

## Grundkurs Öffentliches Recht I

Freitag, den 26. Oktober 2001

### I. Wahlen

Wichtiger als die Abstimmungen sind die Wahlen. Wahlen sind Entscheidungen über Personalfragen. Ihnen wende ich mich jetzt zu. Wahlen werden nicht nur in Art. 20 II 2 GG kurz erwähnt. Zu dieser Grundsatzbestimmung gibt es konkretisierende Regelungen. Deren wichtigste ist Art. 38 GG. Dort sind in Abs. 1 Satz 1 die Wahlrechtsgrundsätze aufgeführt. Die Einhaltung dieser Wahlrechtsgrundsätze ist Bedingung dafür, dass die Wahlen dem Bundestag demokratische Legitimation vermitteln können. Das Grundgesetz kennt fünf Wahlrechtsgrundsätze: die Allgemeinheit, die Freiheit, die Gleichheit, die Unmittelbarkeit und die Geheimheit der Wahl. Art. 38 I 1 GG gilt dabei nur für die Wahlen zum Deutschen Bundestag. Für die Wahlen zu den Volksvertretungen in den Ländern und in den Gemeinden gelten die Wahlrechtsgrundsätze über Art. 28 I 2 GG entsprechend. Art. 28 I GG haben wir inzwischen mehrfach kennengelernt. Die Vorschrift soll einen Gleichklang zwischen dem Verfassungsrecht des Bundes und dem Verfassungsrecht der einzelnen Bundesländer im Grundsätzlichen herbeiführen. Man nennt sie deshalb Homogenitätsklausel.

Von den fünf Wahlrechtsgrundsätzen sind ist einer besonders wichtig. Dies ist die Gleichheit der Wahl. Sie werde ich anhand von Fällen ausführlicher darstellen. Vorab soll kurz definiert werden, was Allgemeinheit, Freiheit, Unmittelbarkeit und Geheimheit der Wahl bedeuten. Allgemeinheit der Wahl heißt, dass das Wahlrecht grundsätzlich allen Deutschen zusteht; Allgemeinheit ist der Verband der Deutschen im Sinne des Grundgesetzes (Art. 116 GG). Die Altersgrenzen des Wahlrechts als Einschränkung dieser Allgemeinheit ergeben sich aus Art. 38 II GG. Freiheit der Wahl bedeutet, dass der Akt der Stimmabgabe frei von äußerer Einwirkung ist. Freiheit der Wahl bedeutet weiterhin den Schutz vor Maßnahmen, die vor und nach der Stimmabgabe geeignet sind, die Entscheidungsfreiheit ernstlich zu beeinträchtigen. Es ist z.B. auf den Grundsatz der Freiheit der Wahl zurückzuführen, dass Wahlprognosen erst nach Schließung der Wahllokale bekannt gegeben werden dürfen. Unmittelbar sind Wahlen dann, wenn die Zusammensetzung des Parlamentes sich aus der Entscheidung der Wähler und der Wahlannahme der Gewählten ohne dazwischen geschaltete Instanz ergibt. Unmittelbarkeit der Wahl schließt jedes Wahlverfahren aus, bei dem zwischen Wähler und Wahlbewerber nach der Wahlhandlung eine Instanz eingeschaltet ist, die nach ihrem Ermessen den Gewählten auswählt. Geheim ist die Wahl, wenn gewährleistet ist, dass die Stimmabgabe keinem anderen bekannt wird; der Grundsatz der Geheimheit der Wahl begründet für den einzelnen ein Recht, aber auch eine Pflicht.

Bei der Gleichheit der Wahl ist zwischen dem aktiven und dem passiven Wahlrecht zu unterscheiden. Das aktive Wahlrecht ist das Recht zu wählen, das passive Wahlrecht das Recht, gewählt zu werden. Für das passive Wahlrecht bedeutet die Wahlrechtsgleichheit die Chancengleichheit aller Wahlbewerber und aller politischen Parteien. Für das aktive Wahlrecht bedeutet die Gleichheit der Wahl zweierlei: Zählwertgleichheit und Erfolgswertgleichheit der Stimmen. Zählwertgleichheit bedeutet, dass bei der Ermittlung des Wahlergebnisses jede Stimme gleich viel zählt. Sie wäre verletzt, wenn etwa die Stimmen reicher Wähler oder die Stimmen von Wählern mit Kindern mehr zählten als die Stimmen anderer Wähler. Erfolgswertgleichheit bedeutet, dass die Stimme jedes Wählers bei der Umrechnung des Wahlergebnisses in Parlamentssitze in gleicher Weise berücksichtigt wird. Im Sinne dieser Definition ist die 5%-Klausel eine Einschränkung der Erfolgswertgleichheit, nicht der Zählwertgleichheit der Stimme. Die 5%-Klausel ändert nichts daran, dass die Stimmen, die auf Parteien abgegeben worden sind, die an dieser Klausel scheitern, ebensoviel zählen wie andere Stimmen. Sie bewirkt aber, dass diese Stimmen nicht den gleichen Erfolgswert haben, weil sie sich auf die Zusammensetzung des Parlamentes nicht

auswirken. Während das Gebot der Zählwertgleichheit der Stimme ausnahmslos gilt, lässt das BVerfG beim Gebot der Erfolgswertgleichheit Ausnahmen zu, wenn besondere Gründe dies rechtfertigen.

Bei der Darstellung des Wahlrechts werde ich im weiteren in vier Abschnitten vorgehen. Ich werde als erstes näher auf die Chancengleichheit der politischen Parteien und damit auf die passive Wahlrechtsgleichheit eingehen und Ihnen dazu die Entscheidung des BVerfG zur Öffentlichkeitsarbeit der Regierung vorstellen. Zweitens werde ich die Rechtsprechung des BVerfG zur 5%-Klausel vorstellen und damit zum Grundsatz der Erfolgswertgleichheit der Stimme. Als drittes ist das Wahlsystem vorzustellen, also das Zusammenwirken von Erst- und Zweitstimme, von Landeslisten und verbundenen Landeslisten gemäß den §§ 1 bis 7 BWahlG. Auf dieser Grundlage werden schließlich viertens die beiden Entscheidungen des BVerfG vom 10. April 1997 zu den Überhangmandaten und zur Grundmandatsklausel vorgestellt.

## II. Die Entscheidung zur Öffentlichkeitsarbeit der Regierung (E 44, 125, 138 bis 167)

**Sachverhalt:** In den letzten sechs Monaten vor einer Bundestagswahl stellt die Bundesregierung in großem Umfang ihre Arbeit in Anzeigenserien, Faltblättern und sonstigen Publikationen dar. Dabei überwiegt eindeutig der werbende den informativen Gehalt. Die Anzeigen enden jeweils mit den Sätzen: "Die Zwischenbilanz zeigt: Wir sind auf dem richtigen Weg. Leistung verdient Vertrauen. Wir sichern die Zukunft." Hiergegen wenden sich die Oppositionsparteien. Sie meinen, das Verhalten der Bundesregierung verstoße gegen den Grundsatz der Chancengleichheit der politischen Parteien bei Bundestagswahlen.

**Lösung:** Das BVerfG hat sich dem angeschlossen. Seine Entscheidung beruht auf der Unterscheidung zwischen zulässiger Öffentlichkeitsarbeit und unzulässiger Wahlwerbung der Regierung.

Öffentlichkeitsarbeit der Regierung sei nicht nur zulässig, sondern notwendig. Sie diene dem Zweck, das Verständnis zwischen Regierenden und Regierten zu fördern, indem der Öffentlichkeit die Politik, die Maßnahmen und Vorhaben der Regierung sowie die künftig zu lösenden Fragen dargelegt und erläutert werden. Nur so sei der Bürger in der Lage, verantwortlich an der politischen Willensbildung teilzunehmen. Ein Beispiel für zulässige Öffentlichkeitsarbeit sind die Informationskampagnen der Bundesregierung vor der Einführung des Euro.

Wahlwerbung ist der Regierung dagegen verboten. Sie verstoße, so das BVerfG, gegen den Grundsatz der Chancengleichheit der politischen Parteien, der sich allgemein aus Art. 21 I GG und speziell im Wahlkampf aus Art. 38 I 1 GG ergebe. In Art. 21 I GG ist von Gleichheit der politischen Parteien zwar nicht ausdrücklich die Rede. Die Vorschrift gewährleistet die Freiheit ihrer Gründung und, darin enthalten, ihrer Betätigung. Da diese Freiheit allen Parteien in gleicher Weise gewährleistet wird, folgt daraus für den Staat, dass er alle politischen Parteien gleich zu behandeln hat und dass alle politischen Parteien insbesondere im Wahlkampf die gleichen Chancen haben müssen. Die demokratische Mehrheitsherrschaft lasse sich nur rechtfertigen, wenn die Minderheit von heute die Chance behalte, die Mehrheit von morgen zu werden. Dies setze voraus, dass die Wahlentscheidung in voller Freiheit gefällt werden könne. Dies wiederum erfordere, dass die Parteien nicht nur beim Wahlvorgang selbst, sondern auch im Wahlkampf, der ihm vorausgeht, gleiche Chancen haben.

Wahlwerbung der Regierung verstoße weiterhin gegen Art. 20 II 1 GG. Im Wahlkampf muss sich die Willensbildung vom Volk zu den Staatsorganen hin vollziehen, nicht umgekehrt von den Staatsorganen zum Volk. Zwar gehen von jedem Verhalten der Staatsorgane Wirkungen auf den Wähler

aus. Den Staatsorganen seien aber Maßnahmen untersagt, die gezielt der Wahlwerbung dienen. Der vom Grundgesetz verfasste Staat werde vom ganzen Volk getragen, nicht allein von den jeweils regierenden Mehrheiten und den hinter ihnen stehenden politischen Kräften.

Damit entsteht das schwierige Problem, zulässige Öffentlichkeitsarbeit und unzulässige Wahlwerbung voneinander abzugrenzen. Das BVerfG geht nicht so weit, in der Wahlkampfphase Öffentlichkeitsarbeit zu verbieten. In dieser Phase unterliege die Regierung aber einem Gebot zu besonderer Zurückhaltung. Sie müsse schon den Eindruck einer werbenden Einflussnahme zugunsten einzelner Parteien ebenso wie willkürliche, ungerechtfertigt herabsetzende und polemische Äußerungen über die Oppositionsparteien vermeiden. Wann diese Grenze überschritten ist, lässt sich nicht allgemeingültig sagen. Es kommt auf Inhalt und Form der einzelnen Veröffentlichungen an. Als Indiz kann gelten, ob die Veröffentlichungen der Regierung von den sie tragenden Parteien zu Wahlkampfzwecken verwendet werden *können*. Die Grenze des Zulässigen ist in jedem Fall überschritten, wenn Informationsmaterial der Regierung von den sie tragenden Parteien im Wahlkampf tatsächlich verwendet wird.

Von der Öffentlichkeitsarbeit, die in der Herausgabe von schriftlichem Informationsmaterial besteht, unterscheidet das BVerfG mündliche Äußerungen von Regierungsmitgliedern in Rundfunk, Fernsehen und Presse. Diese seien auch im Wahlkampf zulässig, weil die Rollen von Partei- und von Regierungsmitgliedern nicht klar getrennt werden können. Ein vergleichbares Abgrenzungsproblem besteht zwischen der Öffentlichkeitsarbeit von Fraktionen und der Öffentlichkeitsarbeit von Parteien. Fraktionen sind Teil der organisierten Staatlichkeit und darin den Regierungen vergleichbar und von den Parteien abzugrenzen, die staatsfrei sind. Die Aussage, Fraktionsgelder, die für Öffentlichkeitsarbeit verwendet werden, dürften nicht gleichzeitig Parteizwecken dienen, hört sich in der Theorie noch gut an, lässt sich aber praktisch kaum verwirklichen, weil zwischen Partei- und Fraktionszwecken Überschneidungen bestehen.

Dies zusammenfassend ist zu sagen, dass Gleichheit der Wahl für die Wahlbewerber und die politischen Parteien Chancengleichheit beim Wahlakt und im Wahlkampf bedeutet. Der Grundsatz der Chancengleichheit der Parteien folgt nicht nur aus Art. 21 I und 38 I 1 GG, sondern auch einfachgesetzlich aus § 5 PartG. Dort sind zwei wichtige Anwendungsfälle, das Zurverfügungstellen von Einrichtungen und die Gewährung von sonstigen Leistungen, geregelt. § 5 PartG betrifft z.B. die Einräumung von Sendezeiten für politische Parteien zu Wahlkampfzwecken oder die Vermietung von Räumen für Wahlkampfveranstaltungen politischer Parteien.

### **III. Die 5-%-Klausel (BVerfGE 6, 84, 89 - 95)**

Die 5-%-Klausel betrifft nicht nur die Chancengleichheit der politischen Parteien, indem sie Parteien, die unterhalb des Grenzwerts bleiben, den Zugang zum Parlament verwehrt, anderen aber nicht. Die 5-%-Klausel betrifft auch die aktive Wahlrechtsgleichheit, indem sie den Stimmen den Erfolgswert nimmt, die solchen Parteien gegeben werden, die an dieser Klausel scheitern. Welchen Inhalt und welche Bedeutung die Wahlrechtsgleichheit für das aktive Wahlrecht hat, lässt sich am besten an der Rechtsprechung des BVerfG zur 5-%-Klausel verdeutlichen.

Deren Grundlage ist § 6 VI 1, 1. Halbsatz BWG. Bei der Verteilung der Sitze auf die Landeslisten werden nur Parteien berücksichtigt, die mindestens 5 v.H. der im Wahlgebiet abgegebenen gültigen Zweitstimmen erhalten haben. Wahlgebiet ist gemäß § 2 I BWG das Bundesgebiet. Der CSU nützt es deshalb bei Bundestagswahlen noch nichts, wenn sie in Bayern mehr als 5 % der Stimmen errungen hat; maßgebend ist vielmehr, wieviel Prozent die von der CSU in Bayern errungenen Zweitstimmen bundesweit ausmachen; derzeit liegt die CSU bei gut 7 Prozent; sie ist nach PDS und

F.D.P. die Partei, die von der 5-%-Klausel am meisten gefährdet ist.

Die grundlegende Entscheidung des BVerfG zur 5-%-Klausel ist eine Antwort auf die Frage, ob § 6 VI 1, 1. Halbsatz BWG mit der Wahlrechtsgleichheit gemäß Art. 38 I 1 GG vereinbar ist. Sie stammt vom 23. Januar 1957, ist abgedruckt in BVerfGE 6, 84 und entspricht nach wie vor der Ansicht des Gerichts.

Bei der Subsumtion unter Art. 38 I 1 GG geht es um zwei Fragen: erstens darum, ob eine Ungleichbehandlung bei der Ausübung des Wahlrechts vorliegt, und zweitens darum, ob diese Ungleichbehandlung sich rechtfertigen lässt, so dass ein Verfassungsverstoß im Ergebnis nicht vorliegt. Die zweite Frage erschließt sich nicht unmittelbar aus dem Wortlaut von Art. 38 I 1 GG. Legt man diesen zugrunde, so muss man zu dem Ergebnis kommen, dass jede Ungleichbehandlung verfassungswidrig ist. Im Verfassungsrecht ist es aber häufig so, dass Regeln durch Ausnahmen wieder eingeschränkt werden, die der Regel nicht ausdrücklich beigefügt sind. Dies ist unvermeidbar, da die Verfassung aus relativ wenigen ausdrücklichen Regelungen besteht. Vergleichen Sie nur das Grundgesetz mit dem Allgemeinen Teil des BGB. Für dessen Regelung benötigt der Gesetzgeber 240 Paragraphen, für die kompliziertere und wichtigere Regelung der Verfassungsordnung unseres Staates sollen dagegen ca. 150 Artikel genügen. Das ist nur möglich, wenn jeder dieser Artikel sehr inhaltsreich ist und wenn die Ausnahmen zu den einzelnen Regeln nicht alle ausdrücklich aufgeführt werden, sondern aus dem Verfassungsganzen zu erschließen sind. Den Inhaltsreichtum von Verfassungsaussagen haben wir an Art. 20 II GG bereits kennengelernt. Dort sind niedergelegt: der Grundsatz der Volkssouveränität, der Grundsatz der repräsentativen Demokratie, das Gewaltenteilungsprinzip, das Erfordernis der demokratischen Legitimation, das Verbot einer Willensbildung vom Staat zum Volke.

Das BVerfG beginnt seine Ausführungen mit der Unterscheidung von Zählwertgleichheit und Erfolgswertgleichheit. Zählwertgleichheit bedeutet, dass jede gültige Stimme gleich gezählt wird. Hieran ändert die 5-%-Klausel nichts. Im Gegenteil: Sie setzt Zählwertgleichheit voraus. Denn ob eine Partei an der 5-%-Hürde scheitert, kann nur festgestellt werden, nachdem alle Stimmen ordnungsgemäß ausgezählt worden sind.

In einem Verhältniswahlssystem erschöpft der Grundsatz der Gleichheit der Wahl sich aber nicht in der bloßen Zählwertgleichheit. Verhältniswahlssystem bedeutet, dass die Parlamentssitze den Parteien im Verhältnis ihrer Wahlergebnisse zugeteilt werden. Auf die einzelne Stimme bezogen bedeutet Verhältniswahlssystem, dass jede Stimme einen, wenn auch verhältnismäßig geringen Einfluss auf die Zusammensetzung des Parlamentes hat. Jede Stimme soll also einen politischen Erfolg haben. Dies unterscheidet das Verhältniswahlssystem gerade vom Mehrheitswahlssystem, in dem es um Wahlvorschläge in Wahlkreisen geht, in dem nur in das Parlament gelangt, wer in einem Wahlkreis die Mehrheit erhält, und in dem die Stimmen, die in einem Wahlkreis nicht die Mehrheit begründen, für das Wahlergebnis irrelevant sind. Art. 38 III GG stellt es dem Gesetzgeber frei, sich für ein Verhältniswahlssystem oder für ein Mehrheitswahlssystem zu entscheiden. Der Gesetzgeber hat sich im BWG für ein Wahlsystem entschieden, das grundsätzlich die Züge des Verhältniswahlsystems trägt. Dadurch hat der Gesetzgeber sich zugleich der spezifischen Ausprägung unterworfen, welche die Wahlrechtsgleichheit unter dem Verhältniswahlssystem erfährt. Diese Ausprägung wird verfassungsrechtlich mit dem Begriff der Erfolgswertgleichheit bezeichnet. Soweit das geltende Bundestagswahlrecht ein Verhältniswahlrecht ist, und das trifft auf die Zweitstimme zu, bedeutet Wahlrechtsgleichheit nicht nur Zählwertgleichheit, sondern auch Erfolgswertgleichheit ist. Soweit im geltenden Bundestagswahlrecht dagegen nach den Regeln der Mehrheitswahl gewählt wird, und das trifft auf die Erststimme zu, mit der ein Wahlkreisbewerber gewählt wird, gilt der Grundsatz der Erfolgswertgleichheit der Stimmen nicht und kann er nicht gelten. Insoweit bedeutet

Wahlrechtsgleichheit vielmehr Zählwertgleichheit plus annähernd gleiche Größe der Wahlkreise.

Die 5%-Klausel gehört zu den verhältnismäßigrechtlichen Bestandteilen des Wahlrechts. Neben der Zählwertgleichheit ist darum die Erfolgswertgleichheit zu prüfen. Erfolgswertgleichheit liegt vor, wenn jede Stimme den gleichen Einfluss auf die politische Zusammensetzung des Parlamentes hat. Die 5%-Klausel stellt eine Abweichung von diesem Gebot dar. Denn sie bewirkt, dass die Stimmen keinen Erfolgswert haben, die auf Parteien abgegeben werden, die weniger als 5 % erzielen. Die 5%-Klausel ist damit eine Einschränkung des Grundsatzes der Gleichheit der Wahl gemäß Art. 38 I 1 GG.

Damit ist die Prüfung aber noch nicht beendet. Nur bei der Zählwertgleichheit wäre die Feststellung einer Ungleichbehandlung identisch mit dem Verdikt der Verfassungswidrigkeit. Bei der Erfolgswertgleichheit muss zusätzlich gefragt werden, ob die Ungleichbehandlung sich verfassungsrechtlich rechtfertigen lässt. Unter der doppelten Bedingung, dass eine Ungleichbehandlung vorliegt und dass diese sich nicht rechtfertigen lässt, liegt ein Verfassungsverstoß vor.

Da die Erfolgswertgleichheit verfassungsrechtlich gewährleistet ist, müssen auch mögliche Ausnahmen sich aus der Verfassung, dem Grundgesetz selbst herleiten lassen. Zur Rechtfertigung der 5%-Klausel führt das BVerfG Erwägungen an, die ihrerseits Verfassungsrang haben. "Die Wahl hat aber nicht nur das Ziel, den politischen Willen der Wähler als einzelner zur Geltung zu bringen, also eine Volksrepräsentation zu schaffen, die ein Spiegelbild der im Volk vorhandenen politischen Meinungen darstellt, sondern sie soll auch ein Parlament als funktionsfähiges Staatsorgan hervorbringen. Würde der Grundsatz der getreuen verhältnismäßigen Abbildung der politischen Meinungsschichtung im Volk bis zur letzten Konsequenz durchgeführt, so könnte sich eine Aufspaltung der Volksvertretung in viele kleine Gruppen ergeben, die die Mehrheitsbildung erschweren oder verhindern würde. Große Parteien erleichtern die Zusammenarbeit innerhalb des Parlamentes, weil sie in sich bereits einen Ausgleich zwischen verschiedenen Volkskreisen und deren Anliegen vollziehen. ... Klare und ihrer Verantwortung bewusste Mehrheiten im Parlament sind (aber) für die Bildung einer nach innen und außen aktionsfähigen Regierung und zur Bewältigung der sachlichen gesetzgeberischen Arbeit erforderlich.

Das BVerfG begründet mit den Erfordernissen der Arbeitsfähigkeit des Parlaments und stabiler Mehrheiten eine Ermächtigung des Gesetzgebers zur Einschränkung der Erfolgswertgleichheit der Stimme. Der Gesetzgeber dürfe Differenzierungen in dem Erfolgswert der Stimmen bei der Verhältniswahl vornehmen, soweit dies zur Sicherung des Charakters der Wahl als eines Integrationsvorganges bei der politischen Willensbildung des Volkes und zur Sicherung der mit der Parlamentswahl verfolgten staatspolitischen Ziele unbedingt erforderlich sei. Von dieser Ermächtigung hat der Gesetzgeber mit der 5%-Klausel Gebrauch gemacht. Die Sperrklausel dient dem Zweck, das Aufkommen von Splitterparteien zu verhindern.

Fraglich ist weiter, ob der Gesetzgeber zu weit gegangen ist, indem er das Quorum gerade bei 5 % angesiedelt hat. Diese Frage lässt sich aus der Verfassung nicht abschließend beantworten, weil das Grundgesetz keine Zahlenangaben hierzu enthält. Das BVerfG muss deshalb dem Gesetzgeber ein Ermessen einräumen und sich darauf beschränken, die Einhaltung der Grenzen dieses Ermessens zu überprüfen. Dazu stellt das Gericht fest, dass der Wert von 5 % nicht zu hoch gegriffen sei und sich kein anderer Wert finden lasse, der mit besseren Argumenten aus der Verfassung zu begründen sei. Höher als bei 5 % dürfe die Sperrklausel aber nicht angesetzt werden. Der Gesetzgeber müsse keine 5%-Klausel einführen; er könne auch unter den Wert von 5 % gehen; es stehe ihm weiter frei, ob er die Sperrklausel auf das Wahlgebiet, auf einzelne Bundesländer oder auf einzelne

Wahlkreise beziehe. Seit den einschlägigen Entscheidungen des BVerfG aus den 50er Jahren hat der Grenzwert von 5 v.H. sich eingebürgert. Er ist von den Landesgesetzgebern bei der Regelung des Landes- und des Kommunalwahlrechts und vom Bundesgesetzgeber für die Regelung der Europawahl übernommen worden. Er gilt heute als gemeindeutsches Verfassungsrecht.

Als Ergebnis ist festzuhalten. (1) Die 5%-Klausel ist eine Einschränkung der in Art. 38 I 1 GG geforderten Wahlrechtsgleichheit in der Ausgestaltung als Erfolgswertgleichheit. (2) Die Erfolgswertgleichheit gilt nicht uneingeschränkt. Der Gesetzgeber darf Abweichungen aus zwingenden Gründen vorsehen. Zwingend sind Gründe, die aus der Verfassung selbst abgeleitet werden können. (3) Die 5%-Sperrklausel ist eine zulässige Ausnahme vom Grundsatz der Erfolgswertgleichheit der Stimme und damit von Art. 38 I 1 GG, weil sie stabile parlamentarische Mehrheiten und damit die verfassungsrechtlich vorausgesetzte Arbeitsfähigkeit des Parlaments sichert.

Die Rechtsprechung des BVerfG würde man freilich missverstehen, wenn man von der generellen Zulässigkeit einer 5%-Klausel ausgeht. Das BVerfG hat immer wieder betont, dass die Verfassungsmäßigkeit von wahlrechtlichen Regelungen aus ihrem politischen Kontext heraus zu beurteilen sei, der sich ändern könne. Ein anderer politischer Kontext lag zwei weiteren Entscheidungen des BVerfG zur 5%-Klausel zugrunde. Die eine betrifft deren Anwendung bei den Wahlen zum Europäischen Parlament, die andere ihre Anwendung bei der ersten gesamtdeutschen Wahl.

In der Entscheidung zur Europawahl (E 51, 222) geht es um zwei Fragen. Erstens: Ist das Postulat der Funktionstüchtigkeit auf ein Gremium übertragbar, das geringere Entscheidungsbefugnisse besitzt als der Bundestag, das insbesondere keine Regierung wählt? Zweitens: Verfehlt die 5%-Klausel ihren Zweck nicht deshalb, weil sie in anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften nicht gilt? Im Ergebnis kommt das BVerfG zur Zulässigkeit der Sperrklausel auch bei der Europawahl. Zwar lassen sich die Kompetenzausstattung von Europäischem Parlament und Bundestag 1979 nur bedingt vergleichen, doch erfordere die Wahrnehmung seiner Aufgaben und Befugnisse ein funktionsfähiges Organ. Seine Funktionstüchtigkeit werde gestärkt, wenn der größte Mitgliedstaat eine Sperrklausel vorsehe, auch wenn dies nicht in allen Mitgliedstaaten der Fall sei. Diese 1979 getroffene Entscheidung kann man in der Rückschau nur als richtig bezeichnen, weil erstens die Kompetenzausstattung des Europäischen Parlamentes gewachsen und inzwischen mit derjenigen des Bundestages vergleichbar ist und weil zweitens Deutschland mit der 5%-Klausel nicht allein dasteht, sondern zahlreiche andere Mitgliedstaaten die Sperrklausel übernommen haben.

In der Entscheidung zur ersten gesamtdeutschen Wahl (E 82, 322) geht es um die Frage, ob der Gesetzgeber bei dieser Wahl die Sperrklausel ausnahmsweise nicht auf das ganze Wahlgebiet, sondern auf die Teilwahlgebiete West und Ost hätte beziehen müssen. Wäre es bei der Regelung geblieben, dass 5 % der gültigen Zweitstimmen im gesamten Wahlgebiet errungen werden müssen, um die Sperrklausel zu überwinden, so hätte dies für die politischen Parteien in der DDR, die im Dezember 1990 nicht mit einer westdeutschen politischen Partei fusioniert haben, einen erheblichen Wettbewerbsnachteil bedeutet. Dies betrifft die Parteien Bündnis 90 und PDS. Angesichts der Kürze der Zeit hätten sie ihre Tätigkeit kaum nachhaltig über das Gebiet der früheren DDR ausweiten können. Sie hätten also nur einen Teil des Wahlgebietes zur Verfügung gehabt, um im gesamten Wahlgebiet 5 % der Zweitstimmen zu erringen. Dies wäre nur gelungen, wenn sie im Gebiet der früheren DDR jeweils ca. 24 % der Zweitstimmen bekommen hätten. Dies hat das BVerfG zu folgender Einschätzung veranlasst: "Die erste gesamtdeutsche Wahl des Deutschen Bundestages findet unter besonderen, so nicht wiederkehrenden Umständen statt, denen der Wahlgesetzgeber bei einer Sperrklausel Rechnung tragen muss. Sie unterscheidet sich von anderen Wahlen dadurch, dass die politischen Parteien und Vereinigung sich kurzfristig auf ein erweitertes

Wahlgebiet einstellen müssen, ein Teil von ihnen sich außerdem erst seit wenigen Monaten organisieren und politisch betätigen konnte. Dem müsse der Gesetzgeber Rechnung tragen, indem er die Sperrklausel auf die Wahlgebiete West und Ost beziehe. Von den neuen politischen Parteien im Ostteil Deutschlands dürfe nur verlangt werden, dass sie im Gebiet der früheren DDR 5 % der Zweitstimmen und mehr erzielen.

#### **IV. Das Wahlsystem des BWG**

Die Liste der Entscheidungen des BVerfG zum Wahlrecht könnte ich jetzt fortsetzen, indem ich auf die aktuellen Entscheidungen zu den Überhangmandaten und den Grundmandaten eingehe. Dies sollte ich jedoch aus Gründen der Verständlichkeit erst nach einem Zwischenschritt tun, in dem ich Ihnen das Wahlsystem erläutere. Das Grundgesetz unterscheidet zwischen den Wahlrechtsgrundsätzen und dem Wahlsystem. Die Wahlrechtsgrundsätze sind in Art. 38 I 1 GG selbst geregelt. Sie gelten für alle Wahlsysteme. Wahlsysteme sind das Verhältniswahlsystem und das Mehrheitswahlsystem oder Kombinationen daraus. Die Entscheidung für ein Wahlsystem hat das Grundgesetz nicht selbst getroffen. Es überlässt diese Entscheidung gemäß Art. 38 III GG dem einfachen Gesetzgeber. Gleiches gilt gemäß Art. 39 V VvB für das Berliner Verfassungsrecht.