

Prof. Dr. Hans Herbert von Arnim  
Email: [vonarnim@uni-speyer.de](mailto:vonarnim@uni-speyer.de)  
Homepage: arnimvon.de

## Statement

### **bei Vorstellung der Organklagen der Freien Wähler und der Ökologisch-Demokratischen Partei sowie der Verfassungsbeschwerden von Hubert Aiwanger und Sebastian Frankenger gegen die 3%-Klausel bei der Europawahl (Aktenzeichen: 2 BvE 8/13 und 2 BvR 2220/13)**

am 14.10.2013 in Berlin

1. Die 3%-Sperrklausel bei Europawahlen ist verfassungswidrig. Sie verletzt die Rechte kleinerer Parteien und ihrer Wähler massiv, ohne dass es dafür eine entsprechend gewichtige Rechtfertigung gäbe. Denn die Stimmen, die dem Fallbeil der Sperrklausel zum Opfer fallen, fallen nicht einfach nur unter den Tisch, wie immer geschrieben wird, sondern kommen auch noch ganz anderen, konkurrierenden Parteien zu Gute. So hätten bei der Europawahl 2009 nach dem Willen der Wähler sieben kleineren Parteien, die damals alle weniger als 3% der Stimmen erlangt hatten, acht Mandate zugestanden, darunter den Freien Wählern zwei Mandate und der ÖDP ein Mandat. Tatsächlich brachten die für sie abgegebenen Stimmen – entgegen dem Wählerwillen – acht Abgeordnete von fünf ganz *anderen* Parteien ins Europäische Parlament: je zwei der CDU, der SPD und der Grünen sowie je einen der FDP und der CSU. Im Europäischen Parlament sind also acht deutsche Abgeordnete, die in Wahrheit gar nicht vom Volk gewählt sind, sondern ihren Einzug in Brüssel allein der verfassungswidrigen Sperrklausel verdanken.

2. Insgesamt kamen so bei der Europawahl 2009 2,8 Mio. Stimmen Parteien zu Gute, für die sie gar nicht bestimmt waren. Das waren 10,8% der abgegebenen Stimmen.

3. Darin liegt ein grober Verstoß gegen die Gerechtigkeit, ein Widerspruch zur Gleichheit des Wahlrechts und zur Chancengleichheit der Parteien, also den beiden gewichtigsten demokratischen Verfassungssätzen.

4. Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Urteil vom 9.11. 2011 formal zwar nur die 5%-Klausel für nichtig erklärt. Nach den ebenfalls

verbindlichen tragenden Gründen seiner Entscheidung ist aber jede Sperrklausel bei Europawahlen verfassungswidrig.

5. Wenn man noch Zweifel hegen sollte, so werden diese durch eine lange unter Verschluss gehaltene Expertise beseitigt, die das Bundesinnenministerium, also das für Verfassungsfragen zuständige Ministerium, gefertigt hat und an die ich nur mit Hilfe des Informationsfreiheitsgesetzes herangekommen bin. Darin wird am Beispiel einer 2,5%-Hürde von der neuerlichen Einführung einer Sperrklausel bei Europawahlen dringend abgeraten, da auch diese dem Urteil definitiv widersprechen würde (Analyse liegt bei).

6. Der - für Verfassungsrechtler unübersehbare - Widerspruch des 3%-Gesetzes zum Urteil von 2011 war auch der Grund für den Appell von 34 Staatsrechtslehrern. Sie rieten dem Bundestag und den anderen Verfassungsorganen dringend davon ab, eine 3%-Sperrklausel einzuführen (liegt ebenfalls bei) – eine Koinzidenz, denn die Expertise des Ministeriums war bei Abfassung des Appells noch nicht bekannt.

7. Angesichts des Urteils von 2011, das an Klarheit nichts zu wünschen übrig lässt, und angesichts der Analyse des Innenministeriums sowie des Staatsrechtslehrer-Appells erhebt sich die Frage, was die Fraktionen des Bundestags (mit Ausnahme der Linken) bewogen haben mag, dennoch wieder eine Sperrklausel einzuführen.

8. Manche berufen sich auf das Minderheitsvotum der Richter Mellinshoff und Di Fabio. Das Urteil ist zwar mit einer Mehrheit von 5:3 Stimmen ergangen, bindet aber dennoch genau so wie ein 8:0 ergangenes Urteil. Beide Richter sind nach Ablauf ihrer 12jährigen Amtszeit inzwischen ausgeschieden. Sie können bei einem neuen Urteil also nicht mehr gegenhalten. Im Übrigen hatten sie mit ihren Argumenten auch kein Gehör bei der Mehrheit des Gerichts gefunden:

9. Die beiden Richter wenden sich zum einen dagegen, dass das Gericht bei Entscheidungen des Bundestags *in eigener Sache* streng prüft, weil dann die Gefahr besteht, dass der Bundestag sich nicht mehr am Gemeinwohl orientiert, sondern an den Interessen der eigenen Parteien an Macht und Mandaten. Doch dieser Grundsatz leuchtet nicht nur unmittelbar ein, er ist auch nicht neu; er wurde bereits 2008 zu Grunde gelegt, als derselbe Zweite Senat die Sperrklausel bei Kommunalwahlen für verfassungswidrig erklärte.

10. Die beiden Dissenter berufen sich – zweitens - auf die vielen Abgeordneten, die in der mündlichen Verhandlung im Mai 2011 für den

Fortbestand der Sperrklausel eintraten. Aber darf man wirklich die Frösche fragen, wenn man den Sumpf trocken legen will?

11. Sie berufen sich - drittens - auch darauf, dass im Falle einer reinen Mehrheitswahl noch viel mehr Stimmen nicht zum Zuge kommen könnten. Doch eine Mehrheitswahl schließt das Europarecht zwingend aus. Im Übrigen stellt eine solche Argumentation, mit der sogar eine 30%-Klausel gerechtfertigt werden könnte, einen krassen Systembruch dar, weshalb das Bundesverfassungsgericht sie immer schon zurückgewiesen hat.

12. Manche Kommentatoren behaupten, im Urteil von 2011 komme eine Geringschätzung des Europäischen Parlaments zum Ausdruck. Tatsächlich aber hat das Gericht gar nicht auf die Bedeutung des Europäischen Parlaments abgehoben, sonst müssten auch die Sperrklauseln bei deutschen Landtagswahlen fallen; die Landesparlamente sind – im Verhältnis zum Bundestag – ja von deutlich geringerem Gewicht. Das Gericht hat die große, im Laufe der Zeit immer weiter angewachsene Bedeutung des Europäischen Parlaments vielmehr durchaus anerkannt. Entscheidend für die Verfassungswidrigkeit der Sperrklausel war die völlig andere Struktur, die eine Sperrklausel zur Sicherung der Funktionsfähigkeit des Europäischen Parlaments nicht nötig macht.

13. Das Europäische Parlament wählt – anders als der Bundestag und die Landtage - keine Regierung, die auf das fortdauernde Vertrauen des Parlaments angewiesen wäre. Zudem stimmen die EVP- und die S&D-Fraktionen, die regelmäßig über zwei Drittel der Sitze verfügen, fast immer gemeinsam ab. Deshalb kann es die Funktionsfähigkeit des Europäischen Parlaments nicht wesentlich beeinträchtigen, wenn zu den 162 Parteien, die schon nach der Wahl 2009 darin vertreten waren, noch einige aus Deutschland hinzukommen. Dies hätte gerade mal 1% der 765 Mitglieder des Europäischen Parlaments ausgemacht.

14. Auch das gängige Argument, die 3%-Klausel bedeute einen geringeren Eingriff in die Gleichheit des Wahlrechts und die Chancengleichheit der Parteien als eine 5%-Klausel, ist nicht schlüssig. Denn das Gericht hebt auf die *Relation* zwischen dem Eingriff und dem dadurch erreichten Effekt für die Funktionsfähigkeit des Parlaments ab, und da bei einer 3%-Klausel auch der Effekt verringert wird, bleibt die Relation unverändert verfassungswidrig.

15. Die Verfassungswidrigkeit einer 3%-Klausel folgt im Übrigen schon daraus, dass 2009 nur Parteien mit weniger als 3% der Stimmen, die

allenfalls ein oder zwei Abgeordnete ins Europäische Parlament gebracht hätten, der 5%-Klausel zum Opfer fielen. So heißt es z.B. in Absatz-Nr. 102 des Urteils von 2011: „Es ist nicht erkennbar, dass durch die Zunahme von Parteien *mit einem oder zwei Abgeordneten* im Europäischen Parlament dessen Funktionsfähigkeit mit der erforderlichen Wahrscheinlichkeit beeinträchtigt würde.“

16. Die Bedeutung kleiner Parteien, die im Berliner Betrieb, wo die Bundestagsparteien natürlich das Sagen haben, leicht übersehen wird, hat das Bundesverfassungsgericht in einem Urteil von 2004 hervorgehoben: Kleine Parteien und ihre innovativen Programme „können die Lernfähigkeit des politischen Systems“ stärken; sie zwingen „die etablierten Parteien zu einer Rückkoppelung mit dem Volk, um dem Aufkommen neuer Konkurrenten und einem Erfolg kleiner Wettbewerber nach Möglichkeit entgegenzutreten.“ (BVerfGE 111, 382 [405])

17. Die Begründungen, die die Initiatoren des 3%-Gesetzes nachgeschoben haben, halten einer Nachprüfung ebenfalls nicht stand. Die wesentlich von deutschen Europapolitikern initiierte Entschließung des Europäischen Parlaments vom 22. 11. 2012 empfiehlt „erforderliche und angemessene“ Sperrklauseln. Sie ist aber rechtlich ganz unverbindlich. Zudem ist eine Sperrklausel nach deutschem Verfassungsrecht eben „unangemessen“.

18. Dass die Parteien europaweit mit gemeinsamen Spitzenkandidaten antreten wollen, die dann, wenn ihre Partei die meisten Mandate erhält, auch ein Prä bei der Wahl des Kommissionspräsidenten erhalten sollen, soll ein Element der Direktwahl der Exekutivspitze in die Parlamentswahl bringen. Abgesehen davon, dass die CDU/CSU sich auf dieses Verfahren noch gar nicht festgelegt hat, könnte damit die Sperrklausel keineswegs gerechtfertigt werden. Denn das Bundesverfassungsgericht hatte in seinem Urteil von 2011 auch diese Konstellation bereits einbezogen, ohne dass daran die Feststellung der Verfassungswidrigkeit der Sperrklausel gescheitert wäre.

19. Der Bundestag war sich bei seiner Entscheidung über das 3%-Gesetz des verfassungsrechtlichen Parforce-Ritts über den Bodensee, wie es ein Abgeordneter ausdrückte, durchaus bewusst. Deshalb wurde das Gesetz im medialen Windschatten der damaligen Flut und der ESM-Verhandlung in Karlsruhe in kaum mehr als einer Woche – und unter Verletzung der Grundsätze guter Gesetzgebung, wie sie in der Geschäftsordnung des Bundestags niedergelegt sind – durchgepeitscht, der Staatsrechtslehrer-Appell unterdrückt und die ministerielle Analyse ignoriert.

20. Nicht nachvollziehbar ist, warum der Bundespräsident dann drei Monate brauchte, um das Gesetz am 7. Oktober schließlich doch zu unterzeichnen. Durch die anhaltende öffentliche Unsicherheit über den Bestand der Sperrklausel werden kleinere Parteien in ihren Wahlvorbereitungen erheblich beeinträchtigt. Die Freien Wähler und die Ökologisch-Demokratische Partei haben das Bundesverfassungsgericht deshalb um eine möglichst rasche Entscheidung gebeten.

21. Es sei auch daran erinnert, dass der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte festgestellt hat, dass die wesentlichen Regelungen des Wahlrechts mindestens *ein Jahr* vor der Wahl feststehen müssen (Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, Urteil vom 6.11. 2013 [Ekoglast/Bulgarien], Absatz-Nr. 39, 68 f.).

2 Anlagen

[Ende]