S.4,
http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a04/Anhoerungen/Anhoerung35/Stellungnahmen_SV/Stellungnahme_03.pdf)

Dieselbe Einseitigkeit der Betrachtung besteht, wenn nur isoliert darauf abgehoben wird, eine Dreiprozenthürde sei ein geringerer Eingriff in die Gleichheit der Wahl als eine Fünfprozenthürde,

(so z. B. der Abgeordnete Dr. Stefan Ruppert [FDP], Protokoll der 2. Lesung, S. 31434 I. Sp. oben, Anlage 9)

ohne zu erwähnen, dass dann auch der angestrebte Effekt, die Verbesserung der Funktionsfähigkeit des Parlaments, entsprechend geringer ist.

g) Zurückweisung des Konzepts „Entscheidungen des Parlaments in eigener Sache“

Der eigentliche tiefere Grund für die Heftigkeit der Diskussion und die Erbitterung, mit der die vier Bundestagsfraktionen und ihre Berliner und Brüsseler Abgeordneten das Vorhaben einer Sperrklausel bei Europawahlen verfolgt haben, ist die neuere Rechtsprechung, die Entscheidungen des Parlaments in eigener Sache einer strengen Gerichtskontrolle unterwirft. Gegen die darin liegende Skepsis an der Gemeinwohlorientierung des Bundestags bei Beschlüssen in eigener Sache, speziell über Sperrklauseln im Wahlrecht, wendet sich auch das Minderheitsvotum: Hier dürfe kein politisches Kartell der etablierten Parteien unterstellt werden (Abs.-Nr. 156). Dabei weisen die Dissenter aber gleichzeitig darauf hin, dass „alle [in der mündlichen Verhandlung

des Gerichts im Mai 2011] erschienenen Vertreter des Europaparlaments“ für die Beibehaltung der Fünfprozent-Klausel plädierten (Abs.-Nr. 160).

In der strengen Gerichtskontrolle bei Entscheidungen des Parlaments in eigener Sache sehen Kritiker der Rechtsprechung eine ungebührliche Einschränkung des Handlungsspielraums des Bundestags. Der Bundestagsabgeordnete Reinhard Grindel (CDU/CSU) bringt das folgendermaßen zum Ausdruck (Protokoll der 2. Lesung, S. 31431 r. Sp.):

„Der Deutsche Bundestag legt Wert auf die Feststellung, dass er ... die Entscheidung über die Einführung einer 3-Prozent-Klausel in Ausfüllung des ihm zustehenden Handlungsspielraums trifft. ... Eine vertretbare Einschätzung des Gesetzgebers dürfe nicht durch eine vertretbare Einschätzung des Gerichts ersetzt werden.“

Die Frage ist aber, ob die Einschätzung des Bundestags wirklich vertretbar ist, und daran werden eben wegen der Befangenheit der Parlamentarier verschärfte Anforderungen gestellt.

Auf der Linie des Minderheitsvotums liegen auch Bernd Grzeszick, der seine Argumentation wiederholt, mit der er als Vertreter des Bundestags im Fünfprozent-Verfahren keinen Erfolg hatte, und Christoph Schönberger.

(Grzeszick, Demokratie und Wahlen im Europäischen Verbund der Parlamente – zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts über Sperrklauseln bei Wahlen zum Europäischen Parlament, EuR 2012, 667 [671 ff.]; Schönberger, Das Bundesverfassungsgericht und die Fünf-Prozent-Klausel bei der Wahl zum Europäischen Parlament, JZ 2012, 80 [81 ff.])

Doch die strenge Prüfung, die zwangsläufig den Handlungsspielraum des Gesetzgebers einschränkt, ist berechtigt. Es leuchtet doch unmittelbar ein, dass ein Parlament, wenn es um den Ausschluss kleinerer Parteien und die „Aneignung“ der diesen zustehenden Mandate durch Sperrklauseln geht, selbst Partei ist und deshalb einer intensiven Kontrolle durch ein unabhängiges Verfassungsgericht bedarf. Dieses ist nun einmal funktionell besser geeignet, die berechtigten Belange von Außenseitern und eines auf Wettbewerb ausgerichteten politischen Systems angemessen zu gewichten als im eigenen Machterhalt befangene Parlamentarier, die in kleineren Parteien vor allem lästige Konkurrenten sehen.

Die Auffassung des Bundesverfassungsgerichts beruht denn auch auf einer inzwischen gefestigten und überzeugenden Rechtsprechung, die hier kurz in Erinnerung gerufen werden soll.

Das Gericht hat die Linie bei Aufhebung der Fünfprozent-Klausel im Kommunalwahlrecht Schleswig-Holsteins mit Urteil vom 13. 2. 2008 vorgezeichnet – auch unter Berufung auf die Landesverfassungsgerichte (BVerfGE 120, 82 [110, 114 f., 116]). Dabei hat das Gericht die typischen Versuchungen, denen Parlamente bei solchen Entscheidungen ausgesetzt sind, benannt:

„Mit Regelungen, die die Bedingungen der politischen Konkurrenz berühren, [wird] die jeweilige parlamentarische Mehrheit gewissermaßen in eigener Sache tätig.“ (BVerfGE 120, 82 [105])

"Gerade bei der Wahlgesetzgebung besteht die Gefahr, dass die jeweilige Parlamentsmehrheit sich statt von gemeinwohlbezogenen Erwägungen vom Ziel des eigenen Machterhalts leiten lässt. ... Die im Landesparlament vertretenen Parteien könnten an der Fünf-Prozent-Sperrklausel festhalten, um die Konkurrenz durch kleinere Parteien und kommunale Wählergemeinschaften möglichst klein zu halten. ... Aus diesem Grund unterliegt auch die Ausgestaltung des Wahlrechts einer strikten verfassungsgerichtlichen Kontrolle. Der Gesetzgeber darf daher nicht frei darüber befinden, von welchem Wahrscheinlichkeitsgrad an er Funktionsstörungen in Betracht ziehen will. Andernfalls würde eine gerichtliche Kontrolle gesetzgeberischer Prognoseentscheidungen, einschließlich deren tatsächlichen Grundlagen, unmöglich gemacht." (BVerfGE 120, 88 [113 f.]).

Eine "abstrakte, theoretische Möglichkeit der Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit" der Volksvertretung durch die Sperrklausel (welche die Rechtsprechung früher hat ausreichen lassen) genügt nicht mehr. Vielmehr hat der Gesetzgeber eine Realanalyse vorzunehmen, aus der sich die "konkrete, mit einiger Wahrscheinlichkeit zu erwartende Möglichkeit einer solchen Beeinträchtigung" ergibt (BVerfGE 120, 82 [114]).

Das bloße Zersplitterungsargument, dass also bei Wegfall der Sperrklausel mehr Parteien ins Parlament kommen, reicht definitiv nicht mehr aus, 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 reicht 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 setzt „das Aufeinandertreffen verschiedener Positionen und das Finden von Kompromissen voraus.“ (BVerfGE 120, 82 [114]).

Es schade deshalb nicht, wie der Bremer Staatsgerichtshof – ausdrücklich im Anschluss an das Urteil von 2008 – die strengere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zusammenfasst, wenn die Volksvertretung "politisch bunter" werde (BremStGH, NJOZ 2009, 111, 4325 [Abs.-Nr. 69]). Vielmehr sei eine an den konkreten Verhältnissen der jeweiligen Volksvertretung ausgerichtete "Realanalyse" durchzuführen (BVerfGE 120, 82 [Rn 60]), aus der sich mit "einer die Intensität der Einschränkung der Wahlrechtsgleichheit und Chancengleichheit der Parteien in Rechnung stellenden hinreichenden Wahrscheinlichkeit" ergebe, dass die Funktionsfähigkeit des Parlaments ernsthaft gefährdet sei (Abs.-Nr. 52).

Diese Kerngedanken des Urteils von 2008, welches das Minderheitsvotum unerwähnt lässt, obwohl beide dissentierenden Richter ihm zugestimmt hatten, tragen auch drei Jahre später das Urteil vom 9.11.2011 zur Fünfprozent-Klausel bei der Europawahl. In fast wörtlicher Übereinstimmung mit dem damaligen Urteil heißt es:

„Weil mit Regelungen, die die Bedingungen der politischen Konkurrenz berühren, die parlamentarische Mehrheit gewissermaßen in eigener Sache tätig wird und gerade bei der Wahlgesetzgebung die Gefahr besteht, dass die jeweilige Parlamentsmehrheit sich statt von gemeinwohlbezogenen Erwägungen vom Ziel des eigenen Machterhalts leiten lässt, unterliegt aber die Ausgestaltung des Wahlrechts hier einer strikten verfassungsgerichtlichen Kontrolle (vgl. BVerfGE 120, 82 [105]).“ (Abs.-Nr. 91)

„Diese Maßstäbe gelten auch für die verfassungsgerichtliche Prüfung des Wahlrechts zum Europäischen Parlament. Wie bei der Regelung des Wahlrechts zum Deutschen Bundestag besteht bei der Ausgestaltung des Europawahlrechts die Gefahr, dass der deutsche Wahlgesetzgeber mit einer Mehrheit von Abgeordneten die Wahl eigener Parteien auf europäischer Ebene durch eine Sperrklausel und den hierdurch bewirkten Ausschluss kleinerer Parteien absichern könnte.“ (Abs.-Nr. 93)

Dass die strenge gerichtliche Kontrolle in derartigen Fällen gefestigter Rechtsprechung entspricht, bestätigt auch ein Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 31.1.2012:

„Die Einhaltung der verfassungsrechtlichen Grenzen des Gestaltungs- und Beurteilungsspielraums unterliegt jedenfalls einer strengen verfassungsgerichtlichen Überprüfung, soweit mit Regelungen, die die Bedingungen der politischen Konkurrenz berühren, die Parlamentarische Mehrheit gewissermaßen in eigener Sache tätig wird und die Gefahr besteht, dass die jeweilige Parlamentsmehrheit sich statt von gemeinwohlbezogenen Erwägungen vom Ziel des eigenen Machterhalts leiten lässt.“

(BVerfG, NVwZ 2012, 622 [624, Abs.-Nr. 66] = BVerfGE 130, 212 [229])

Angesichts des Fehlens triftiger Gründe, die Sperrklauseln rechtfertigen könnten – das Gericht prüft alle in Betracht kommenden Gründe sorgfältig durch –, lassen sich Sperrklauseln bei Europawahlen nicht mehr begründen. Auch die jetzt vorgetragenen Gründe hatte das Gericht bereits berücksichtigt. In keinem Fall haben sie das nötige Gewicht, um das Urteil von 2011 zu erschüttern.

D. Eilbedürftigkeit

Die Antragstellerinnen bitten um eine rasche Entscheidung, weil sie in ihren Wahlvorbereitungen schwer beeinträchtigt sind, so lange das Bundesverfassungsgericht nicht klargestellt hat, dass die Dreiprozent-Sperrklausel verfassungswidrig und nichtig ist und auf die Europawahl 2014 nicht angewendet werden darf. So lange das Damoklesschwert einer möglichen Dreiprozentklausel über ihnen und anderen kleinen Parteien schwebt und deshalb die Gefahr besteht, dass ihr Bemühen um Mandate und Einfluss im Europäischen Parlament fehlschlägt, wird es ihnen erschwert, zugkräftige Kandidaten zu gewinnen und sonstige personelle und finanzielle Hilfe für ihr Anliegen zu erlangen, etwa Spenden einzuwerben, von denen dann auch die Höhe der Staatszuschüsse mit abhängt (§ 18 Abs. 3 Nr. 3 PartG). Je später die gerichtliche Klarstellung erfolgt, dass die Dreiprozent-Klausel nichtig ist und nicht auf die Europawahl 2014 angewendet werden darf, desto stärker wird auch die Chance der Antragstellerinnen und anderer kleinerer Parteien beeinträchtigt, Wählerstimmen und damit Mandate im Europäischen Parlament zu erlangen. Dies auch deshalb, weil im Falle einer – durch die lange Prüfung des Bundespräsidenten ohnehin hinausgeschobenen – späten Entscheidung des Gerichts viele Wähler sich schon entschieden haben mögen und zudem die Klarstellung der

Nichtanwendbarkeit der Sperrklauseln – geschürt von interessierter Seite – gar nicht mehr allgemein durchdringt und nicht allen potentiellen Wählern bekannt wird. Wie solche Desinformation aussehen könnte, haben die letzten Wochen und Monate gezeigt, in denen zahlreiche öffentliche Äußerungen den Eindruck erweckten, für die Europawahl 2014 bestehe bereits eine 3%-Klausel, obwohl der Bundespräsident seine Prüfung noch gar nicht abgeschlossen und das Gesetz noch nicht unterzeichnet hatte (siehe auch Anlage 22).

Da die Antragstellerin zu 1 ihre Wahlliste für die Europawahl auf ihrer Mitgliederversammlung am 19. Oktober und die Antragstellerin zu 2 ihre Wahlliste auf ihrem Parteitag am 23./24. November aufstellen wollen, sind sie auf eine rasche gerichtliche Entscheidung besonders angewiesen, um ohne Beeinträchtigung durch eine mögliche Sperrklausel fähige und attraktive Kandidaten gewinnen zu können. Für die Antragstellerin zu 2 kommt hinzu, dass auch das Beibringen der erforderlichen mindestens 4000 Unterschriften (§ 9 Abs. 5 Satz 2 EuWG) erschwert wird, so lange noch eine Sperrklausel droht.

Durch die bloße Möglichkeit einer Dreiprozent-Sperrklausel wird das Recht der Antragstellerinnen auf Chancengleichheit tangiert, und zwar um so mehr, je später eine solche Klärung erfolgt. Der Grundsatz der politischen Parteien auf Chancengleichheit „gilt nicht nur für den Wahlvorgang selbst, sondern auch für die Wahlvorbereitung und den Wettbewerb der Parteien um die Erlangung von Spenden sowie für die Gewährung staatlicher Finanzierungshilfen an die politischen Parteien.“ (BVerfGE 85, 264 [297]). Auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte betont, wie wichtig es ist, das anzuwendende Wahlrecht rechtzeitig vor der Wahl zu klären.

Die Eilbedürftigkeit wird dadurch noch weiter unterstrichen, dass die Europawahl vom 8. Juni auf den 25. Mai 2014 vorverlegt und dadurch die Vorbereitungszeit um 14 Tage verkürzt wurde. Dadurch wird der Abstand zwischen der Entscheidung des Gerichts und der Wahl verringert und damit auch die Zeit für die Antragstellerinnen verkürzt, für ihr Anliegen zu werben, ohne durch den fortdauernden Schwebezustand beeinträchtigt zu sein. Zusätzlich sollen nun auch die Wahlvorschläge mehr als zwei Wochen früher eingereicht werden müssen. Bisher mussten die Listen für ein Land am 66. Tage vor der Wahl und für gemeinsame Listen für alle Länder am 68. Tage vor der Wahl eingereicht werden (§ 11 Abs. 1 EuWG). Nach dem Fünften Gesetz zur Änderung des Europawahlgesetzes müssen sie nunmehr einheitlich am 83. Tage vor der Wahl eingereicht werden (§ 11 Abs. 1 EuWG n. F., siehe Anlage 1). Dadurch wird die Zeit noch weiter verkürzt, die die Antragstellerinnen

zu Verfügung haben, um, ohne dass das Damoklesschwert der Sperrklausel über ihnen schwebt, für ihr Anliegen Gehör zu finden und potenzielle Wähler anzusprechen.

Bei der Europawahl 2009 hatten die Freien Wähler 1,7 Prozent der Stimmen erhalten und hätten damit, hätte die vom Senat beschlossene Nichtigkeit der Sperrklausel bereits für die erfolgreich angefochtene Wahl 2009 gegolten, zwei Abgeordnete ins Europäische Parlament entsandt. Die ÖDP hatte 2009 0,5 Prozent erlangt; das wäre für ein Mandat gut gewesen. Diese Mandate wurden den Antragstellerinnen trotz Verfassungswidrigkeit und Nichtigkeit der Klausel aus Gründen der Rechtssicherheit, des Bestandschutzes der Wahl und des Vertrauensschutzes derjenigen Abgeordneten und Parteien nicht zugesprochen, die die eigentlich den Antragstellerinnen gebührenden Mandate erlangt hatten und während der ganzen Wahlperiode 2009 bis 2014 behalten durften (Abs.-Nr. 137 ff.). Angesichts der Zurückstellung der Interessen der Antragstellerinnen bei der Wahl 2009 erscheint es bei der Wahl 2014 umso mehr geboten, ihre berechtigtes Interesse an einer raschen Klarstellung der Verfassungswidrigkeit der Dreiprozent-Klausel nun zu berücksichtigen.

Angesichts des dringenden Interesses der Kläger an einer raschen Entscheidung wäre an sich eine Einstweilige Anordnung angezeigt. Diese aber kommt im vorliegenden Verfahren nicht in Betracht, weil auch sie die für die Antragsteller wichtige Klarstellung nicht bewirken könnte. Umso dringender erscheint eine rasche Hauptsache-Entscheidung des Gerichts.

E. Auslagererstattung

Die Antragstellerinnen und die Beschwerdeführer beantragen, ihnen gemäß § 34a Abs. 2 und 3 BVerfGG die Auslagen zu erstatten.

Speyer, den 9. Oktober 2013

(Prof. Dr. Hans Herbert von Arnim)