

**Guido Strack**  
**Allerseelenstr. 1n**  
**51105 Köln**  
**Tel.: XXXXXXXXXXXX**

Guido Strack – Allerseelenstr. 1n – 51105 Köln

---

Köln, 02.09.2010

An das Bundesverfassungsgericht  
Schloßbezirk 3

76131 Karlsruhe

### **Wahlprüfungsbeschwerde gemäß § 26 Abs.3 EuWG iVm. § 48 BverfGG**

**Az. des Bundestages: EuWP 38/09**

In dem Wahlprüfungsverfahren des Herrn Guido Strack, Allerseelenstr. 1n, 51105 Köln, gegen die Gültigkeit der Wahl der Abgeordneten des Europäischen Parlaments aus der Bundesrepublik Deutschland am 7. Juni 2009

erhebe ich als Einspruchsführer gegen den Beschluss des Deutschen Bundestages vom 8. Juli 2010

#### **Wahlprüfungsbeschwerde gemäß § 26 Abs. 3 EuWG iVm. § 48 BVerfGG**

mit dem

#### **A n t r a g**

die Wahl der Abgeordneten des Europäischen Parlaments aus der Bundesrepublik Deutschland am 7. Juni 2009 wegen Anwendung der verfassungswidrigen Norm des § 2 Abs. 7 EuWG für ungültig zu erklären und die sich daraus ergebenden Folgerungen festzustellen (§ 1 Abs. 1 WahlPrüfG), insbesondere:

1. § 2 Absatz 7 EuWG ist verfassungswidrig und nichtig (in analoger Anwendung von § 31 Absatz 2 BVerfGG).
2. Binnen 60 Tagen nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ist eine vollständige Wiederholungswahl der deutschen Abgeordneten zum Europäischen Parlament durchzuführen (§ 4 EuWG i.V.m. § 44 Absatz 3 BWahlG). Spätestens mit der Feststellung des Ergebnisses jener Wahl verlieren die bisher gewählten Abgeordneten, soweit sie nicht wiedergewählt werden, ihr Mandat im Europäischen Parlament.

*Vorab und Hilfsweise: Der Bundeswahlausschuss hat unter Berücksichtigung der für die Wahlvorschläge zur Wahl vom 7. Juni 2009 bereits festgestellten Verteilung der Stimmen unverzüglich – diesmal ohne Anwendung von § 2 Absatz 7 EuWG – erneut gemäß § 18 Absatz 4 EuWG festzustellen, wieviele Sitze auf die einzelnen Wahlvorschläge entfallen und welche*

*Bewerber gewählt sind. Mit dieser Feststellung verlieren die infolge dessen nicht mehr zu berücksichtigenden bisherigen Abgeordneten ihr Mandat im Europäischen Parlament.*

3. Die Bundesrepublik Deutschland hat die notwendigen Auslagen dieses Verfahrens dem Beschwerdeführer vollumfänglich zu ersetzen.

## **B e g r ü n d u n g**

### **I.**

Die Beschwerde ist zulässig.

1) Der Unterzeichner und Beschwerdeführer ist am XXXXXXXXXXXX geboren und hatte damit am 7. Juni 2009, also dem Tage der Europawahl 2009 in Deutschland, das 18. Lebensjahr vollendet. Er war als Deutscher mit seit 2005 ständigem Wohnsitz in Köln, wahlberechtigt im Sinne der §§ 12 Absatz 1, 4 EuWG und des § 12 Absatz 1 BWG. Ein Wahlrechtsausschluss nach §§ 6a Absatz 1 EuWG, 13 BWG lag nicht vor. Die Wahl- und damit auch die Einspruchsberechtigung nach § 2 Absatz 2 1. Alt. WahlPrG ist somit gegeben.

2) Der Beschwerdeführer hat am 31. Juli 2009 beim Deutschen Bundestag fristgerecht einen zulässigen Einspruch gegen die Gültigkeit der Wahl der Abgeordneten des Europäischen Parlaments aus der Bundesrepublik Deutschland am 7. Juni 2009 eingelegt (Anlage 1).

3) Der beim Deutschen Bundestag unter dem Aktenzeichen EuWP 38/09 geführte Wahleinspruch des Beschwerdeführers wurde durch Annahme der Beschlussempfehlung aus Anlage 15 der Bundestagsdrucksache 17/2200 am 8. Juli 2010 vom Deutschen Bundestag zurückgewiesen (BT-PIPr 17/55, S. 5629 C). Hierüber wurde der Beschwerdeführer durch Schreiben des Präsidenten des Deutschen Bundestages vom 8. Juli 2010 informiert (Anlage 2).

4) Dem Begehren des Beschwerdeführers und der vorliegenden Wahlprüfungsbeschwerde sind zwischenzeitlich mehr als 100 – genau 325 – weitere Wahlberechtigte ordnungsgemäß beigetreten. Anliegend übersende ich 62 Seiten mit Erklärungen von 239 Wahlberechtigten die den Beitritt zur vorliegenden Wahlprüfungsbeschwerde erklären (Anlage 3). Beigefügt sind außerdem weitere 30 Seiten mit Beitrittserklärungen von weiteren 86 Wahlberechtigten, die den Beitritt zur vorliegenden und zugleich den Beitritt zur – mit gesondertem Schriftsatz eingereichten – Wahlprüfungsbeschwerde des Herrn Matthias Cantow<sup>1</sup> im Anschluss an den Wahleinspruch EuWP 50/09 erklären (Anlage 4). Die Erklärungen wurden jeweils persönlich und handschriftlich unterzeichnet. Es sind neben der Unterschrift Familienname, Vorname, Tag der Geburt und Anschrift der Hauptwohnung der Unterzeichner angegeben. Die Erklärungen entsprechen damit den Vorgaben der §§ 26 Abs. 3 EuWG und 48 Abs. 2 BVerfGG.

5) Aus dem Vorstehenden ergibt sich die Zulässigkeit der Beschwerde.

### **II.**

Die Beschwerde ist auch begründet.

1) Im Wahlprüfungsverfahren nach Art. 41 Abs. 2 GG i.V.m. § 48 BVerfGG und ebenso im hier einschlägigen Verfahren nach § 26 Abs. 3 EuWG kontrolliert das Bundesverfassungsgericht die zutreffende Anwendung und die Verfassungsmäßigkeit der in Kraft befindlichen Vorschriften des Wahlrechts (vgl. BVerfGE 16, 130 <136>; 21, 200 <204>; 59,119 <124>; 95, 408 <420>). Die Prüfung erstreckt sich auf die substantiiert geltend gemachten Verstöße bei der Vorbereitung und der Durchführung der Wahl bis hin zur Feststellung des Wahlergebnisses (vgl. BVerfGE 40, 11 <30>; 66, 369 <379 f.>; 89, 243 <250 f.>). Materielle Relevanz gewinnen grundsätzlich nur gerügte

---

<sup>1</sup> Die von diesem noch einzureichende Wahlprüfungsbeschwerde wird in den Anlagen B3 ff. weitere mindestens 45 entsprechende Doppelbeitrittserklärungen enthalten, die in der vorliegenden Zählung nicht berücksichtigt sind.

Wahlfehler, welche die gesetzmäßige Zusammensetzung des gewählten Parlaments, also die konkrete Mandatsverteilung beeinflussen können (vgl. BVerfGE 79, 173 <173 f.>; 85, 148 <159>; 89, 243 <254>; 89, 291 <304>).

2) Die Durchführung der angegriffenen Wahl leidet an einem gravierenden Wahlfehler. Bei der Verteilung der Sitze auf die Wahlvorschläge wurden unter Berufung auf § 2 Abs. 7 EuWG nur Wahlvorschläge berücksichtigt, die mindestens 5 vom Hundert der im Wahlgebiet abgegebenen gültigen Stimmen erhalten hatten. § 2 Abs. 7 EuWG hätte aber auf die angegriffene Wahl nicht angewandt werden dürfen, da jene Norm zu jenem Zeitpunkt bereits wegen Verstoß gegen das Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland nichtig war. Die Nichtanwendung von § 2 Abs. 7 EuWG hätte zu einer anderen Mandatsverteilung geführt.

3) Die Vorschrift des § 2 Abs. 7 EuWG, die eine 5-Prozent-Sperrklausel für die Wahl der Abgeordneten des Europäischen Parlaments aus der Bundesrepublik Deutschland vom 7. Juni 2009 (nachfolgend Europawahl 2009) vorsieht, verstieß zum Zeitpunkt der Wahl und verstößt auch noch heute, gegen das Demokratieprinzip des Artikels 20 Absatz 1 GG insbesondere auch gegen dessen spezielle Ausformungen im Grundsatz der Gleichheit der Wahl und damit zumindest analog auch gegen Artikel 38 Absatz 1 GG sowie auch gegen die Chancengleichheit der Parteien nach Artikel 21 Absatz 1 GG (direkt und analog). Daneben wird auch das u. a. in Artikel 20 Abs. 1 GG festgeschriebene Prinzip des Föderalismus verletzt (dazu unten A.).

4) Die fehlerhafte Anwendung der verfassungswidrigen Norm des § 2 Abs. 7 EuWG hat zur falschen Verteilung von 8 Sitzen der VertreterInnen Deutschlands im Europäischen Parlament geführt. Der vorliegende gravierende Wahlfehler kann aus Sicht des Beschwerdeführers dennoch nicht durch eine bloße Neuberechnung der Verteilung der Sitze auf die Wahlvorschläge geheilt werden, sondern erfordert eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, in welcher die Europawahl 2009 für Deutschland insgesamt für ungültig erklärt und die Durchführung einer Wiederholungswahl entsprechend § 26 Absatz 1 EuWG, § 44 BWG angeordnet wird (dazu unten B.).

5) Die erwachsenden notwendigen Auslagen sind dem Beschwerdeführer zu erstatten. Dies folgt, vor dem Hintergrund der Zulässigkeit und Begründetheit der vorliegenden Wahlprüfungsbeschwerde und der zu Recht gerügten Verfassungswidrigkeit von § 2 Absatz 7 EuWG, aus § 26 Absatz 2 EuWG und §§ 18, 19 WahlprüfG in Verbindung mit § 34a Absatz 3 BVerfGG.

## **A. Zur Verfassungswidrigkeit von § 2 Abs. 7 EuWG**

### **a) Bedeutung des Direktwahlaktes**

Nach Artikel 8 des Beschlusses und Aktes zur Einführung allgemeiner unmittelbarer Wahlen der Abgeordneten des Europäischen Parlaments (Direktwahlakt) bestimmt sich das Wahlverfahren in jedem Mitgliedstaat nach den innerstaatlichen Vorschriften, die den Besonderheiten in den Mitgliedstaaten Rechnung tragen können, soweit sie das Verhältniswahlssystem insgesamt nicht in Frage stellen. Die entsprechenden nationalen Vorschriften sind dabei in Deutschland vor allem jene des EuWG. Dieses ist als nationales Gesetz aber nur insoweit gültig und anwendbar, als es mit dem Grundgesetz in Einklang steht.

An der insoweit gegebenen Anwendbarkeit des Maßstabes Grundgesetz ändert vorliegend auch Artikel 3 Direktwahlakt nichts. Dieser räumt den Mitgliedstaaten zwar die europarechtliche Berechtigung ein, für die Sitzvergabe eine Mindestschwelle festzulegen, die landesweit nicht mehr als 5 % der abgegebenen Stimmen betragen darf, beantwortet damit aber nur die Frage der

europarechtlichen Rechtmäßigkeit der 5 %-Sperrklausel. Da es sich bei Artikel 3 des Direktwahlaktes im Übrigen auch um eine reine „kann“-Bestimmung handelt, ergibt sich auch aus der Europarechtsfreundlichkeit oder einem etwaigen Vorrang des Europarechts kein besonderer Rechtfertigungsgrund für die in § 2 Absatz 7 EuWG vorgenommene tatsächliche Einführung einer Sperrklausel. Deren Nichteinführung bzw. Abschaffung – wie z. B. in Spanien und vielen weiteren Mitgliedstaaten – ist daher ebenfalls europarechtlich völlig unbedenklich. Neben der positiv beantworteten Frage der Rechtmäßigkeit im Hinblick auf das Recht der Europäischen Union bleibt somit die Anforderung der Rechtmäßigkeit im Hinblick auf die Verfassungsmäßigkeit in der Bundesrepublik Deutschland bestehen.

Zu betonen ist diesbezüglich auch noch, dass aus dem Direktwahlakt entgegen der Einschätzung des Beschlusses des Bundestages vom 17. Februar 2005 – EuWP 46/04 – BT-Drucks. 15/4750, 89 (Anlage 21) und auch entgegen der entsprechenden Ausführungen im hier streitgegenständlichen Beschluss vom 8. Juli 2010 (EuWG 38/09 – BT-Drucks. 17/2200, Anlage 15, S. 59) keinerlei und erst recht keine „starke“ Indizwirkung für die Verfassungsmäßigkeit in der Bundesrepublik Deutschland gefolgert werden kann. Der Rat, der jenen Direktwahlakt beschlossen hat, hat letztlich nur eine indirekte, von den Exekutiven der Mitgliedstaaten abgeleitete Gewalt und daher eine nur bedingte demokratische Legitimation. Es wäre systemfremd, einer derartigen rein exekutiven Empfehlung Einfluss hinsichtlich der Auslegung des Demokratieprinzips – und genau um diese Empfehlung geht es vorliegend – im nationalen Recht zuzubilligen, noch dazu, wenn diese selbst sich jene Entscheidung gar nicht angemaßt hat.

Etwas anderes folgt vorliegend auch nicht aus der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 8. Juni 2004 (2 BvE 1/04 – BVerfGE 110, 403 - 407), auf welche sich der Bundestag in seinem streitgegenständlichen Zurückweisungsbeschluss ebenfalls zu berufen versucht. In jener Entscheidung hat sich das Bundesverfassungsgericht nur mit der Frage beschäftigt wann der Gesetzgeber zuletzt zum Ausdruck gebracht, dass er an der 5 v.H.-Klausel festhält, und hierzu auf verschiedene einfache Bundesgesetze und den Direktwahlakt – der eine europarechtliche Ermächtigung zur Einführung einer Sperrklausel enthält, diese aber wie gezeigt nicht gebietet – verwiesen. Das Bundesverfassungsgericht hat sich in jener Entscheidung aber gerade nicht mit der hier entscheidenden Frage der materiellen Verfassungsmäßigkeit der Sperrklausel i.S.d. deutschem Verfassungsrecht befasst. Jene Entscheidung war angesichts der Unzulässigkeit der dortigen Organklage vielmehr gerade nicht getroffen worden.

## **b) Maßstab Grundgesetz**

Laut Artikel 20 des Grundgesetzes, der nach Artikel 79 Absatz 3 des Grundgesetzes der Ewigkeitsgarantie unterfällt und auch deswegen nicht durch Europarecht umgangen werden kann, ist die Bundesrepublik Deutschland ein demokratischer Staat, in dem die Volkssouveränität u.a. durch Wahlen ausgeübt wird.

Zuletzt in seiner Entscheidung zum Lissabon-Vertrag vom 30. Juni 2009 (2 BvE 2/08) hat das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) betont: „In einer Demokratie muss das Volk Regierung und Gesetzgebung in freier und gleicher Wahl bestimmen können“ (Rn. 270). Es hat also das Gebot der Wahlgleichheit demnach wie bereits zuvor auch in anderen Entscheidungen unmittelbar aus dem Demokratieprinzip abgeleitet. Außerdem hat das BVerfG dort auch die Erfolgswertgleichheit erneut grundsätzlich als Teil der Wahlgleichheit behandelt (Rn. 283).

Hinsichtlich des Europäischen Parlaments hat das BVerfG in jener Entscheidung eine Verletzung des Grundsatzes der Wahlgleichheit aufgrund der Kontingentierung der Sitze nach Mitgliedstaaten festgestellt und daraus gefolgert, dass es sich bei jenem Parlament nicht um die Vertretung eines

Europäischen Staatsvolkes, sondern um eine Vertretung der Völker der Mitgliedstaaten handelt (Rn. 284). Zugleich hat es aber betont: „Mit der Wahl des deutschen Kontingents von Abgeordneten des Europäischen Parlaments ist für das Wahlrecht der Bundesbürger eine ergänzende Mitwirkungsmöglichkeit im europäischen Organsystem eröffnet, die im System der übertragenen Einzelermächtigungen ein ausreichendes Legitimationsniveau vermittelt.“ (Rn. 274).

Dies zeigt, dass es sich bei der Wahl der deutschen Abgeordneten zum Europäischen Parlament letztlich um eine Wahl handelt, die jedenfalls hinsichtlich der Bundesrepublik Deutschland und der hier zu wählenden Abgeordneten – unabhängig von den aufgrund der europäischen Besonderheiten notwendigen und daher gerechtfertigten europaweiten Kontingentierung – eine Wahl darstellt, die am Maßstab des Demokratieprinzips und der daraus folgenden Gleichheit und Erfolgsgleichheit der Wahl und damit letztlich analog seiner Verkörperung in Artikel 38 Absatz 1 des Grundgesetzes beurteilt werden muss. Würde nämlich die Wahl der deutschen Abgeordneten zum Europäischen Parlament selbst schon nicht mehr demokratischen Grundsätzen genügen, so könnte sie auch nicht dazu beitragen, europaweit ein ausreichendes Legitimationsniveau zu vermitteln.

Daneben ist hier auch noch der Maßstab des Artikels 21 Absatz 1 des Grundgesetzes heranzuziehen, und zwar sowohl direkt als auch analog. Nach §§ 8, 9 EuWG können bei der Europawahl neben Parteien auch sonstige politische Vereinigungen Wahlvorschläge einreichen und haben dies bei der Europawahl 2009 auch getan. Diese Gleichstellung muss vorliegend auch eine analoge Anwendung von Artikel 21 Absatz 1 des Grundgesetzes hinsichtlich des in ihm beinhalteten Grundsatzes der Chancengleichheit, zur Folge haben.

### **c) Gebote der Wahl-, Erfolgswert- und Chancengleichheit**

In diesem Abschnitt wird basierend auf der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 13. Februar 2008 (2 BvK 1/07) der genauere Inhalt der aus dem Demokratieprinzip i.V.m. Artikel 38 Absatz 1 und 21 Absatz 1 GG zu folgernden Gebote der Wahl-, Erfolgswert- und Chancengleichheit erläutert, wobei zugleich dargelegt wird, dass jede Sperrklausel, also auch § 2 Absatz 7 EuWG einen Eingriff in diese Grundsätze darstellt, der einer besonderen Rechtfertigung bedarf. Das Nichtvorliegen einer solchen besonderen Rechtfertigung im Falle von § 2 Absatz 7 EuWG wird dann in den nachfolgenden Abschnitten gezeigt.

In 2 BvK 1/07 hat das BVerfG zunächst (Rn. 94) die allgemeine Geltung des Grundsatzes der Gleichheit der Wahl betont und festgestellt: „Für seine Auslegung kann auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG zurückgegriffen werden, da die Wahlrechtsgrundsätze auf Bundes- und auf Landesebene inhaltlich identisch sind (vgl. Schreiber, Handbuch des Wahlrechts zum Deutschen Bundestag, 7. Aufl. 2002, § 1 Rn. 18; ders., in: Friauf/Höfling <Hrsg.>, Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Band 3, Stand: Dezember 2007, Art. 38 Rn. 16; Ehlers, in: Verfassungsgerichtsbarkeit in Nordrhein-Westfalen, Festschrift zum 50-jährigen Bestehen des Verfassungsgerichtshofs für das Land Nordrhein-Westfalen, S. 273 f.; Caspar, in: Caspar/Ewer/Nolte/Waack, Verfassung des Landes Schleswig-Holstein, 2006, Art. 3 Rn. 25)“. Da es sich laut 2 BvE 2/08 auch bei der Wahl der deutschen Abgeordneten für das Europäische Parlament um eine Wahl des deutschen Volkes handelt, kann hier insoweit nichts anderes gelten.

Weiter führt das BVerfG in 2 BvK 1/07 dann aus:

„Der Grundsatz der Gleichheit der Wahl sichert die vom Demokratieprinzip vorausgesetzte Egalität der Staatsbürger (vgl. BVerfGE 41, 399 <413>; 51, 222 <234>; 85, 148 <157 f.>; 99, 1 <13>). Die Gleichbehandlung aller Staatsbürger bei der Ausübung des Wahlrechts ist eine der wesentlichen

Grundlagen der Staatsordnung (vgl. BVerfGE 6, 84 <91>; 11, 351 <360>). Der Grundsatz der Gleichheit der Wahl gebietet, dass alle Staatsbürger das aktive und passive Wahlrecht möglichst in formal gleicher Weise ausüben können. Er ist im Sinne einer strengen und formalen Gleichheit zu verstehen (vgl. BVerfGE 51, 222 <234>; 78, 350 <357 f.>; 82, 322 <337>; 85, 264 <315>).“ (Rn. 95).

„Aus dem Grundsatz der Wahlgleichheit folgt für das Wahlgesetz, dass die Stimme eines jeden Wahlberechtigten grundsätzlich den gleichen Zählwert und die gleiche rechtliche Erfolgchance haben muss. Alle Wähler sollen mit der Stimme, die sie abgeben, den gleichen Einfluss auf das Wahlergebnis haben.“ (Rn. 96).

„Hingegen bedeutet Wahlgleichheit bei der Verhältniswahl, dass jeder Wähler mit seiner Stimme den gleichen Einfluss auf die Zusammensetzung der Vertretung haben muss (vgl. BVerfGE 1, 208 <246 f.>; 16, 130 <139>; 95, 335 <353>). Ziel des Verhältniswahlsystems ist es, dass alle Parteien in einem möglichst den Stimmenzahlen angenäherten Verhältnis in dem zu wählenden Organ vertreten sind. Zur Zählwertgleichheit tritt im Verhältniswahlrecht die Erfolgswertgleichheit hinzu.“ (Rn. 98)

„Das Wahlrecht muss den Wahlrechtsgrundsätzen entsprechen. Der Gesetzgeber ist bei der Gestaltung des Wahlrechts gehalten, die Gleichheit der Wahl innerhalb des jeweiligen Wahlsystems zu wahren. Er muss, wenn er sich für ein Wahlsystem entschieden hat, die im Rahmen des jeweiligen Systems geltenden Maßstäbe der Wahlgleichheit beachten (vgl. BVerfGE 95, 335 <354>).“ (Rn. 100)

„Der Grundsatz der Chancengleichheit der Wahlbewerber findet für die Parteien seine Grundlage in Art. 21 Abs. 1 GG. Beruht die Demokratie auf der freien Konkurrenz von Meinungen und Interessen, so müssen die Parteien und Gruppen, die sich die unterschiedlichen Meinungen zu eigen machen, unter den gleichen Bedingungen, mit den gleichen Chancen am politischen Wettbewerb teilnehmen können. Das Recht auf Chancengleichheit der Parteien versteht sich deshalb als Bestandteil der demokratischen Grundordnung von selbst (vgl. BVerfGE 1, 208 <242>). Es ergibt sich aus der Bedeutung, die der Freiheit der Parteigründung und dem Mehrparteienprinzip für die freiheitliche Demokratie zukommt, und aus dem vom Grundgesetz gewollten freien und offenen Prozess der Meinungs- und Willensbildung des Volkes (Schreiber, Handbuch des Wahlrechts zum Deutschen Bundestag, 7. Aufl. 2002, § 1 Rn. 22; Achterberg/Schulte, in: Dolzer/Vogel/Graßhof, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Stand: Februar 2007, Anh. z. Art. 38: BWahlG Rn. 15).“ (Rn. 101).

„Inhaltlich verlangt der Grundsatz der Chancengleichheit, dass jeder Partei, jeder Wählergruppe und ihren Wahlbewerbern grundsätzlich die gleichen Möglichkeiten im gesamten Wahlverfahren und damit gleiche Chancen bei der Verteilung der Sitze eingeräumt werden. Das Recht der Parteien auf Chancengleichheit bei Wahlen folgt auf Landesebene aus ihrem in Art. 21 Abs. 1 GG umschriebenen verfassungsrechtlichen Status, der unmittelbar auch für die Länder gilt und Bestandteil der Landesverfassungen ist (vgl. BVerfGE 1, 208 <227>; 6, 367 <375>; 60, 53 <61>; 66, 107 <114>; Bethge, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Stand: Dezember 1995, § 73 Rn. 48; Wilke, in: Caspar/Ewer/Nolte/Waack, Verfassung des Landes Schleswig-Holstein, 2006, Art. 44 Rn. 4, 16; vgl. auch SaarlVfGH, Urteil vom 26. März 1980 - Lv 1/80 -, NJW 1980, S. 2181 <2182>; VfGH NW, Urteil vom 29. September 1994 - VerfGH 7/94 -, NWVBl 1994, S. 453).“ (Rn. 102)

„Das Recht der politischen Parteien auf Chancengleichheit hängt eng mit den Grundsätzen der Allgemeinheit und Gleichheit der Wahl zusammen, die ihre Prägung durch das Demokratieprinzip erfahren. Deshalb ist in diesem Bereich - ebenso wie bei der durch die Grundsätze der

Allgemeinheit und Gleichheit der Wahl verbürgten gleichen Behandlung der Wähler - Gleichheit in einem strikten und formalen Sinn zu fordern. Wenn die öffentliche Gewalt in den Parteienwettbewerb in einer Weise eingreift, die die Chancen der politischen Parteien verändern kann, sind ihrem Ermessen daher besonders enge Grenzen gezogen (BVerfGE 85, 264 <297>). Eine strenge Prüfung ist insoweit auch deshalb erforderlich, weil mit Regelungen, die die Bedingungen der politischen Konkurrenz berühren, die jeweilige parlamentarische Mehrheit gewissermaßen in eigener Sache tätig wird.“ (Rn. 103)

All dies ist genauso auch auf die Europawahl 2009 übertragbar. Demnach gilt dies auch für die Ausführungen, welche das BVerfG a.a.O. hinsichtlich der 5% Sperrklausel gemacht hat:

„Die Fünf-Prozent-Sperrklausel ... bewirkt eine Ungleichgewichtung der Wählerstimmen. Während der Zählwert aller Wählerstimmen von der Fünf-Prozent-Sperrklausel unberührt bleibt, werden die Wählerstimmen hinsichtlich ihres Erfolgswerts ungleich behandelt, je nachdem, ob die Stimme für eine Partei abgegeben wurde, die mehr als fünf Prozent der Stimmen auf sich vereinigen konnte, oder für eine Partei, die an der Fünf-Prozent-Sperrklausel gescheitert ist. Diejenigen Wählerstimmen, welche für Parteien abgegeben worden sind, die mehr als fünf Prozent der Stimmen erhalten haben, haben unmittelbaren Einfluss auf die Sitzverteilung nach dem Verhältnisausgleich. Dagegen bleiben diejenigen Wählerstimmen, die für Parteien abgegeben worden sind, die an der Sperrklausel gescheitert sind, ohne Erfolg. Die Fünf-Prozent-Sperrklausel nimmt diesen Stimmen insoweit ihren Erfolgswert.“ (Rn. 106)

Und außerdem wurde in jener Entscheidung (Rn. 107) auch hinsichtlich der Parteien und politischen Vereinigungen, denen aufgrund der Sperrklausel Mandate vorenthalten wurden, eine Beeinträchtigung der Chancengleichheit und eine nicht nur unerhebliche und zu vernachlässigende Benachteiligung festgestellt.

Nach all dem stellt § 2 Absatz 7 EuWG also eine Beeinträchtigung des Demokratiegrundsatzes und der Artikel 38 Absatz 1 und 21 Absatz 1 GG dar.

#### **d) Maßstab für Differenzierungen trotz der Gebote der Wahl-, Erfolgswert- und Chancengleichheit**

Allerdings hat das BVerfG bereits mehrfach entschieden, dass der Grundsatz der Wahlgleichheit ebenso wie der Grundsatz der Chancengleichheit der politischen Parteien keinem absoluten Differenzierungsverbot unterliegt. Weiter heißt es dort (2 BvK 1/07 Rn. 107ff.):

„Allerdings folgt aus dem formalen Charakter der Grundsätze der Wahlgleichheit und der Chancengleichheit der Parteien, dass dem Gesetzgeber bei der Ordnung des Wahlrechts nur ein eng bemessener Spielraum für Differenzierungen verbleibt. Der Gesetzgeber ist zudem verpflichtet, eine die Wahlgleichheit und die Chancengleichheit berührende Norm des Wahlrechts zu überprüfen und gegebenenfalls zu ändern, wenn die verfassungsrechtliche Rechtfertigung dieser Norm durch neue Entwicklungen in Frage gestellt wird.

a) Bei der Prüfung, ob eine Differenzierung innerhalb der Wahlrechtsgleichheit gerechtfertigt ist, ist grundsätzlich ein strenger Maßstab anzulegen (vgl. BVerfGE 82, 322 <338>; 93, 373 <377>; 95, 408 <418>; Schreiber, Handbuch des Wahlrechts zum Deutschen Bundestag, 7. Aufl. 2002, § 1 Rn. 20; ders., in: Friauf/Höfling <Hrsg.>, Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Band 3, Stand: Dezember 2007, Art. 38 Rn. 52, 83). Das Bundesverfassungsgericht geht hierbei seit jeher von dem Erfordernis eines „zwingenden Grundes“ aus (seit BVerfGE 1, 208 <248 f.>; vgl. auch BVerfGE 95, 408 <418>). Das bedeutet jedoch nicht, dass sich die Differenzierung von Verfassungen wegen

als zwangsläufig oder notwendig darstellen muss, wie dies etwa in Fällen der Kollision des Grundsatzes der Wahlgleichheit mit den übrigen Wahlrechtsgrundsätzen oder anderen Grundrechten der Fall sein kann. Differenzierungen im Wahlrecht sind auch durch Gründe gerechtfertigt, die durch die Verfassung legitimiert und von einem Gewicht sind, das der Wahlgleichheit die Waage halten kann (vgl. BVerfGE 95, 408 <418>). Es ist nicht erforderlich, dass die Verfassung diese Zwecke zu verwirklichen gebietet. Vielmehr genügen in diesem Zusammenhang auch „zureichende“, „aus der Natur des Sachbereichs der Wahl der Volksvertretung sich ergebende Gründe“ (vgl. BVerfGE 1, 208 <248>; 6, 84 <92>; 95, 408 <418>). Hierzu zählt insbesondere die Verwirklichung der mit der Wahl verfolgten Ziele. Dazu gehören die Sicherung des Charakters der Wahl als eines Integrationsvorgangs bei der politischen Willensbildung des Volkes und die Gewährleistung der Funktionsfähigkeit der zu wählenden Volksvertretung (BVerfGE 95, 408 <418>).

Differenzierende Regelungen müssen zur Verfolgung ihrer Zwecke geeignet und erforderlich sein. Ihr erlaubtes Ausmaß richtet sich daher auch danach, mit welcher Intensität in das - gleiche - Wahlrecht eingegriffen wird. Ebenso können gefestigte Rechtsüberzeugung und Rechtspraxis Beachtung finden. Der Gesetzgeber muss sich bei seiner Einschätzung und Bewertung nicht an abstrakt konstruierten Fallgestaltungen, sondern an der politischen Wirklichkeit orientieren (BVerfGE 95, 408 <418 f.> m.w.N.). Gegen die Grundsätze der Wahlgleichheit und der Chancengleichheit der Parteien wird verstoßen, wenn der Gesetzgeber mit der Regelung ein Ziel verfolgt hat, das er bei der Ausgestaltung des Wahlrechts nicht verfolgen darf, oder wenn die Regelung nicht geeignet und erforderlich ist, um die mit der jeweiligen Wahl verfolgten Ziele zu erreichen.“

In den Randnummern 124 bis 126 jenes Urteils heißt es schließlich auch:

„Der Einsatz der Sperrklausel basiert auf der Einschätzung des Gesetzgebers von der Wahrscheinlichkeit des Einzugs von Splitterparteien, durch sie künftig zu erwartender Funktionsstörungen und deren Gewichts für die Aufgabenerfüllung der ... Vertretungsorgane. Bei dieser Prognoseentscheidung (vgl. hierzu Wenner, Sperrklauseln im Wahlrecht der Bundesrepublik Deutschland, 1986, S. 157 ff.) darf sich der Gesetzgeber nicht auf die Feststellung der rein theoretischen Möglichkeit einer Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der ... Vertretungsorgane zur Rechtfertigung des Eingriffs beschränken. Gerade bei der Wahlgesetzgebung besteht die Gefahr, dass die jeweilige Parlamentsmehrheit sich statt von gemeinwohlbezogenen Erwägungen vom Ziel des eigenen Machterhalts leiten lässt (vgl. Meyer, in: Handbuch des Staatsrechts, Band III, 3. Aufl. 2005, § 45 Rn. 37, § 46 Rn. 30; Linck, Jura 1986, S. 460 <464>; Becht, Die 5 %-Klausel im Wahlrecht, 1990, S. 120 f.). Die im ...parlament vertretenen Parteien könnten an der Fünf-Prozent-Sperrklausel festhalten, um die Konkurrenz durch kleinere Parteien und ... Wählergemeinschaften möglichst klein zu halten (von Arnim, in: Staaten und Steuern, Festschrift für Klaus Vogel zum 70. Geburtstag, 2000, S. 453 <454>; Puhl, in: Staat im Wort, Festschrift für Josef Isensee, 2007, S. 441 <449 f.>). 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 tatsächlicher Grundlagen, unmöglich gemacht.

Danach kann jedenfalls die allgemeine und abstrakte Behauptung, durch den Wegfall der Fünfprozentssperrklausel werde der Einzug kleinerer Parteien und Wählergemeinschaften in die ... Vertretungsorgane erleichtert und dadurch die Willensbildung in diesen Organen erschwert, einen Eingriff in die Grundsätze der Wahlgleichheit und der Chancengleichheit nicht rechtfertigen. Nur die mit einiger Wahrscheinlichkeit zu erwartende Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der ... Vertretungsorgane kann die Fünf-Prozent-Sperrklausel rechtfertigen (Ehlers, Jura 1999, S. 660 <665>; Puhl, in: Staat im Wort, Festschrift für Josef Isensee, 2007, S. 441 <450>; Schmidt-De

Caluwe, NVwZ 2001, S. 270 <273>; Caspar, in: Caspar/Ewer/Nolte/Waack, Verfassung des Landes Schleswig-Holstein, 2006, Art. 3 Rn. 44).

Es erscheint zwar durchaus wahrscheinlich, dass mit der Abschaffung der Fünf-Prozent-Sperrklausel mehr Parteien und Wählervereinigungen in die jeweiligen ... Vertretungsorgane einziehen werden. Auch ist es möglich, dass Mehrheitsbildung und Beschlussfassung aus diesem Grund erschwert werden. Beschlüsse können 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 (ebenso BerIVfGH, Urteil vom 17. März 1997 – VerfGH 90/95 –, LKV 1998, S. 142 <144>; Puhl, in: Staat im Wort, Festschrift für Josef Isensee, 2007, S. 441 <451>; Schmidt-De Caluwe, NVwZ 2001, S. 270 <273>). Denn Demokratie setzt das Aufeinandertreffen verschiedener Positionen und das Finden von Kompromissen voraus (vgl. BerIVfGH, LKV 1998, S. 142 <144>; Antoni, ZParl 1980, S. 93 <103>; Schmidt-De Caluwe, NVwZ 2001, S. 270 <273>). Nicht jeder Konflikt und nicht jede politische Auseinandersetzung in den ...vertretungen kann als Störung der Funktionsfähigkeit angesehen werden (VfGH NW, DVBl 1999, S. 1271 <1273>; Wenner, Sperrklauseln im Wahlrecht der Bundesrepublik Deutschland, 1986, S. 200).“

Darüber hinaus hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Wahlrechtsentscheidung vom 3. Juli 2008 (2 BvC 1/07, 2 BvC 7/07) gefordert, dass selbst für Belange, zu deren Förderung eine Erfolgswertbeeinträchtigung geeignet und erforderlich ist, zu fordern ist, dass diese ein derart hohes Gewicht haben, dass sie den konkreten Eingriff in die Wahlgleichheit rechtfertigen können (a.a.O. Rn. 116 ff.). Dies entspricht letztlich der Anforderung der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne, so dass im Ergebnis um die Verfassungsmäßigkeit des in Form der Sperrklausel des § 2 Absatz 7 EuWG unzweifelhaft vorliegenden Eingriffs in die Wahl- und Chancengleichheit beurteilen zu können, eine vollständige Prüfung nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit durchzuführen ist.

All diese Formulierungen hinsichtlich des Maßstabes zur Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit einer 5 %-Sperrklausel, sind vom Bundesverfassungsgericht zwar anhand des Kommunalwahlrechts entwickelt worden, für die Europawahl 2009 kann aber letztlich nichts anderes gelten.

Dieser Feststellung können auch die Ausführungen des Bundestages und des Bundesministeriums des Innern (nachfolgend BMI) im Verfahren zum Wahleinspruch EuWP 38/09 nicht erfolgreich entgegengehalten werden. Soweit überhaupt von einem anderen Charakter der in den oben zitierten Verfassungsgerichtsentscheidungen betroffenen kommunalen Vertretungen gesprochen werden kann, so kann daraus jedenfalls nicht bereits gefolgert werden, dass hier andere Wahlrechtsgrundsätze gelten dürften. Gerade wenn jenen als bloßen Verwaltungsorganen eine geringere Bedeutung und dem europäischen Parlament eine Stellung als echtes Parlament zugestanden wird, wie dies Bundestag und BMI zu tun versuchen, so müssen die Grundsätze von Demokratie, Parteienrechten und Wahlgleichheit ja erst recht für das Europäische Parlament gelten. Der Maßstab, an dem die 5-Prozent-Sperrklausel für die Europawahl zu messen ist, muss demnach mindestens gleichwertig sein.

#### **e) Zeitpunkt der Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit**

Das Bundesverfassungsgericht hatte in seiner Entscheidung vom 22. Mai 1979 (2 BvR 193, 197/79) schon einmal über die hier aufgeworfene Frage der Verfassungsmäßigkeit einer 5 %-Sperrklausel für Europawahlen entschieden. Damals hatte es diese Frage, „im gegenwärtigen Stadium der

Integration“ (Rn. 78) noch bejaht.

In der neueren Entscheidung – 2 BvK 1/07 – machte es dann aber auch explizite Ausführungen zur Frage des Zeitpunkts der Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit der Sperrklausel (Rn. 110 f.):

„b) Der Gesetzgeber ist verpflichtet, eine die Wahlgleichheit und die Chancengleichheit berührende Norm des Wahlrechts zu überprüfen und gegebenenfalls zu ändern, wenn die verfassungsrechtliche Rechtfertigung dieser Norm durch neue Entwicklungen in Frage gestellt wird, etwa durch eine Änderung der vom Gesetzgeber vorausgesetzten tatsächlichen oder normativen Grundlagen oder dadurch, dass sich die beim Erlass der Norm hinsichtlich ihrer Auswirkungen angestellte Prognose als irrig erwiesen hat (Klein, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Stand: März 2007, Art. 38 Rn. 123 unter Hinweis auf BVerfGE 73, 40 <94>; 82, 322 <338 f.>; 107, 286 <294 f.>).

Das Bundesverfassungsgericht hat schon früh betont, dass die Vereinbarkeit einer Sperrklausel im Verhältniswahlrecht mit dem Grundsatz der Wahlgleichheit und der Chancengleichheit der politischen Parteien nicht ein für allemal abstrakt beurteilt werden kann. Eine Wahlrechtsbestimmung kann in dem einen Staat zu einem bestimmten Zeitpunkt gerechtfertigt sein und in einem anderen Staat oder zu einem anderen Zeitpunkt nicht (BVerfGE 1, 208 <259>; 82, 322 <338>). Eine einmal als zulässig angesehene Sperrklausel darf daher nicht als für alle Zeiten verfassungsrechtlich unbedenklich eingeschätzt werden. Vielmehr kann sich eine abweichende verfassungsrechtliche Beurteilung ergeben, wenn sich innerhalb eines Staates die Verhältnisse wesentlich ändern. Findet der Wahlgesetzgeber in diesem Sinne veränderte Umstände vor, so muss er ihnen Rechnung tragen.“

In Anlehnung an den Eingangssatz von Randnummer 112 jener Entscheidung muss also auch für die Beurteilung der Sperrklausel bei der Europawahl gelten: Es kann dahinstehen, ob die Fünf-Prozent-Sperrklausel im Europawahlrecht 1979 verfassungsgemäß war. Maßgeblich für die weitere Beibehaltung der Sperrklausel sind allein die aktuellen Verhältnisse.

Der Zurückweisung des Einspruchs des Beschwerdeführers seitens des Deutschen Bundestages kann also nicht gefolgt werden, insoweit sich diese heute noch eng an die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahre 1979 anlehnt, ohne dabei hinreichend zu berücksichtigen, dass die damaligen Prognoseentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts im Lichte von über 30 Jahren Erfahrungen mit der parlamentarischen Praxis eines direkt gewählten Europäischen Parlaments neu bewertet werden müssen.

Im folgenden sind daher sämtliche Rechtfertigungsgründe die, für die Beibehaltung der Sperrklausel des § 2 Absatz 7 EuWG angeführt werden, mit Bezug auf die aktuellen Verhältnisse zu würdigen und daraufhin zu überprüfen, ob sie, gemessen an dem in Abschnitt d) dargestellten Maßstab, auch heute noch die mit § 2 Absatz 7 EuWG verbundene Beeinträchtigung, siehe oben Abschnitt c), des Grundgesetzes rechtfertigen können.

#### **f) Die vorgebrachten Rechtfertigungsgründe**

Zur Rechtfertigung der Sperrklausel wurde bisher und wird auch im Zurückweisungsbeschluss des Bundestages vom 8. Juli 2010 letztlich nur ein einziges Argument, – wenn auch mit etwas unterschiedlichen Hilfsbegründungen – vorgebracht. Angeblich dient demnach § 2 Absatz 7 EuWG dazu, eine übermäßige Fraktions- bzw. Parteien-Zersplitterung des Europäischen Parlaments zu verhindern und so dessen Funktions-, Arbeitsfähigkeit und Fähigkeit zur Mehrheitsbildung zu sichern. Der Bundesgesetzgeber habe hierbei auch in zulässiger Weise von seinem Gestaltungsspielraum Gebrauch gemacht. Schließlich sei die Bedeutung des Europäischen

Parlaments seit 1979 mit dem Zuwachs an Kompetenzen noch gewachsen, die Sicherung seiner Funktionsfähigkeit daher umso bedeutender. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahre 1979 nannte außerdem noch die Argumente: die Existenz vergleichbarer Regelungen in anderen Mitgliedstaaten, die Anlehnung an das Bundestagswahlrecht, die Üblichkeit der Sperrklausel dort und bei Landtagswahlen, die geringere Eingriffstiefe, da weniger Mandate „wegfallen“ als bei Bundestagswahlen, den Übergangscharakter der Regelung bis zur vollen Gleichbehandlung aller an der Europawahl teilnehmenden politischen Parteien und sonstigen politischen Vereinigungen im Rahmen eines einheitlichen Europawahlrechts in allen Mitgliedstaaten sowie das Nichtvorhandensein übernationaler Parteien.

### **g) Fehlende Geeignetheit von § 2 Absatz 7 EuWG zur Vermeidung der Zersplitterung des Europäischen Parlaments und zur Sicherung von dessen Arbeitsfähigkeit**

Um die Geeignetheit der Sperrklausel prüfen zu können, sind zunächst deren Auswirkungen darzustellen. Es ist also zu klären, in wie weit § 2 Absatz 7 EuWG eine Zersplitterung der Parteien- bzw. Fraktionszugehörigkeiten im Europäischen Parlament verhindern oder eventuell sogar begünstigen kann. In einem zweiten Schritt sind dann auch noch die Auswirkungen der Zersplitterung auf die Arbeitsfähigkeit des Parlaments und das politische Systems als Ganzes zu untersuchen.

Bei Sperrklauseln für Bundestags- und Landtagswahlen ist deren Geeignetheit zur Verhinderung einer Parteien- und Fraktionszersplitterung völlig unproblematisch gegeben. Denn dort kann – sieht man einmal von Direktmandaten im Bundestag und von Fraktions- und Parteiaustritten ab – mit einer 5 %-Sperrklausel, die für das Parlament als Ganzes gilt, unmittelbar sichergestellt werden, dass keine Gruppe unter Fraktionsgröße in das Parlament einziehen kann und dass die Anzahl der im Parlament vertretenen Parteien in der Regel 20 unterschreitet. Außerdem wirkt diese Zersplitterungsverhinderung dort auch unmittelbar positiv auf die Handlungsfähigkeit des politischen Systems als Ganzes, da das Parlament entscheidenden Einfluss auch auf die Handlungsfähigkeit der Exekutive ausübt.

Alle drei geschilderten Effekte hat § 2 Absatz 7 EuWG unter den heutigen Verhältnissen aber nicht, die Regelung ist also bereits nicht geeignet und daher verfassungswidrig.

§ 2 Absatz 7 EuWG wirkt sich schon potentiell gar nicht auf das gesamte Europäische Parlament aus, sondern nur auf einen kleinen Ausschnitt: das deutsche Kontingent. Allein durch die Erweiterungen ist der Grad der potentiell Betroffenen jener Regelung im Verhältnis zum Gesamtparlament um etwa ein Drittel von 1979 noch knapp 20% auf jetzt 13% gesunken. Damit ist zwingend auch ihre wie immer geartete Bedeutung für das Gesamtparlament zurückgegangen. Eine Zersplitterung einer Gesamtgruppe durch eine Regelung begrenzen zu wollen, die nur 13% jener Gruppe überhaupt betreffen kann, ist schon allein vor diesem mathematischen Hintergrund äußerst fragwürdig.

Dem kann auch nicht entgegen gehalten werden, dass andere Mitgliedstaaten die Sperrklausel ebenfalls kennen. Wie schon oben anlässlich der Behandlung des Direktwahlaktes dargestellt, ist es jedem Mitgliedstaat überlassen, über entsprechende nationale Regelungen zu entscheiden und zu prüfen, ob jene Regelung im nationalen Recht mit dessen Vorgaben vereinbar ist. Demnach hätte weder die Beibehaltung noch die Abschaffung der Sperrklausel in Deutschland irgendeinen zwingenden Effekt auf die anderen nationalen Regelungen, also auch nicht auf die Zusammensetzung des Europäischen Parlaments insgesamt.

Die bisher genannte Zahl von 13% Einfluss der Regelung stellt außerdem nur ein völlig

theoretisches Maximum dar, welches nur dann erreicht werden könnte, wenn alle deutschen Abgeordneten aus einer einzigen Partei kämen. Für die Geeignetheitsbetrachtung ist aber auf die tatsächlichen Umstände abzustellen, was die Regelung als völlig ungeeignet erscheinen lässt, und zwar sowohl bei Betrachtung der Zahl der tatsächlich betroffenen Sitze als auch im Hinblick auf die Zahl der Parteien.

Bei der Europawahl 2009 entfielen in Deutschland 10,8 % der Stimmen auf Parteien, die keine Sitze erhielten, was einen durchaus beachtlichen Prozentsatz darstellt und auf eine hohe Intensität des Eingriffs schließen lässt. Vergleichsberechnungen (s.u. S. 20) hinsichtlich des Wahlergebnisses bei der Europawahl 2009 zeigen aber auch, dass selbst bei jener Wahl letztlich nur 8 Mandate anders verteilt worden wären (in diesem Abschnitt wird nur auf die mathematische Neuberechnung der Sitzverteilung abgestellt, da die anderen Faktoren, auf die später noch einzugehen ist, nicht berechenbar sind). Dies entspricht einer Quote von etwa 1 % der Sitze im Europaparlament. Eine Regelung, die nur 1% der Sitze betrifft, kann offensichtlich nicht geeignet sein, eine Zersplitterung des gesamten Parlaments zu verhindern. Das gleiche Ergebnis ergibt eine Vergleichsbetrachtung auf der Ebene der Parteien. Gäbe es die 5%-Sperrklausel in Deutschland nicht, so wären – nach eigenen Berechnungen des Beschwerdeführers – statt aktuell 162 dann 169 Parteien im Europäischen Parlament vertreten. Auch insoweit kann von jetzt fehlender und ansonsten gegebener Parteien-Zersplitterung im Europäischen Parlament nicht die Rede sein. Die Sperrklausel ist also auch insoweit ganz offensichtlich nicht geeignet.

Selbst wenn man mit dem Zurückweisungsbeschluss des Bundestages annimmt, dass auf Parteien-Ebene die Zersplitterung des Europäischen Parlaments gerade durch die angewachsene Zahl der Mitgliedstaaten gewachsen ist, so übersieht der Bundestag dabei aber, dass die rein mathematisch höhere Zahl der Parteien im Europaparlament bisher zu keiner Gefährdung der Handlungsfähigkeit dieses Parlaments geführt hat. Wäre dies der Fall, hätten die Mitgliedstaaten ihm kaum regelmäßig mehr Kompetenzen übertragen und der Direktwahlakt hätte den Mitgliedstaaten auch nicht die Möglichkeit eines Wahlrechts ohne Sperrklausel eingeräumt. Die für die Rechtfertigung der vorliegenden schweren Wahlrechtsbeeinträchtigung nötige konkrete und nachvollziehbare Gefährdung der Funktionsfähigkeit des Europäischen Parlaments durch Parteienzersplitterung kann der Bundestag demnach nicht mit der nötigen Sicherheit nachweisen. Dies auch vor dem Hintergrund, dass sich die Zahl der im Europaparlament vertretenen Parteien seit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts im Jahre 1979 von damals 40 auf heute – nach eigener Berechnung – über 160 Parteien mehr als vervierfacht hat, ohne dass hiermit eine Beeinträchtigung der Arbeitsfähigkeit des Europaparlaments verbunden gewesen wäre. Die Webseite des Europäischen Parlaments selbst (<http://www.europarl.de/view/de/parlament/Organisation/Fraktionen.html> – zuletzt besucht am 31.08.2010) spricht sogar von 200 nationalen Parteien, die im aktuellen Europäischen Parlament vertreten sind.

Für die Arbeitsfähigkeit des Europäischen Parlaments und dessen Zersplitterungsgrad ist außerdem nicht die Zahl der dort vertretenen nationalen Parteien, sondern vielmehr jene der übernationalen Fraktionen von entscheidender Bedeutung.

Wenn man statt der Sitze oder der Parteien auf die Fraktionen bzw. Gruppen im Europäischen Parlament abstellt, ergibt sich trotz vieler Erweiterungen und Parteienzersplitterung ein ganz anderes Bild. Deren Zahl und auch die Zahl der fraktionslosen Abgeordneten war über die letzten Wahlperioden hinweg im Europäischen Parlament relativ konstant. Anders als in nationalen Parlamenten finden sich hier immer wieder eine Vielzahl von Abgeordneten unterschiedlichster Parteien in wenigen Fraktionen/Gruppen zusammen, ohne dass dieser Prozess jemals die Handlungsfähigkeit des Europäischen Parlaments beeinträchtigt hätte. Aufgrund der ständigen Praxis der Gruppenbildung im Parlament gibt es außerdem heute – anders als noch 1979 – keinerlei Anhaltspunkte mehr, die eine Prognose dahingehend zuließen, dass es nach Wegfall der deutschen

Sperrklausel Abgeordneten von kleineren Parteien/Gruppen aus Deutschland nicht ebenfalls gelänge, sich einer Fraktion/Gruppe im Europäischen Parlament anzuschließen.

Im Gegenteil ergibt sich aus Artikel 30 Nr. 2 der Geschäftsordnung des Europäischen Parlaments hinsichtlich der Bildung von Fraktionen im Europäischen Parlament ja gerade, dass deren Mitglieder aus einer Mindestanzahl von Mitgliedstaaten (einem Viertel) kommen müssen, weshalb deutsche Abgeordnete aus anderen als den klassischen Großfraktionen bei der Fraktionsbildung sicherlich besonders begehrt wären. Zugleich folgt aus jenen Regeln auch, dass selbst eine Partei, die die Sperrklausel in Deutschland überwunden hat, alleine nicht in der Lage ist, Fraktionsstatus und damit bessere Handlungsfähigkeit im Sinne der Verhinderung einer Zersplitterung zu erlangen.

Außerdem ist es im Europäischen Parlament langjährige und gängige Praxis, dass in ein und derselben Fraktion Abgeordnete aus verschiedenen Parteien eines Mitgliedstaates vertreten sind, die bei den Wahlen zuvor noch getrennt und gegeneinander antraten. Aktuell ist dies in sechs der sieben, darunter in allen Fraktionen mit deutschen Abgeordneten, der Fall. Der für die Argumentation zur Aufrechterhaltung der 5% Sperrklausel entscheidende Schluss von der Vielfalt der Parteien auf Fraktionszersplitterung, fehlende Fraktionsmitgliedschaft oder fehlende Arbeits- und Integrationsfähigkeit der so gewählten Abgeordneten, kann für das Europäische Parlament also gerade nicht gezogen werden. Es ist vielmehr davon auszugehen, dass auch weitere deutsche Abgeordnete anderer, kleinerer, Parteien gemäß dieser Praxis größtenteils in den bereits bestehenden Fraktionen des europäischen Parlaments Aufnahme finden werden.

Ein weiteres Argument gegen die Geeignetheit der Regelung ist, das, gerade anlässlich der Europawahl 2009 erstmals zu beobachtende, ernsthafte Aufkommen von übernationalen Parteien, deren europarechtliche Stellung sich auch erst in den letzten Jahren entscheidend verändert hat. So ist mit Libertas erstmals eine im eigentlichen Sinne „Europäische Partei“ entstanden, die nicht aus nationalen Parteien zusammengesetzt ist. Da das nationale Wahlrecht nicht davon abhängig gemacht werden kann, ob eine Partei in einem anderen Mitgliedstaat Mandate erringen konnte, oder nicht, kommen Sonderregelungen für jene Parteien nicht in Betracht. Aber die Begründung der Verhinderung der Zersplitterung des Europäischen Parlaments versagt gerade dann, wenn einer Partei/Gruppierung, die in einem anderen Mitgliedsstaat bereits Sitze im Europäischen Parlament errungen hat bzw. erringt, ihre in Deutschland erzielten Stimmen durch § 2 Absatz 7 EuWG vorenthalten werden. So hätte bei der Europawahl 2009 z. B. die Piratenpartei in Deutschland genauso einen Sitz erhalten müssen, wie sie ihn in Schweden tatsächlich errungen hat. Und auch hier zeigt der Anschluss jenes schwedischen Abgeordneten an die Grünen-Gruppe im Europäischen Parlament wiederum, dass auch eine Fraktionszersplitterung nicht aufgetreten ist, und auch durch einen weiteren Abgeordneten der Piratenpartei aus Deutschland nicht aufgetreten wäre. Auch newropeans und Libertas haben in mehreren Mitgliedstaaten kandidiert bzw. nahe stehende Parteien unterstützt, so dass auch hier ähnliche Effekte hätten auftreten können. Es ist bezeichnend, dass sich der Bundestag ausweislich seiner Zurückweisungsentscheidung mit den veränderten Umständen durch die Entstehung und die Wahlteilnahme europäischer Gruppierungen und Parteien mit keinem Wort auseinandergesetzt hat, sondern nur das althergebrachte Zersplitterungsmantra unreflektiert wiederkaut, ohne es an der europäischen Realität zu messen.

Aus all dem bisher Dargestellten ergibt sich, dass § 2 Absatz 7 EuWG für die auf Parteien-Ebene ohnehin bestehende und auf Fraktions-/Gruppenebene trotzdem nicht gegebene Zersplitterung des Europäischen Parlaments schlicht irrelevant ist. Diese Feststellung kann auch nicht mit Verweis auf den Bedeutungszuwachs des Europäischen Parlaments im Verlauf der letzten 30 Jahre umgangen werden. Im Gegenteil bezeugt gerade der kontinuierliche Kompetenzzuwachs, der dem Parlament durch die Herren der Verträge, die Mitgliedstaaten, mit jedem neuen Primärrechtsakt zugestanden wurde, dass die Funktionsfähigkeit des Parlaments trotz der extrem hohen Zahl der in ihm vertretenen Parteien stets gewährleistet war und auch weiterhin sein wird. Letzteres gilt unabhängig

davon, ob aufgrund der Abschaffung des § 2 Absatz 7 EuWG die, im Verhältnis zur Gesamtzahl der Parteien immer kleine, Anzahl deutscher Parteien im Europäischen Parlament unwesentlich erhöht wird oder nicht.

Die Verfassungswidrigkeit von § 2 Absatz 7 EuWG ergibt sich also bereits aus seiner fehlenden Geeignetheit. Nichtsdestotrotz werden nachfolgend hilfsweise auch noch seine fehlende Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne dargestellt.

#### **h) Fehlende Erforderlichkeit von § 2 Absatz 7 EuWG zur Vermeidung der Zersplitterung des Europäischen Parlaments und zur Sicherung von dessen Arbeitsfähigkeit**

Hypothetischer Ausgangspunkt der folgenden Ausführungen ist, dass § 2 Absatz 7 EuWG geeignet wäre, eine Zersplitterung des Europäischen Parlaments zu verhindern und dessen Funktionsfähigkeit zu sichern. Demnach wäre zu fragen, ob die Sicherung der Funktionsfähigkeit nicht auch durch eine mildere Regelung, als jene des § 2 Absatz 7 EuWG erreicht werden könnte.

Insoweit ist zunächst darauf abzustellen, dass das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zum Vertrag von Lissabon völlig zu Recht festgestellt hat, dass die Funktionsfähigkeit der Europäischen Union, anders als auf nationaler Ebene, eben nicht vor allem durch das Parlament und das Gegeneinander von Oppositions- und Regierungsfractionen, sondern durch die Mitgliedsstaaten und deren Beschlüsse und Strukturvorgaben gesichert wird. Eine der nationalen Situation entsprechende Erforderlichkeit der Sperrklausel des § 2 Absatz 7 EuWG scheidet daher schon aus diesem Gesichtspunkt aus.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der vom Bundestag in seinem Zurückweisungsbeschluss referierten Argumentation des BMI, wonach die Abschaffung von § 2 Abs. 7 EuWG die Zusammenarbeit der deutschen Abgeordneten des Europäischen Parlaments mit den nationalen Institutionen und damit ihre Funktion der Vertretung des Deutschen Volkes behindern könnte. Es mag zwar dem Selbstverständnis einiger Beamten, Regierungsmitglieder und vielleicht auch einiger Bundestagsabgeordneten widersprechen, aber sie sind nicht als Vertreter ihrer Parteien im Amt, sondern haben dem Wohle des gesamten Deutschen Volkes zu dienen. Insoweit trifft insbesondere Amtsträger auch die Verpflichtung, gewählte deutsche Abgeordnete des Europäischen Parlaments auch dann nach besten Kräften im Sinne der europäischen Vertretung deutscher Interessen zu unterstützen und mit notwendigen Informationen zu versorgen, wenn dieser einer anderen als der eigenen oder gar einer im Bundestag aktuell nicht vertretenen demokratischen Partei angehören.

Die Rückkopplung, auf die das BMI ständig rekurriert, ist also rechtlich ohnehin in allen Fällen geboten. Außerdem kommt ja auch niemand auf die Idee, im Bundestag dürften nur Abgeordnete von Parteien sitzen, die bereits im Landtag vertreten sind oder umgekehrt. Genau darauf liefe aber die Position des BMI hinaus, wenn man sie konsequent zu Ende denkt. Die Wahlen zum EP in Deutschland sind seit 1979 bewusst als selbständige Willenskundgebungen des Souveräns ausgestaltet. Dies mag auch für das BVerfG 1979 noch gewöhnungsbedürftig gewesen sein, spätestens seit dem Lissabon-Urteil dürfte dies aber klar sein.

Anders als das BMI dies glaubt, macht außerdem gerade der Verweis auf §§ 93a und 93b der Geschäftsordnung des Bundestages deutlich, wie eine Zusammenarbeit auch mit EU- Abgeordneten anderer Parteien funktionieren könnte. Auch dort ist ja von einer bestimmten, auch im Bundestag vertretenen Partei, gar nicht die Rede, es gilt und muss vielmehr gelten: gleiches Recht für alle gewählten EU-Abgeordneten.

Das Deutsche Volk ist auf europäischer Ebene umgekehrt politisch vielmehr gerade dann besser vertreten, wenn als Nebenfolge der Abschaffung der verfassungswidrigen 5% Hürde deutsche Abgeordnete zukünftig auch in jenen Fraktionen des EP vertreten sind, in denen dies heute noch nicht der Fall ist. So können nämlich auch dort deutsche Interessen zur Geltung gebracht und in den europäischen Gestaltungsprozess einbezogen werden.

Festzustellen ist schließlich auch, dass entgegen der Andeutungen des BMI die fraktionslosen Abgeordneten des EP bisher nicht zu einer Gefährdung der Funktionsfähigkeit jenes Parlaments geführt haben und eine solche nicht einmal vom BMI behauptet wird. Nur die Feststellung jener Gefährdungslage könnte aber überhaupt eine Rechtfertigung für den mit der 5% Hürde verbundenen massiven Eingriff in das Wahlrechtsgrundrecht bieten, bloße Spekulationen über – noch dazu rechtswidrige s.o. – Rückkopplungsverluste reichen dafür jedenfalls nicht aus.

Zurückzuweisen ist auch die Argumentation des BMI hinsichtlich der Vertrautheit der Bürgerinnen und Bürger mit der Anwendung einer 5-Prozent-Sperrklausel. Gerade in den letzten Jahren ist durch zahlreiche Lockerungen auf kommunaler Ebene das Dogma der 5% Hürde auch bei der Bevölkerung ins Wanken geraten. Auf europäischer Ebene besteht es ohnehin nur in einigen Ländern. Vorrangig ist außerdem nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG nicht die Fortführung von Traditionen, sondern die aktuelle Situation, in der eine Rechtfertigung für die 5% Hürde jedenfalls für die Europawahl wie hier im Detail dargelegt nicht mehr gegeben ist.

Hinzu kommt der Gesichtspunkt der Reversibilität. Während die durch Zersplitterung oder aufgrund anderer Ursachen eingetretene Funktionsuntüchtigkeit eines Parlaments auf nationaler Ebene unter Umständen kaum mehr heilbar ist und daher Vorsichtsmaßnahmen wie Sperrklauseln gerechtfertigt sein können, ist die Situation auf europäischer Ebene eine völlig andere. Sollten hier tatsächlich einmal entsprechende Gefährdungen für die Funktionsfähigkeit der Union entstehen (die durch eine Wahlrechtsänderung in nur einem Mitgliedstaat ohnehin nicht zu besorgen sind), so wären die Mitgliedstaaten, sei es durch den Rat oder durch Primärrechtsänderungen, auch ohne weiteres in der Lage, die rechtlichen Rahmenbedingungen der Union entsprechend umzugestalten, um jene – hinsichtlich der Parlamentszersplitterung ohnehin, wie gezeigt nur theoretischen – Gefahren abzuwenden. Eine vorsorgliche Beschränkung der Wahlgleichheit – die letztlich nur auf einer nie getesteten bloßen Vermutung beruht – durch eine Sperrklausel ist daher hinsichtlich des Europäischen Parlaments nicht erforderlich.

Selbst wenn man davon ausgeht, dass der Rat und die Gemeinschaft der Mitgliedstaaten nicht zu einer Korrektur in der Lage wären, so wäre nach dem derzeitigen Stand des Europarechts sogar der deutsche Bundestag als nationaler Gesetzgeber jederzeit in der Lage, den § 2 Absatz 7 EuWG nach dessen Abschaffung notfalls wieder einzuführen, falls der Bundestag tatsächlich unerwünschte negative Auswirkungen hinsichtlich der Funktionsfähigkeit des Europäischen Parlaments feststellen würde. Dann wäre im Sinne der Ausführungen unter e) zu jenem Zeitpunkt eine andere tatsächliche Situation gegeben, in welcher eine Regelung wie in § 2 Absatz 7 EuWG dann verfassungsgemäß sein könnte.

Schließlich spricht auch Artikel 3 des Direktwahlaktes gegen die Annahme einer Erforderlichkeit der Regelung des § 2 Absatz 7 EuWG. Die im Rat versammelten Mitgliedstaaten haben ein großes Interesse an der Funktionsfähigkeit der europäischen Institutionen und insbesondere des Europäischen Parlaments. Sie haben dessen Kompetenzen bisher kontinuierlich ausgeweitet. Es ist daher davon auszugehen, dass sie, wenn sie eine 5%-Sperrklausel zur Sicherung der Funktionsfähigkeit des Europäischen Parlaments für notwendig gehalten hätten, diese auch europarechtlich vorgeschrieben hätten. Sie haben sich, wie Artikel 3 des Direktwahlaktes zeigt aber unter Befassung mit jener Frage dafür entschieden, eine solche obligatorische Regelung gerade nicht zu treffen, und somit auch implizit deren Erforderlichkeit verneint.

Ein Blick in die europäische Praxis zeigt außerdem, dass die Nichtexistenz einer Sperrklausel in Spanien ebenfalls keine nachteiligen Auswirkungen auf Zersplitterung oder Funktionsfähigkeit hat. Selbst mit der Argumentation, dass Spanien weniger Abgeordnete entsendet und daher eine höhere implizite Mindestprozentzahl hat, lässt sich daher die Erforderlichkeit von § 2 Absatz 7 EuWG nicht begründen, da dann jedenfalls der dort vorgegebene Prozentsatz von 5% auf weniger als 2% abgesenkt werden müsste.

Damit ist schon ein weiterer Grund angesprochen, aus dem sich die fehlende Erforderlichkeit des § 2 Absatz 7 EuWG ergibt, und zwar, dass es mildere Mittel, z.B. eine geringere prozentuale Hürde, zur Erreichung des gleichen Ziels gibt.

Selbst unter formaler Beibehaltung der 5 %-Sperrklausel könnte bei entsprechender Ergänzung des § 2 Absatz 7 EuWG dessen einschneidende Wirkung durch Änderung des Wahlrechts und Einführung einer Möglichkeit zur Abgabe einer Alternativstimme gemildert werden. Dann hätte der Wähler eine Zweitstimme, die jedoch nur dann zum Tragen käme, wenn die Erststimme auf eine Partei entfällt, die an der Sperrklausel scheitert. Der Nutzen in Form einer – hier hypothetisch angenommenen, (s. o.) – Vermeidung der Zersplitterung der Gruppe der gewählten Abgeordneten wäre dabei in genau gleichem Maße gewährleistet, wie bei dem jetzigen EuWG. Andererseits wäre die aus Sicht des Demokratieprinzips entscheidende Repräsentanz des Wählerwillens im Wahlergebnis wesentlich erhöht, da dann bei jenen Wählern zumindest eine Zweitpräferenz zum Tragen kommen könnte, die Quote der Wähler, deren Wahl keinerlei Einfluss auf die Sitzverteilung hat, also erheblich reduziert werden könnte. Weder von der Vermittelbarkeit gegenüber dem Wähler noch hinsichtlich des Auszählungsmodus würde ein solches Verfahren, auch wenn es für die Bundesrepublik neu wäre, derart große Probleme aufwerfen, dass es gerechtfertigt wäre, diese Möglichkeit eines geringeren Eingriffs auch weiterhin zu ignorieren. Auch bestehen gegen eine solche Lösung keine Bedenken hinsichtlich der Unmittelbarkeit der Wahl, da der Wähler ja frei und unmittelbar über seine erste und zweite Präferenz selbst entscheidet. Schließlich kann dieser milderen Alternative auch ein etwaiger Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers nicht entgegen gehalten werden, da sonst das vom Bundesverfassungsgericht betonte Kriterium der Erforderlichkeit – welche gerade das Fehlen einer eindeutig milderen Alternative voraussetzt – ignoriert werden würde.

Dass die Mehrheit der Abgeordneten sich bis heute weigert, die seit 1979 wesentlich veränderten Realitäten hinsichtlich der Berechtigung einer 5%-Sperrklausel bei der Europawahl zur Kenntnis zu nehmen, hat einen einfachen Grund: Die Bindung der Abgeordneten an jene Parteien, die die größten Profiteure der Beibehaltung der Sperrklausel sind. Die Abgeordneten entscheiden, als Vertreter jener Parteien, hier also letztlich in eigener Sache. Dies ist in einer parlamentarischen Demokratie zwar in gewisser Weise unvermeidlich, andererseits muss dies aber auch zur Folge haben, dass in jenen Bereichen der Ermessens- und Einschätzungsspielraum der Abgeordneten engeren rechtlichen Grenzen unterliegen muss als in anderen Fragen. Die Richtigkeitschance der parlamentarischen Entscheidungen verhält sich eben antiproportional zum – vorliegend sehr hohen – Grad des Eigeninteresses. Das zur Sicherung von Demokratie und Rechtsstaatlichkeit nötige rechtliche Korsett ist daher vom Bundesverfassungsgericht also quasi enger zu ziehen. Dies hat das Bundesverfassungsgericht in ähnlich gelagerten Fällen auch bereits so entschieden (z.B. BVerfGE 40, 296 [327]; 85, 264 [288 ff.]). Daher ist das Bundesverfassungsgericht befugt und verpflichtet, auf die vorliegende Wahlprüfungsbeschwerde hin eine vollständige Überprüfung der vom Bundestag abgegebenen Gefährdungsprognose hinsichtlich der ohne 5%-Sperrklausel zu erwartenden Beeinträchtigungen der Funktionsfähigkeit des Europäischen Parlaments vorzunehmen, die sich an den realen Gegebenheiten und den seit 1979 wesentlich veränderten Umständen orientieren muss. Wie gezeigt kann dies nur zur Folge haben, dass die Regelung des § 2 Abs. 7 EuWG heute mangels hinreichend konkreter Gefährdung entweder bereits nicht mehr

geeignet, zumindest aber nicht mehr erforderlich ist.

Im Ergebnis ist somit festzustellen, dass selbst wenn § 2 Absatz 7 EuWG geeignet wäre, jene Regelung jedenfalls nicht erforderlich und somit verfassungswidrig ist.

#### **i) Fehlende Nutzen-Schaden Verhältnismäßigkeit i. e. S. von § 2 Absatz 7 EuWG**

In dieser ebenfalls hilfsweisen Prüfungsstufe sind noch Eingriffsschwere und der vermeintliche Nutzen der Regelung des § 2 Absatz 7 EuWG miteinander in Verhältnis zu setzen. Mit dem Bundesverfassungsgericht (2 BvC 1/07, 2 BvC 7/07, Rn. 116ff.) ist also zu fordern, dass der Grad des Nutzens die konkrete Eingriffsintensität rechtfertigen kann.

Im europäischen Vergleich ist die Eingriffsintensität der 5%-Sperrklausel in der Bundesrepublik Deutschland am höchsten. In keinem anderen Mitgliedsstaat bleiben auf Grund der Sperrklausel so viele Stimmen unberücksichtigt wie hier. In vielen kleinen Ländern kommen oft nicht einmal insgesamt so viele Stimmen zusammen, wie in Deutschland einfach unter den Tisch fallen. Aber selbst im Vergleich zu anderen großen Mitgliedsstaaten ist die Eingriffsintensität in Deutschland besonders hoch. Spanien hat gar keine 5%-Sperrklausel und in Frankreich, Italien und Großbritannien gibt es ebenfalls keine landesweiten, sondern nur niedrigrschwelligere, regionale 5%-Sperrklauseln.

Demgegenüber bezieht sich das BMI auf eine Passage im BVerfG-Urteil von 1979, derzufolge der Eingriff gering sei, weil er ja nur eine kleine Zahl von deutschen EU-Abgeordneten betreffe. Diese Argumentation hält einer Überprüfung aber nicht stand. Für die Ermittlung der Eingriffsintensität eines Eingriffs ist auf die Rechtsinhaber abzustellen. Dies sind hier aber allenfalls am Rande die (nicht) gewählten Abgeordneten. In erster Linie sind die betroffenen vielmehr die Wahlberechtigten (nur deshalb gibt es ja auch das hier beschrittene Wahlprüfungsverfahren der Wähler) und der Souverän. Für diese spielt es eine vorrangige Rolle, ob es Abgeordnete gibt, die aufgrund ihrer Stimme ins Parlament einziehen, und deren relativer Einfluss im Parlament. Deren absolute Zahl ist demgegenüber unbedeutend. Wäre es umgekehrt und das BMI hätte Recht, so könnte man ja genauso gut folgern, dass je größer die Parlamente sind, umso besser stünde es um die Demokratie. Außerdem wären dann 5%-Sperrklauseln in kleinen Parlamenten leichter zu rechtfertigen als in großen, was ebenfalls zu absurden Resultaten führen würde, gerade angesichts der in Deutschland und Europa immer wieder unternommenen Bestrebungen, die Parlamente klein und handlungsfähig zu halten.

Die Eingriffsintensität ist aber auch bei nationaler Betrachtungsweise vorliegend sehr hoch. Dies gilt sowohl aus der Sicht des einzelnen Wählers einer kleinen Partei/Gruppe, dem der Erfolgswert seiner Stimme zu 100 % genommen wird, als auch aus einer Gesamtsicht. Bei letzterer ist zu berücksichtigen, dass der Anteil der aufgrund der Sperrklausel bei Europawahlen nicht erfolgswirksam gewordenen Stimmen in den letzten Jahrzehnten deutlich gestiegen ist. Betrug er zum Zeitpunkt der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts über die Verfassungsmäßigkeit der Sperrklausel bei Europawahlen im Jahr 1979 noch 4 %, so betrug dieser Anteil bei den letzten beiden Europawahlen 9,8 bzw. 10,8 %. Zugleich ist der Anteil der Wahlberechtigten, aufgrund deren Wahl die Sitze tatsächlich vergeben wurden, kontinuierlich von 63% auf zuletzt unter 38% zurückgegangen. Somit sind die Auswirkungen der Sperrklausel bei der Europawahl auch wesentlich drastischer, als bei der Bundestagswahl (dort 3-4 % „Sonstige“ und ca. 75 % der Wahlberechtigten mit Einfluss auf die Sitzverteilung). Gerade die Europawahl droht daher entscheidend an demokratischer Legitimation zu verlieren, obwohl das Bundesverfassungsgericht in seiner Lissabon-Entscheidung deren Funktion zur Vermittlung demokratischer Legitimation betont hat. Wenn bei der Europawahl in Deutschland mehr Demokratie gewagt würde und mehr Stimmen

auch tatsächlich zählen würden, und dann auch deshalb wieder mehr Stimmen abgegeben würden, hätte dies sicherlich positiven Einfluss auf eben jene demokratische Legitimation. Anders als 1979 sind viele Wähler heute auch bereits mit Wahlen, zumeist auf kommunaler Ebene, vertraut, bei denen es keine 5 %-Sperrklausel gibt, was ihnen einerseits die Eingriffsintensität bewusster werden lässt und andererseits die Scheu vor einem Wegfall der Sperrklausel bei der Europawahl nimmt.

Was die andere Seite der Waagschale angeht, so steht unabhängig davon, wie hoch man den Nutzen der Sperrklausel bewertet, jedenfalls fest, dass es sich hierbei immer um eine mit großen Unsicherheiten behaftete Prognose handelt. Eine Prognose, die noch dazu letztlich auf keinen realen Erfahrungswerten beruht. Das Bundesverfassungsgericht hat 1979 anlässlich der ersten Direktwahl des Europaparlamentes diese Prognose auch deswegen für ausreichend erachtet, weil es die Regelung für eine bloße Übergangsregelung hielt, und damit sowohl der Eingriffsintensität als auch der Prognoseunsicherheit eine geringere Bedeutung zugemessen werden musste. Heute, nach mehr als 30 Jahren, kann aber von einer bloßen Übergangsregelung keine Rede mehr sein. Zwar hält das Europäische Parlament nach wie vor an der Idee eines einheitlichen Wahlrechts grundsätzlich fest, dessen Realisierung steht aber völlig in den Sternen und ist angesichts der in der Vergangenheit zu Tage getretenen politischen Hindernisse für die nähere und mittlere Zukunft nicht realistisch zu erwarten.

Bei der Nutzenbewertung sind heute außerdem auch die 1979 noch nicht berücksichtigten, oben angesprochenen Aspekte der positiven Erfahrungen während 30 Jahren direkt gewähltem Europäischem Parlament mit vielen Parteien und wenigen Fraktionen, der Aspekt der Reversibilität und vor allem auch die durch das Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts geklärte Bedeutung des Europäischen Parlaments und die Rolle der Mitgliedstaaten als Herren der Verträge zu berücksichtigen. All jene Faktoren müssen den zu prognostizierenden Nutzen der Regelung des § 2 Absatz 7 EuWG entfallen lassen, zumindest aber deutlich mindern. Hinzu kommt, dass im Unterschied zur Bundestagswahl angesichts der deutlich geringeren Zahl der zu vergebenden Mandate ohnehin eine relativ hohe „natürliche Sperrklausel“ – dadurch, dass auch bei Wegfall der Sperrklausel der Stimmanteil für ein einzelnes Mandat relativ hoch sein muss – für die deutsche Europawahl besteht, was ebenfalls den potentiellen Nutzen einer 5%-Sperrklausel verringert.

Im Ergebnis auch der Hilfsbetrachtung ist demnach die Verfassungsmäßigkeit von § 2 Absatz 7 EuWG auch unter dem Gesichtspunkt zu verneinen, dass der konkret zu erwartende Nutzen der Regelung den sicher eintretenden Schaden nicht überwiegt, die Regelung also nicht als verhältnismäßig im engeren Sinne angesehen werden kann.

#### **j) Verfassungswidrigkeit von § 2 Absatz 7 EuWG im Hinblick auf den Föderalismus**

Bei der bisherigen Argumentation blieb unberücksichtigt, dass die Artikel 20 Absatz 1, 23 Absatz 1 und 79 Absatz 3 des Grundgesetzes der Gliederung des Bundes in Länder und der Bindung der Europäischen Union an föderative Grundsätze eine herausgehobene Rolle einräumen. Diese Grundsätze sind auch bei der Wahl der Deutschen Abgeordneten zum Europäischen Parlament zu beachten und werden durch § 2 Absatz 7 EuWG in verfassungswidriger Weise verletzt.

Aus den genannten Normen ist nämlich zu folgern, dass auch eine Partei/Gruppierung die sich getreu des Prinzips des Föderalismus auf die Vertretung der Interessen der Bevölkerung eines Landes konzentriert oder hier einen Schwerpunkt setzt, eine realistische Chance haben muss bei der Wahl zum Europäischen Parlament Mandate zu erringen, um so diese Interessenvertretung auch auf europäischer Ebene vornehmen zu können. Bestätigt wird dies auch durch die Aussagen des Bundesverfassungsgerichts im Lissabon-Urteil (a.a.O. Rn. 277) wonach die „Beteiligung Deutschlands an der Europäischen Union ... die Erweiterung des verfassungsrechtlichen

Föderalmodells um eine überstaatlich kooperative Dimension“ darstellt. Den Besonderheiten des Föderalmodells ist somit auch bei den Wahlen der deutschen Abgeordneten zum Europäischen Parlament hinreichend Rechnung zu tragen. Dies tut auch das EuWG, allerdings wie zu zeigen sein wird, nur scheinbar, durch die Zulassung von Landeslisten. Es entzieht diesen aber letztlich in den allermeisten Fällen die praktische, ja zum Teil sogar die theoretische, Wirksamkeit durch die bundesweite Bezugsgröße der 5%-Sperrklausel des § 2 Absatz 7 EuWG.

Deutlich wird dies durch einen Vergleich – anhand der offiziellen Zahlen des Bundeswahlleiters zur Europawahl 2009 – der zur Überschreitung der 5%-Sperrklausel nötigen Stimmenzahl mit den Zahlen der Wahlberechtigten bzw. der gültigen Stimmen in den Bundesländern. Dabei zeigt sich:

- In den drei Bundesländern Bremen, Hamburg und Saarland ist bereits die Zahl der Wahlberechtigten kleiner als die Höhe der Bundes-5%-Sperrklausel. Eine regionale Partei/Gruppierung mit einer einzigen Landesliste in einem der drei Länder hätte also selbst dann keine Chance gehabt Abgeordnete ins Europäische Parlament zu entsenden, wenn sie von allen Wahlberechtigten eines dieser Länder gewählt worden wäre.
- In neun Bundesländern (neben den soeben Genannten in: Berlin, Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein und Thüringen) hätte eine spezifische Landesliste keine Chance auf Mandate im Europäischen Parlament gehabt, auch wenn sie 100% der gültigen Stimmen auf sich hätte vereinigen können.
- In 13 Bundesländern (neben den soeben Genannten in: Hessen, Niedersachsen, Rheinland-Pfalz und Sachsen) hätte eine spezifische Landesliste auch bei Erreichen einer absoluten Mehrheit der gültigen Stimmen im jeweiligen Land immer noch keinen Sitz im Europäischen Parlament erhalten.
- Demnach bleiben nur drei Bundesländer in denen eine Landesliste auch dann noch eine Chance hatte Mandate im Europäischen Parlament zu erringen, wenn sie weniger als 50% der Landesstimmen auf sich vereinigte. In Baden-Württemberg waren selbst dann aber immer noch 34,5% der Stimmen, in Bayern 33,1% und selbst im größten Bundesland Nordrhein-Westfalen noch 23,9% der Stimmen notwendig.

Obwohl es der CSU in Bayern tatsächlich noch einmal gelungen ist, mit einer einzigen Landesliste die bundesweite 5%-Sperrklausel zu überwinden, zeigen die vorstehenden Zahlen deutlich, dass entsprechendes für andere Landes-Gruppierungen und Landes-Parteien praktisch nicht möglich ist. Insoweit verkommt der eigentliche Sinn der Möglichkeit von Landeslisten, dem föderalen Aufbau der Bundesrepublik auch im Wahlrecht hinreichend Rechnung zu tragen, zur bloßen Farce bzw. zu einem reinen CDU/CSU-Sonderfallgesetz, was auch dem Grundsatz der Parteienneutralität des Wahlrechts zuwiderläuft. Damit wird dem Föderalismusprinzip bei der Europawahl nicht genügt.

Dies wird auch durch den Vergleich mit der Bundestagswahl bestätigt. Auch dort gilt die Sperrklausel zwar bundesweit, die Benachteiligung von Regionalparteien wird jedoch durch die Chance auf Erringung von Wahlkreismandaten und vor allem durch § 6 Absatz 6 Satz 1 2. Alt. und 6 Absatz 6 Satz 2 BWG erheblich abgemindert. Eine Partei mit einer absoluten Mehrheit selbst in nur einem Lande wäre daher immer auch im Bundestag vertreten.

Schließlich bleibt noch zu betonen, dass die Verletzung des Föderalismusprinzips bei der Europawahl auch allein auf der 5%-Sperrklausel und nicht bereits auf der geringeren Zahl der zu vergebenden Mandate beruht. Ohne Sperrklausel hätte nämlich selbst eine Landesliste die nur im kleinsten Bundesland antritt, immerhin noch die Chance mit ca. 71,9% der Stimmen in Bremen, auch einen Sitz im Europäischen Parlament zu erringen. In allen anderen Ländern wäre die nötige Prozentzahl im Land wesentlich geringer.

Dieser Aspekt der Verfassungswidrigkeit von § 2 Absatz 7 EuWG könnte – außer durch die völlige Abschaffung der 5%-Sperrklausel – geheilt werden, wenn die 5%-Sperrklausel nicht auf Bundesebene sondern auf Landesebene angewandt würde. Dies wäre wie regionale Sperrklauseln z.B. in Frankreich und Großbritannien zeigen, europarechtlich auch durchaus möglich. Für die Europawahl 2009 in Deutschland hätte dies zur Folge, dass jedenfalls alle Stimmen der FW Freie Wähler bei der Mandatsverteilung berücksichtigt hätten werden müssen, da diese in Bayern 6,9% der Stimmen erhielten, die Landes-5%-Sperrklausel also überwunden hätten. Dies hätte die Auswechslung der Abgeordneten Herbert Reul (CDU) und Gerald Häfner (Grüne) durch die beiden Erstplatzierten der Bundesliste FW Freie Wähler, Dr. Gabriele Maud Pauli und Armin Grein zur Folge, was ersichtlich keine negativen Folgen für die Funktionsfähigkeit des Europäischen Parlaments hätte. Die Unnötigkeit einer bundesweiten 5%-Sperrklausel wird im übrigen auch dadurch bestätigt, dass in den anderen großen Mitgliedstaaten der Europäischen Union die eine 5%-Sperrklausel kennen, diese ebenfalls nur auf regionaler und nicht auf nationaler Ebene angewandt wird. Dies muss in einem Bundesstaat natürlich erst recht gelten.

Abschließend sei noch angemerkt, dass sich weder das BMI noch der Deutsche Bundestag zur Frage der Vereinbarkeit von § 2 Abs. 7 EuWG mit dem Föderalismus (genauso wenig übrigens wie zu der Frage von Alternativen Stimmen, der Frage der europaweiten Kandidatur von Gruppierungen u.a.m.) überhaupt geäußert haben. Dieser Punkt scheint (wie andere auch) bei deren schematischer Behandlung ähnlicher Einsprüche gegen die 5%-Sperrklausel bei der Europawahl 2009 schlicht durch das Raster gefallen zu sein, was deutliche Rückschlüsse auf die Sorgfalt der Behandlung der Einsprüche zulässt, für die das Parlament dennoch insgesamt mehr als ein Jahr benötigte. Ein Jahr während dessen die Parteikollegen der Abgeordneten die zu Unrecht im Europäischen Parlament sitzen dort Politik machen und Bezüge beziehen konnten.

## B. Zur Notwendigkeit einer Wiederholungswahl

§ 2 Absatz 7 EuWG ist wie gezeigt verfassungswidrig und daher nichtig. Diese Norm hätte also bei der Ermittlung der Mandatsverteilung für die Europawahl 2009 für Deutschland keine Anwendung finden dürfen. Die Nichtanwendung der Norm hätte schon rein mathematisch zu einer anderen Sitzverteilung als der jetzt vorgenommenen geführt. Dies ist aus nachfolgender Tabelle (eigene Berechnungen) ersichtlich:

Partei	Sitze ohne 5% Hürde	Sitze mit 5% Hürde	Differenz
CDU	32	34	-2
SPD	21	23	-2
GRÜNE	12	14	-2
CSU	7	8	-1
DIE LINKE	8	8	0
FDP	11	12	-1
REP	1	0	1
Die Tierschutzpartei	1	0	1
Familie	1	0	1
ÖDP	1	0	1
FW Freie Wähler	2	0	2
PIRATEN	1	0	1
RENTNER	1	0	1

Demnach wäre mindestens eine Neuberechnung und Neuverteilung der Sitze notwendig.

Dies hätte zur Folge, dass folgenden Abgeordneten ihre Sitze im Europäischen Parlament aberkannt werden müssten: CDU: Herbert Reul, Platz 9 der nordrhein-westfälischen Landesliste, und Birgit Schnieper-Jastram, Platz 1 der Hamburger Landesliste; SPD: Constanze Krehl und Norbert Neusel, Platz 22 und 23 der Bundesliste; Grüne: Elisabeth Schrödter und Gerald Häfner, Listenplätze 13 und 14 der Bundesliste; FDP: Britta Reimers, Platz 12 der Bundesliste; CSU: Martin Kastler, Platz 8 der Landesliste Bayern.

Statt ihrer wären dann als Abgeordnete ins Europäische Parlament gewählt: REP: Ursula Winkelsett, Platz 1 der Bundesliste; Die Tierschutzpartei: Stefan Bernhard Eck, Platz 1 der Bundesliste; Familie: Arne Gericke, Platz 1 der Bundesliste, ÖDP: Prof. Dr. Klaus Buchner, Platz 1 der Bundesliste; FW Freie Wähler: Dr. Gabriele Maud Pauli und Armin Grein, Plätze 1 und 2 der Bundesliste; PIRATEN: Andreas Popp, Platz 1 der Bundesliste; RENTNER: Dieter Balck, Platz 1 der Ersatz-Bundesliste. Zugleich wäre mindestens die Nichtanwendung der 5 %-Sperrklausel bei der nächsten Europawahl sicherzustellen.

Diese Mindestmaßnahmen sind aber letztlich nicht ausreichend. Es ist allgemein anerkannt, dass Wähler sich bei ihrer Entscheidung, eine Partei oder Gruppierung zu wählen, auch davon leiten lassen, ob ihre eigentliche Wahlpräferenz eine Chance hat, die Sperrklausel zu überspringen, also davon, wie sie die Chance der Erfolgswirksamkeit ihrer Stimme prognostisch beurteilen. Dies zeigt sich auch daran, dass Parteien das Argument keine Stimme zu verschenken regelmäßig in Wahlkämpfen thematisieren. Dieser Faktor führt bei einem Wahlrecht mit Sperrklausel zu einer Verzerrung zwischen Wahlpräferenzen und Wahlergebnis zu Gunsten der etablierten Parteien und außerdem zu einer sinkenden Wahlbeteiligung, da einige potentielle Wähler kleiner Parteien angesichts der Aussichtslosigkeit die 5%-Sperrklausel zu überwinden gleich zu Hause bleiben. Zumindest kann ein solcher Einfluss und damit nicht ausgeschlossen werden, dass die jeweilige Anzahl der auf die einzelnen Parteien abgegebenen Stimmen und damit auch die Mandatsverteilung gänzlich anders gewesen wäre, wenn die Nichtigkeit von § 2 Absatz 7 EuWG bereits vor der Europawahl 2009 festgestellt worden wäre.

Dieser entscheidende Effekt kann durch eine bloße Neuverteilung der Sitze auf der Basis des bisherigen Stimmergebnisses nicht korrigiert werden. Gleichzeitig ist dieser Effekt der Nichtwähler und Wähler gleichermaßen betrifft, dem Wahlvolk auch - z.T. aus eigener Abwägungs-Erfahrung - so bekannt, dass dieses seine Nichtberücksichtigung und den Verzicht auf die gebotene Wiederholungswahl in großen Teilen als unerträglichen Verstoß gegen das Demokratieprinzip empfinden dürften.

Die Wahl ist somit für ungültig zu erklären. Als Übergangs-Sofortmaßnahme sind ggfls. die oben genannten acht Abgeordneten auszutauschen. Sodann ist die Wahl gemäß §§ 26 Absatz 2 EuWG, 1 Absatz 2 WahlPrG für ungültig zu erklären und eine Wiederholungswahl aller deutschen Abgeordneten zum 7. Europäischen Parlament gemäß §§ 4 EuWG, 44 BWG durchzuführen, wobei die anderen Abgeordneten des Europäischen Parlaments ihr Mandat bis zur Wiederholungswahl vorläufig weiter ausüben könnten.

Der Notwendigkeit einer Wiederholungswahl kann vorliegend auch die Entscheidung BVerfGE 89, 243 <253> und der dort entwickelte Grundsatz des Bestandsschutzes der gewählten Volksvertretungen nicht entgegen gehalten werden. Zum einen wäre das Europaparlament ja auch unter vorläufiger Ersetzung der acht oben genannten Deutschen Abgeordneten weiterhin handlungsfähig, also in seinem Bestand nicht gefährdet. Zum anderen liegt hier ein tief im Wahlrecht selbst begründeter erheblicher Eingriff in den Gesamtcharakter der Wahl vor, während

es in jener Entscheidung um das Verhalten einzelner Wahlbewerber ging. Im Sinne von BVerfGE 89, 243 <254> wird vorliegender Einspruch ja gerade auf „Wahlfehler gestützt ..., die auf die Sitzverteilung von Einfluss sind oder sein können (vgl. BVerfGE 4, 370 <Leitsatz>; 85, 148 <158 f.>)“ und dabei handelt es sich hier „nicht nur um eine theoretische Möglichkeit“ sondern um “eine nach der allgemeinen Lebenserfahrung konkrete und nicht ganz fern liegende“.

Auch sind vorliegend 8 von 99 also mindestens 8,1% der vergebenen Mandate unmittelbar betroffen. Anders als im Falle der Überhangmandatsproblematik bei der Bundestagswahl (vgl. BVerfG – 2 BvC 1/07 und 2 BvC 7/07) liegt hier also ein sehr gewichtiger Wahlfehler vor, der im übrigen auch äußerst einfach durch die Aufhebung und Nichtanwendung von § 2 Abs. 7 EuWG ohne Auswirkungen auf das Wahlrecht im übrigen korrigiert werden kann. Die Wahlrechtsänderungsfähigkeit des Bundestages bleibt ebenfalls unberührt.

Die Lasten einer Wiederholungswahl erschöpfen sich demgegenüber in deren finanziellen Kosten. Dies allein darf aber kein entscheidender Gesichtspunkt sein, wenn es andererseits darum geht, demokratischen und föderalen Grundprinzipien unserer Verfassung und dem Primat des Rechts Geltung zu verschaffen.

Die Anordnung der Durchführung einer Wiederholungswahl der Deutschen Abgeordneten zum 7. Europäischen Parlament ist somit geboten.

**Die vorliegende Wahlprüfungsbeschwerde ist demnach in allen Punkten begründet.**

Köln, den 2. September 2010

---

(Guido Strack)

Anmerkungen:

Für den Fall der geplanten Anberaumung einer mündlichen Verhandlung bitte ich mir die Möglichkeit zur nachträglichen Bestellung eines Bevollmächtigten einzuräumen.

Ich behalte mir vor weitere Beitrittserklärungen, die bis zum Fristablauf eingehen, noch nachzureichen.

Anlagen:

Anlage 1: Einspruch des Beschwerdeführers vom 31. Juli 2009  
(Seite 23 – 32)

Anlage 2: Schreiben des Bundestagspräsidenten bzgl. der Zurückweisung des Einspruchs  
(Seite 33)

Anlage 3: Beitrittserklärungen zur vorliegenden Wahlprüfungsbeschwerde  
(Seite 34 - 95)

Anlage 4: Weitere Beitrittserklärungen zu dieser und einer weiteren Wahlprüfungsbeschwerde  
(Seite-96 – 126)