

Hausarbeit im Öffentlichen Recht

Lösungshinweise

A. Zulässigkeit

- Abstrakte Normenkontrolle der C-Fraktion? (-)
 - Die Antragsberechtigung stellt auf das Quorum eines Viertels und nicht auf den Fraktionsstatus ab.
 - Zwar müssen die den Antrag stellenden Abgeordneten „als Einheit auftreten und identische Zwecke verfolgen“. Es bedarf aber einer Dokumentation des Antragswillens aller den Antrag stellenden Mitglieder (BVerfGE 68, 346 Rn. 7).
 - Diese kann dem Fraktionsantrag hier nicht ohne weiteres entnommen werden. Darüber hinaus wäre das Quorum auch ohnehin nicht erreicht.
- Verfassungsbeschwerde der U-Partei? (-)
 - Die Möglichkeit der Erhebung einer Verfassungsbeschwerde ist Parteien nicht per se verschlossen.
 - Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist es Parteien aber verwehrt, ihre Rechte im Wege einer Verfassungsbeschwerde zu verteidigen, soweit sie diese im Organstreitverfahren verfolgen können.
 - Dies ist dann der Fall, wenn sie eine Verletzung ihres verfassungsrechtlichen Status geltend machen. Hierzu gehört auch ihr Recht auf gleiche Behandlung im parlamentarischen Wahlverfahren.

Die Frage, ob politische Parteien die Verletzung ihres verfassungsrechtlichen Status (wie ihres Rechts auf Gleichbehandlung bei der rechtlichen Gestaltung des Wahlverfahrens bei Bundestagswahlen) allein im Organstreit (so zuvor der Zweite Senat) oder aber auch im Wege der Verfassungsbeschwerde (so zuvor der Erste Senat) geltend machen können, wurde bereits früh in einer divergenzauflösenden Entscheidung des Plenums (§ 16 Abs. 1 BVerfGG) geklärt. Das Plenum entschied sich für die Auffassung des Zweiten Senats (vgl. BVerfGE 4, 27):

*„Das Wahlrecht als subjektives öffentliches Recht ist ursprünglich ein Recht des einzelnen Bürgers. Seitdem die Wahlgesetze, der tatsächlichen Entwicklung Rechnung tragend, gewisse Befugnisse, namentlich das der Einreichung von Wahlvorschlägen, auch Wählervereinigungen eingeräumt haben, steht nichts entgegen, auch bei ihnen insoweit von einem Wahlrecht zu sprechen. Es ist dann nur folgerichtig, sie bei Verletzung dieses Rechts zur Verfassungsbeschwerde zuzulassen. Handelt es sich jedoch bei solchen Wählervereinigungen um politische Parteien, so wird entscheidend, **daß Art. 21 GG die Parteien zu notwendigen Bestandteilen des***

Verfassungsaufbaus macht. Daraus folgt, daß sie Funktionen eines Verfassungsorgans ausüben, wenn sie bei der politischen Willensbildung des Volkes mitwirken."

„Die Parteien nehmen dieses ihnen in Art. 21 GG garantierte Recht in erster Linie durch Beteiligung an den Parlamentswahlen wahr. **Wenn sie in diesem Bereich tätig werden und um die Rechte kämpfen, die sich aus dieser besonderen Funktion im Verfassungsleben ergeben, dann muß ihre "organschaftliche" Qualität auch die Form ihrer Teilnahme am verfassungsgerichtlichen Verfahren bestimmen: Sie können nur Beteiligte im Organstreit sein, die Verfassungsbeschwerde aber wäre für sie nach der Struktur des BVerfGG nicht das adäquate prozessuale Mittel.**“

Diese Rechtsprechung wird von einigen Seiten mit folgenden Argumenten kritisiert (vgl. dazu auch Dürig/Herzog/Scholz/Klein, 99. EL September 2022, GG Art. 21 Rn. 397 Fn. 321):

- Sofern (wie hier) ein Gesetz angegriffen wird, kann das Bundesverfassungsgericht nur im Verfassungsbeschwerdeverfahren die Nichtigkeit des verfahrensgegenständlichen Gesetzes anerkennen (§ 95 Abs. 3 S. 1 vs. § 67 S. 1 BVerfGG).
- Hieraus ergibt sich auch die etwas inkonsistente Lage, dass unter förmlichen Gesetzen stehende Normen, die mit dem Recht einer Partei auf Chancengleichheit im Widerspruch stehen sollen, im Verfassungsbeschwerdeverfahren überprüfbar sind (vgl. BVerfGE 6, 273), förmliche Gesetze hingegen nicht.
- Schließlich wird angeführt, dass die die Statthaftigkeit eines Organstreits begründende Argumentation ihren Charakter als „staatsfreie“ und im gesellschafts-politischen Bereich wurzelnde Verbände verkenne. Sie sei ein bloßes Relikt der Rechtsprechung des Weimarer Staatsgerichtshofs, da die WRV eben keine Verfassungsbeschwerdemöglichkeit vorsah (vgl. etwa Schlaich/Korioth BVerfG, Rn. 92).

- Wahlprüfungsbeschwerde nach Art. 41 Abs. 2 GG, § 48 BVerfGG? (-), zwar können auch iRe Wahlprüfungsbeschwerde Verstöße gegen Wahlrechtsgrundsätze geltend gemacht werden, jedoch kann in zeitlicher Hinsicht ein Wahlprüfungsverfahren erst nach der Wahl eingeleitet werden.
- In Betracht kommt daher allein ein Organstreitverfahren.

I. Zuständigkeit des BVerfG

Das BVerfG ist nach Art. 93 I Nr. 1 GG, §§ 13 Nr. 5, 63 ff. BVerfGG im Organstreitverfahren zuständig.

II. Parteifähigkeit, Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG, § 63 BVerfGG

1. Antragsteller

a. C-Fraktion

- In Art. 53a I GG und §§ 10-12 GOBT mit eigenen Rechten ausgestattet und damit „anderer Beteiligter“ (BVerfGE 2, 143; st. Rspr.)

b. Abgeordneter P

- Der einzelne Abgeordnete gehört nicht zu den in § 63 BVerfGG genannten möglichen Antragsstellern im Organstreit.

- Er ist auch nicht „Teil“ des Organs Bundestag: Dies setzt eine Mehrheit von Personen voraus, die sich zu seinem solchen Teil (des Bundestags) auf verfassungsrechtlicher Grundlage zusammengeschlossen haben oder deren Rechtstellung sich als solche aus GG, Bundesgesetz oder der Geschäftsordnung eines Bundesorgans ergibt.
- Aber: Durch Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG mit eigenen Rechten ausgestattet und damit „anderer Beteiligter“ iSd Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG

Genau genommen handelt es sich bei der Diskussion um die Wortlautdifferenzen zwischen Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG und dem einfach-gesetzlichen § 63 BVerfGG, die häufig im Rahmen der Parteifähigkeit diskutiert werden, um eine Frage der Prozessstandschaft. Soweit Abgeordnete Rechte aus ihrem verfassungsrechtlichen Status geltend machen, ist ihre verfassungsrechtliche Einordnung als „andere Beteiligte“ weitgehend unproblematisch und durch den Vorrang der verfassungsrechtlichen Regelung gesichert (eine verfassungskonforme Auslegung scheidet aufgrund des eindeutigen Wortlauts aus). Umstritten ist vielmehr, ob Abgeordnete als Teil des Bundestags dessen Rechte wahrnehmen können oder auf die Geltendmachung eigener Rechte beschränkt sind (das BVerfG nimmt Letzteres an, BVerfGE 117, 359)

Insofern kann diese Diskussion auch in der Antragsbefugnis erfolgen.

c. U-Partei

- Politische Parteien sind „andere Beteiligte“ iSd Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG, sofern sie um eigene Rechte streiten, die sich aus ihrem nach Art. 21 GG garantierten verfassungsrechtlichen Status ergeben.

2. Antragsgegner

- Der Bundestag ist nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG, § 63 BVerfGG tauglicher Antragsgegner.

III. Antragsgegenstand, Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG, § 64 Abs. 1 BVerfGG

- Gem. § 64 I BVerfGG jede rechtserhebliche Maßnahme oder Unterlassung des Antragsgegners
- Dies kann auch der Erlass eines Gesetzes (genau genommen der Gesetzgebungsakt und die Mitwirkung an dem Normsetzungsakt) sein („Maßnahme im Sinne des § 64 Abs. 1 BVerfGG kann nicht nur ein punktueller Einzelakt, sondern auch der Erlass eines Gesetzes (...) sein.“, BVerfGE 118, 277 Rn. 187).
- (P) Vorrangigkeit eines Normenkontrollverfahrens? (-), das Organstreitverfahren zielt gerade auf die Rüge des *Gesetzeserlasses* ab, wobei *Rechte des Antragsstellers* verletzt sein müssen.
- (P) Maßnahme des *Antragsgegners*? Der Gesetzgebungsbeschluss ist nicht etwa den zustimmenden Abgeordneten oder der C-Fraktion, sondern dem Bundestag insgesamt zuzurechnen. Dies gilt auch dann, wenn er nicht einstimmig ergangen ist.

Da die Norm selbst nicht Streitgegenstand ist und eine Normenkontrolle nur akzidentuell erfolgt, hat eine Entscheidung im Organstreit keine unmittelbar rechtsgestaltende Wirkung (s. auch unten). Dieser Unterschied zu einer prinzipialen Rechtssatzkontrolle sollte auch begrifflich bei der Benennung des Antragsgegenstands deutlich werden.

IV. Antragsbefugnis, Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG, § 64 Abs. 1 BVerfGG

Die Antragsstellenden müssten geltend machen, durch die Maßnahme des Antragsgegners in ihren verfassungsrechtlichen Rechten verletzt oder gefährdet zu sein, § 64 Abs. 1 BVerfGG. Eine solche Verletzung muss zumindest möglich erscheinen.

1. Abgeordneter P

- Abgeordnetenstatus und damit auch Abgeordnetenrechte sind auf die jeweilige Wahlperiode beschränkt.
- Damit hat der Abgeordnete P insbesondere kein „Recht zur Wiederwahl“.

2. C-Fraktion

- Fraktionen können weder aus einer vergangenen noch aus einer künftigen Parlamentsentstehung Rechte geltend machen; sie bilden sich erst nach den Wahlen und ihre Rechte sind auf den innerparlamentarischen Raum beschränkt.
- Sie können daher das Recht auf Chancengleichheit politischer Parteien im Organstreit weder als eigenes Recht noch im Wege der Prozessstandschaft für den Bundestag geltend machen (BVerfGE 150, 163 Rn. 14).

3. U-Partei

- Eine Verletzung ihres Rechts auf Chancengleichheit bei der rechtlichen Gestaltung des Wahlverfahrens, das hier die Stimmberechnung von bestimmten Voraussetzungen abhängig macht, ist zumindest nicht ausgeschlossen.

Ob die Herleitung des Rechts auf Chancengleichheit hier oder erst in der Begründetheit erfolgt, ist den Bearbeitenden überlassen. Eine umfassende Auseinandersetzung mit seinen Modalitäten sollte hier aber noch nicht erfolgen.

V. Form und Frist

Ein nach §§ 23 Abs. 1, 64 Abs. 2, 3 BVerfGG form- und fristgerechter Antrag ist mangels gegenteiliger Anhaltspunkte zu unterstellen.

VI. Zwischenergebnis

Allein der Antrag der U-Partei ist zulässig.

B. Begründetheit

Der Antrag ist begründet, wenn die Änderung des Wahlgesetzes die U-Partei in ihren verfassungsrechtlichen Rechten tatsächlich verletzt oder unmittelbar gefährdet, §§ 64 Abs. 1, 67 BVerfGG.

Eine Gliederung, die unmittelbar zwischen den einzelnen Neuerungen durch das BWahlG differenziert, bietet sich hier der besseren Übersicht halber an, ist aber nicht zwingend.

I. Gewährleistungsgehalt des Grundsatzes der Chancengleichheit

- Der Grundsatz der Chancengleichheit verlangt, dass jeder Partei, jeder Wählergruppe und ihren Wahlbewerbern grundsätzlich die gleichen Möglichkeiten im gesamten Wahlverfahren und damit die gleiche Chance bei der Verteilung der Sitze eingeräumt ist.
- Die Gewährleistung gleicher Chancen der Parteien erfolgt im Grundgesetz zwar nicht ausdrücklich, ist aber in Art. 21 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG angesiedelt und „ergibt sich (...) aus der Bedeutung, die der in Art. 21 Abs. 1 S. 2 GG verbürgten Freiheit der Parteigründung und dem Mehrparteienprinzip für die freiheitliche Demokratie zukommt“ (BVerfGE 73, 1 Rn. 99). Sie wird, wie die Wahlrechtsgleichheit, streng formal verstanden.

- Die Anforderungen, die die Wahl- und Chancengleichheit stellen, hängen von der Ausgestaltung des jeweiligen Wahlrechts ab. Ein reines Mehrheitswahlsystem verlangt einen gleichen Zählwert sowie annähernd gleichgroße Wahlkreise. Sofern auch Elemente einer Verhältniswahl maßgeblich sind, müssen die abgegebenen Stimmen darüber hinaus bei der Mandatzuteilung gleichermaßen ins Gewicht fallen.
- Bei der Bestimmung der Anforderungen erfolgt keine binäre Zuteilung zu einem Mehrheits- oder Verhältniswahlsystem. Sie richten sich vielmehr danach, wie die konkrete Entscheidung über die Verteilung eines Mandats auf Grundlage des Abstimmungsergebnisses organisiert ist. Maßgeblich ist eine ex-ante Betrachtung (BVerfGE 95, 335 Rn. 65).

*In einem reinen Mehrheitswahlsystem käme den Minderheitsstimmen gar kein Erfolgswert zu. Solche Einschränkungen des Erfolgswerts sind aber systemimmanent: Maßgeblich ist hier allein, ob sie den gleichen Erfolgswert haben **könnten**. Tw. ist deshalb auch nur von „Erfolgschance“ die Rede, obgleich die begrifflichen Unklarheiten dieses Ausdrucks kritisiert werden, vgl. etwa BVerfGE 121, 266 Rn. 92.*

II. Kappung des Mandats bei fehlender Zweitstimmendeckung des Erststimmensiegers

1. Folgerichtigkeit bzw. Systemgerechtigkeit der Ausgestaltung

- Die Entscheidung über das Wahlsystem obliegt dem Gesetzgeber (vgl. Art. 38 III GG). Dieser kann sich für ein Mehrheits-, ein (reines) Verhältniswahlsystem oder eine Mischung aus beiden Systemen entscheiden; keinen der beiden Wahlsysteme kommt ein Vorrang zu (BVerfGE 131, 316 Rn. 56). Das Grundgesetz enthält keine mit Art. 22 WRV vergleichbare Vorschrift.
- Der Gesetzgeber wird durch die Gleichheit der Wahl aber verpflichtet, den Grundcharakter der Wahl als Mehrheits- oder Verhältniswahl kohärent und systemgerecht auszugestalten (BVerfGK 5, 96-108, Rn. 48). Abweichungen von dem gewählten Grundcharakter sind rechtfertigungsbedürftige Ungleichbehandlungen (BVerfGE 131, 316 Rn. 137).

Der Gedanke der Systemgerechtigkeit bzw. Folgerichtigkeit ist hoch umstritten (dies gilt auch über das Wahlrecht hinaus). Seine konkrete verfassungsrechtliche Anknüpfung bleibt auch in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts unklar (s. Wild, Die Gleichheit der Wahl, 2003, S. 100). Dies kann hier aufgegriffen werden.

- Die Beschreibung der Systementscheidung des Gesetzgebers ist hier unterschiedlichen Perspektiven zugänglich: Sofern die Wahl im Wahlkreis weiterhin als eigenständiges Element einer mehrheitsorientierten Personenwahl verstanden wird, ist die Nichtzuteilung von Mandaten aus Gründen, die nicht allein „aus dem Wahlkreis“ folgen, sondern abhängig von Aspekten der Verhältniswahl sind, eine rechtfertigungsbedürftige Durchbrechung der Wahl nach Mehrheit im Wahlkreis. Wird die Wahlkreiswahl hingegen als unselbstständiger Teil der Verhältniswahl nach Landeslisten verstanden, wäre die Nichtzuteilung nicht rechtfertigungsbedürftig (Grzeszick, NVwZ 2023, 286 (288)).

Dass das Wahlrecht für die Wahlkreiswahl eine Mehrheitsentscheidung vorsieht, begründet noch kein Mischwahlsystem. Insofern sind Wahlsystem im Sinne des einschlägigen Repräsentationsprinzips und „Wahltechnik“ auseinanderzuhalten. Der Direktwahl muss eine eigenständige Legitimationsfunktion zukommen (Wischmeyer, JZ 2023, 105 (108)). Ipsen lehnt (daher) bereits für die tradierte Ausgestaltung der personalisierten Verhältniswahl eine Mischform ab, NVwZ 2023, 218 (2019).

- Für Letzteres spricht etwa
 - Der grundsätzliche Verzicht auf die Zuteilung von Wahlkreismandaten ohne Zweitstimmendeckung
 - Der Wortlaut des § 1 II 1 BWahlG und die Bezeichnung der ehemaligen Zweitstimme als Hauptstimme
 - Die Möglichkeit verwaister Wahlkreise wird in Kauf genommen; die Bedeutung der Wahlkreiswahl dadurch noch weiter reduziert
 - Die Abschaffung der Grundmandatsklausel
- Für Ersteres spricht etwa
 - Die besondere Legitimität, die mit der Personenwahl mit Mehrheit im Wahlkreis verbunden ist, wird weiterhin in das Wahlsystem integriert. Hierzu gehört vor allem die lokale und personelle Radiziertheit der Wahl im Wahlkreis.
 - Die Verknüpfung der Zuteilung mit dem Zweitstimmenergebnis gilt nicht für parteilose Wahlkreisbewerberinnen.

2. Beeinträchtigung der Erfolgs(chancen)gleichheit durch die Kappung?

- Technisch betrachtet ist die Wahlkreiswahl immer noch eine Mehrheitswahl, sodass es hier allein auf die Zählwert- bzw. Erfolgchancengleichheit ankommt. Die Deckung durch das Zweitstimmenergebnis verändert den Zählwert der Stimmen nicht.
- Das Risiko, dass die Partei der/des jeweils Kandidierenden ein zu schwaches Zweitstimmenergebnis erzielt und die gewählte Person daher von der Kappung betroffen ist, gilt für alle Wähler:innen und alle Wahlbewerber:innen in allen Wahlkreisen und ist damit intern konsistent, sodass auch das Erfordernis einer gleichen Erfolgchance gewahrt ist. Es besteht daher kein Anspruch auf Erhalt einer ungekappten Erststimme.

Dies kann hier auch anders begründet werden: So wird tw. vertreten, dass sich die Kappung zwar auf die Wahlrechtsgleichheit auswirke, jedoch die Chancengleichheit der Parteien nicht tangiere:

*In Bezug auf die Wahlrechtsgleichheit ergäben sich Ungleichheiten zwischen solchen Wahlkreisbewerber:innen, deren Partei einen Überhang erzielten und solchen, für deren Partei das nicht der Fall sei. Letztere erhielten bereits ein Mandat, wenn sie die relative Mehrheit der in einem Wahlkreis abgegebenen Stimmen erreichten, während erstere nur dann einen Sitz bekämen, wenn sie darüber hinaus auch nicht zu den stimmanteilschwächsten Wahlkreissieger:innen ihrer Partei zählten. Entscheide sich eine wahlberechtigte Person für eine Partei, die Überhänge erziele, so hänge die Erfolgswahrscheinlichkeit seiner/ihrer Stimme vom Wahlverhalten in anderen Wahlkreisen ab. Zwar sei das Entstehen von Mandatsüberhängen für die einzelnen Wählenden keine genau vorhersehbare und berechenbare Folge, die sich bewusst ausnutzen ließe (das Bundesverfassungsgericht scheint Einschränkungen der Erfolgchance aber zumindest in BVerfGE 95, 335 Rn. 139 auf solche Fälle zu beschränken), jedoch stünden zumindest die „**variierenden Mandatzuteilungshürden**“ ex ante fest. Diese Ungleichheit wirke aber allein auf der Ebene der Mandatzuteilungschancen der jeweiligen **Direktkandidierenden**, während politische Kräfteverhältnisse im Parlament allein an der Hauptstimme orientiert seien (s. etwa Rauber, ZG 2020, 149 (160 ff.).*

Schließlich wird von anderer Seite eine Beeinträchtigung der Chancengleichheit mit dem Argument bejaht, dass eine Direktmandatskappung „logischerweise nur Parteien treffen kann, die ein oder mehr Direktmandate erzielt haben.“ (WD 3 – 3000 – 292/19, S. 7).

3. Beeinträchtigung der Chancengleichheit durch die Vernachlässigung föderativer Gesichtspunkte

- Das Kappungsmodell führt dazu, dass einzelne Wahlkreise ohne Direktmandate ausgehen können (verwaiste Wahlkreise). Diese *politisch* problembehaftete Folge müsste sich aber auch in ein verfassungsrechtliches Problem übersetzen lassen.
- Unabhängig davon, ob sich eine Regionalisierungsverpflichtung überhaupt aus dem Grundsatz der Chancengleichheit entnehmen lässt, hat das Bundesverfassungsgerichts bereits früh festgestellt: „Der Bundesgesetzgeber ist bei der Wahl zum Bundestag als dem unitarischen Verfassungsorgan des Bundes nicht gehalten, föderative Gesichtspunkte zu berücksichtigen.“ (BVerfGE 16, 130 Rn. 34). Unitarisierungsfördernde Elemente im Wahlrecht sind (dieser Aussage folgend) auch nie verfassungsgerichtlich beanstandet worden. Selbst eine positive Entscheidung des Wahlgesetzgebers zur Verwirklichung von Regionalisierungsinteressen wird wohl nicht als im oben beschriebenen Sinne systemprägend anzusehen sein (Wischmeyer, JZ 2023, 105 (110)).

III. Einführung einer 10%-Klausel in § 4 Abs. 2 Nr. 2 BWahlG

1. Beeinträchtigung der Erfolgswertgleichheit

- Sperrklauseln führen zu einer Ungleichgewichtung des Erfolgswerts der Wählerstimmen und zugleich zu einer Beeinträchtigung der Chancengleichheit der Parteien, indem diejenigen Stimmen, die für Parteien abgegeben worden sind, die an der Sperrklausel scheitern, ohne Erfolg bleiben. Die Ungleichgewichtung des Erfolgswerts steigt mit der prozentualen Höhe der Sperrklausel.

2. Rechtfertigung

- Die Gleichheit der Wahl enthält kein absolutes Differenzierungsverbot, sondern lässt sachlich gerechtfertigte Ausnahmen zu; wegen ihrer tragenden Bedeutung für die demokratische Ordnung sind hieran aber strenge Anforderungen zu stellen (BVerfGE 60, 162 Rn. 19).
- Erforderlich ist ein besonderer sachlich legitimierter „zwingender Grund“ (BVerfGE 1, 208 Rn. 148; BVerfGE 51, 222 Rn. 52; 95, 408 Rn. 43).

a. Zwingende Gründe als verfassungslegitimierte Gründe

- Das Erfordernis eines zwingenden Grundes stellt an sich einen verfassungsdogmatischen Fremdkörper da, das Bundesverfassungsgerichts hat aber in seiner jüngeren Rechtsprechung Versuche unternommen, das Merkmal „zwingend“ zu spezifizieren.
- Es stellt insofern klar: Das Erfordernis eines zwingenden Grundes „bedeutet nicht, dass sich die Differenzierung als von Verfassungs wegen notwendig darstellen muss. Differenzierungen im Wahlrecht können vielmehr auch durch Gründe gerechtfertigt werden, die durch die Verfassung legitimiert und von einem Gewicht sind, das der Wahlgleichheit die Waage halten kann“ (BVerfGE 129, 300 Rn. 87)

Die Wahlrechtsgrundsätze sind vorbehaltlos gewährleistet (auch Art. 38 Abs. 3 GG begründet keinen Eingriffsvorbehalt). Eine Rechtfertigung wäre nach allgemeinen Regeln eigentlich nur durch

kollidierendes Verfassungsrecht möglich. Indem das Bundesverfassungsgericht mittlerweile klarstellt, dass es eines grundrechtlich fundierten Grundes bedarf, nähert es seine Rechtsprechung dieser Dogmatik zumindest an (s. hierzu auch Roßner, NVwZ 2012, 22 (24)).

- b. Strikter verfassungsgerichtlicher Kontrollmaßstab wegen Entscheidung in eigener Sache?
- Für Entscheidungen in eigener Sache, insbesondere bei der Ausgestaltung des Wahl- und Parteienrechts, legt das Bundesverfassungsgericht einen strengeren Kontrollmaßstab an.
 - Die die Mehrheit bildenden Parteien stünden unter Wettbewerbsdruck und könnten versucht sein, ihre rechtssetzende Gestaltungsmacht zu ihren eigenen Gunsten einzusetzen.
 - Dem wird in Teilen entgegengehalten, dass den etablierten Parteien (als Fraktionen im Parlament) nicht einfach unterstellt werden könne, sie würden eine konkurrenzausschaltende Gestaltung des Wahlrechts vornehmen. Dass das Gericht darüber hinaus auch nicht einfach in gesetzgeberische Gestaltungsspielräume im Bereich des Wahlrechts eingreifen dürfe, spiegele sich auch in der Tatsache wider, dass die Wahlprüfung Sache des Bundestags sei (Art. 41 Abs. 1 S. 1 GG).

Prägnant in BVerfGE 129, 300 (Fünf-Prozent-Sperrklausel-EuWG)

„Weil mit Regelungen, die die Bedingungen der politischen Konkurrenz berühren, die parlamentarische Mehrheit gewissermaßen in eigener Sache tätig wird und gerade bei der Wahlgesetzgebung die Gefahr besteht, dass die jeweilige Parlamentsmehrheit sich statt von gemeinwohlbezogenen Erwägungen vom Ziel des eigenen Machterhalts leiten lässt, unterliegt aber die Ausgestaltung des Wahlrechts hier einer strikten verfassungsgerichtlichen Kontrolle.“ (BVerfGE 129, 300 Rn. 91)

Dagegen die abw Meinung Di Fabio/Mellinghoff

„Eine strengere Prüfung ist auch nicht deshalb verlangt, weil Parteien als Fraktionen im Parlament gleichsam in eigener Sache entscheiden würden. Denn dies kann - anders als bei Diätenfragen - beim Wahlrecht nicht einfach unterstellt werden. Kleinere Parteien, die auch aus der Regierungsverantwortung heraus das Wahlrecht regelmäßig mitgetragen haben, sind bereits selbst "Opfer" der Sperrklausel geworden; man sollte nicht ohne Weiteres mit dem Verdacht arbeiten, hier wollten etablierte Parteien, in einem Kartell organisiert, die Konkurrenz fernhalten.“ (BVerfGE 129, 300 Rn. 156)

- c. Rechtfertigung durch zwingende Gründe
- Funktionsfähigkeit des Bundestags als Verfassungswert (s. auch BVerfGE 51, 222 Rn. 54): Indem die Sperrklausel den Einzug von Splitterparteien verhindern soll, dient sie der Sicherung der Handlungs- und Entscheidungsfähigkeit des Parlaments. Eine Rechtfertigung ist auch nicht erst bei einer auf einer Parteienzersplitterung beruhenden völligen Blockade parlamentarischer Handlungsfähigkeit möglich (Morlok/Kühr, JuS 2012, 385 (390 f.)).
 - Es kollidieren also Wahlgleichheit in ihrer Gestalt als Erfolgswertgleichheit und damit der Anspruch, das Volk durch die Wahl politisch zu integrieren mit dem durch die Wahl verfolgten Ziel, dieses in einem entscheidungs- und handlungsfähigen Vertretungsorgan zu repräsentieren.

d. Geeignetheit und Erforderlichkeit

- Wirklichkeitsbezug: Bei der Beurteilung der Geeignetheit und Erforderlichkeit der Sperrklausel sind die Realität der Begleitumstände der Wahl zu beachten. Es darf daher nicht bloß abstrakt überprüft werden, ob sich die Sperrklausel aus Gründen der Funktionsfähigkeit rechtfertigen lässt. Vielmehr muss hierbei auf tatsächliche politische Gegebenheiten Rücksicht genommen werden. Mithin ist eine Sperrklausel als Einschränkung der Wahlgleichheit nur denkbar, wenn tatsächliche Umstände belegen, dass die jeweilige Vertretungskörperschaft in ihrer Aufgabenwahrnehmung gehindert wäre. Hierfür ist vor allem auch die spezifische Aufgabe und Struktur der jeweiligen Vertretungskörperschaft in den Blick zu nehmen (s. nur BVerfGE 95, 408 Rn. 45).
- Geeignetheit und Erforderlichkeit der Sperrklausel: Die Notwendigkeit von Sperrklauseln wird einerseits zur Sicherung stabiler Regierungsverhältnisse betont (Morlok/Kühr, JuS 2012, 385 (390)), andererseits wird die Überbetonung der Rolle großer Parteien für die parlamentarische Funktionsfähigkeit kritisiert, die zu einer Verkrustung des politischen Systems führe (etwa Trute, Münch/Kunig, Art. 38 Rn. 59). Beide Richtungen sollten hier diskutiert werden.

aa. Höhere Anforderungen durch die gleichzeitige Abschaffung der Grundmandatsklausel?

Die Grundmandatsklausel stellt zwar einerseits eine „Vergünstigung“ in Bezug auf die Zugangsmöglichkeiten politischer Parteien dar, sofern sie alternativ neben eine Sperrklausel tritt. Insofern bedeutet ihre Abschaffung eine Intensivierung des Eingriffs in die Wahlgleichheit (s.o.). Zugleich schafft sie aber auch Ungleichheiten zwischen den von ihr begünstigten und weiterhin ausgeschlossenen Parteien, die ihrerseits rechtfertigungsbedürftig sind (BVerfGE 95, 408 Rn. 47). Diese Ambivalenz sollte hier argumentativ deutlich werden.

- Gerade dann, wenn Sperrklauseln nicht mit einer alternativen Voraussetzung für die Teilnahme am Verhältnisausgleich verbunden werden, unterliegen sie strengen Rechtfertigungsanforderungen (BVerfGE 1, 208 Rn. 154).
- Die Grundmandatsklausel ist aber ein eher systemwidriges Konstrukt in einem Verhältniswahlssystem, das der Wahl im Wahlkreis nur eine reduzierte Bedeutung beimisst; der eigenständige legitimatorische Gehalt dieser Regelung wäre damit durchaus fraglich, ihre Abschaffung eher folgerichtig.
- Eine Grundmandatsklausel ist verfassungsrechtlich auch nicht zwingend geboten. Vielmehr wird ihre Vereinbarkeit mit der Gleichheit der Wahl bzw. der Chancengleichheit der Parteien von einigen Seiten angezweifelt (das Bundesverfassungsgericht hält die Grundmandatsklausel für verfassungskonform, BVerfGE 1, 208)
- Integrative Aspekte werden zudem über die Ausnahme zugunsten Parteien nationaler Minderheiten (§ 4 Abs. 3 S. 3 BWahlG) verwirklicht.

Auch diese Bestimmung stellt einen Eingriff in die Wahlrechtsgleichheit und die Chancengleichheit der Parteien dar, der aber nach der Rspr. des Bundesverfassungsgerichts durch die Förderung der Integration des Staatsvolkes bei der politischen Willensbildung gerechtfertigt ist (BVerfGE 6, 84 Rn. 34; kritisch hingegen Austermann, ZRP 2021, 226 (227)).

- Die Abschaffung der Grundmandatsklausel kann daher für sich verschärfte Anforderungen an die Zulässigkeit der Sperrklausel nicht begründen.

bb. 5%-Klausel als oberste Grenze?

- Das Bundesverfassungsgericht scheint eine Grundvermutung für eine 5%-Sperrklausel als Obergrenze aufzustellen, von der nur aus „besonders zwingenden Gründen abgewichen werden darf: „Sind die Voraussetzungen für eine Durchbrechung der formalisierten Wahlrechtsgleichheit gegeben und entschließt sich der Gesetzgeber, die Funktionsfähigkeit der zu wählenden Volksvertretung durch eine Sperrklausel zu sichern, die Splittergruppen von der Vertretung ausschließt, so ist in aller Regel ein Quorum von 5vH verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Es müßten besondere Umstände des Einzelfalles vorliegen, die ein solches Quorum unzulässig machen würden. Andererseits müssen ganz besondere, zwingende Gründe gegeben sein, um eine Erhöhung des Quorums über 5vH hinaus zu rechtfertigen“ (BVerfGE 51, 222 Rn. 56).
- Eine Erhöhung der 5%-Sperrklausel setzt besondere zwingende Gründe voraus. Dass die Bildung einer stabilen Regierung allein an einer niedrigeren Sperrklausel scheitern würde, ist hier zweifelhaft.

3. Zwischenergebnis

Die Änderung des Wahlgesetzes verletzt die U-Partei in ihren verfassungsrechtlichen Rechten.

C. Gesamtergebnis

Der Antrag der U-Partei ist zulässig und (teilweise) begründet und hat daher Aussicht auf Erfolg. Das Bundesverfassungsgericht wird daher voraussichtlich gem. § 67 S. 1, 2 BVerfGG feststellen, dass der Erlass des ÄndBWahlG (teilweise) gegen die Chancengleichheit der Parteien aus Art. 21 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG verstößt.

Die vorstehenden Inhalte sind urheberrechtlich geschützt. Informationen darüber, bei wem das Urheberrecht liegt, können beim Studienbüro der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin angefragt werden. Verstöße gegen das UrhG (z. B. durch unerlaubte Vervielfältigung der Texte) werden sowohl strafrechtlich als auch zivilrechtlich verfolgt.