

Rechtsanwalt Ulrich Fuchs, Wallenburger Str. 16 83714 Miesbach

An den Kanzler des  
Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte  
Europarat  
F-67075 Strasbourg CEDEX

## **Rechtsanwalt Ulrich Fuchs**

**Wallenburger Str. 16  
83714 Miesbach**  
Tel.: 08025/1233  
Fax.:08025/4571

Miesbach, den 9. Mai 2012  
Unser Zeichen: 54/11  
Ihr Zeichen :

Vorab per Fax!  
Original nebst Anlagen folgt per Post!

Beschwerde nach Art. 34 EMRK  
des Guido Strack  
gegen die Bundesrepublik Deutschland

Unter Vorlage einer Vollmacht erhebe ich namens und im Auftrag des Beschwerdeführers (Bf.)

Strack Guido Heinz,  
deutsche Staatsangehörigkeit

als Bevollmächtigter in diesem Verfahren  
Rechtsanwalt Ulrich Fuchs, Wallenburger Str. 16, 83714 Miesbach  
Tel: 0049-8025-1233  
Fax: 0049-8025-4571

gegen

Bundesrepublik Deutschland

wegen

Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 9.11.2011 - 2 BvC 4/10

**Beschwerde**

nach Art. 34 EMRK

mit folgenden Anträgen:

1. **Es wird festgestellt, dass die Bundesrepublik Deutschland Art. 13 und Art. 3 des 1. Zusatzprotokolls verletzt hat.**
2. **Zugunsten des Beschwerdeführers wird eine angemessene Entschädigung festgesetzt.**

### Gegenstand der Beschwerde:

#### II Darlegung des Sachverhaltes

Der Beschwerdeführer ist Bürger der Bundesrepublik Deutschland und wahlberechtigt.

Die siebte Direktwahl zum Europäischen Parlament fand in den 27 Mitgliedstaaten der Europäischen Union im Zeitraum vom 04. Juni 2009 bis 7. Juni 2009 statt. In Deutschland wurde die Europawahl am 07. Juni 2009 durchgeführt und an der Wahl nahmen insgesamt 32 Parteien und sonstige politische Vereinigungen teil. Bei der Sitzverteilung wurden aufgrund der in § 2 Abs. 7 des Europawahlgesetzes (EuWG) der Bundesrepublik Deutschland normierten Fünf-Prozent-Sperrklausel nur sechs Parteien (CDU, SPD, Grüne, FDP, Die Linke, CSU) mit ihrem jeweiligen Stimmanteil berücksichtigt. Auf die sonstigen Parteien und politischen Vereinigungen entfielen insgesamt 10,8 % der gültigen Stimmen. Hiervon hätten ohne die Sperrklausel sieben weitere Parteien und politische Vereinigungen einen oder zwei Sitze im Europäischen Parlament errungen.

Der Beschwerdeführer, der selbst frühpensionierter Beamter der Europäischen Kommission ist, nahm als Wahlberechtigter an jener Wahl teil. Schon im Vorfeld hatte er jedoch in einer Petition an den Deutschen Bundestag und auch im Internet die Abschaffung der Fünf-Prozent-Sperrklausel gefordert. Diese öffentlich geführte Petition wurde von 2400 weiteren Petenten unterstützt, vom Bundestag jedoch abgelehnt.

Nach der Wahl legte der Bf. am 31. Juli 2009 beim Deutschen Bundestag Einspruch gegen die Gültigkeit der Wahl der Abgeordneten des Europäischen Parlaments aus der Bundesrepublik Deutschland vom 07. Juni 2009 ein. Er machte geltend, dass die bei der Europawahl 2009 angewandte Fünf-Prozent-Sperrklausel in § 2 Abs. 7 EuWG wegen Verstoßes gegen die Grundsätze der Wahlrechtsgleichheit und Chancengleichheit der Parteien verfassungswidrig sei und somit die Stimme von Wählern die eine benachteiligte Partei gewählt haben, nicht zum tragen kommt. Jede Sperrklausel stellte einen Eingriff in diese Grundsätze dar, der einer besonderen Rechtfertigung bedürfte, eine solche sei jedoch hier nicht gegeben. Der Deutsche Bundestag wies den Wahleinspruch des Beschwerdeführers mit Beschluss vom 08. Juli 2010 zurück (BTDrucks 17/2000, Anlage 15).

Mit Schriftsatz vom 02. September 2010 erhob der Beschwerdeführer eine Wahlprüfungsbeschwerde gegen jenen Beschluss zum Bundesverfassungsgericht und beantragte, jenen Beschluss aufzuheben, die Wahl der Abgeordneten des Europäischen Parlaments aus der Bundesrepublik Deutschland für ungültig zu erklären, die Wiederholung der Wahl anzuordnen und die Vorschrift des § 2 Abs. 7 EuWG für verfassungswidrig und nichtig zu erklären. Diese Wahlprüfungsbeschwerde wurde durch mehr als 330 weitere Wahlberechtigte unterstützt.

In der mündlichen Verhandlung vom 03. Mai 2011 hat der Beschwerdeführer seinen Vortrag vertieft und ergänzt. Er verwies dabei unter anderem auch auf den OSCE/ODIHR Election Assessment Mission Report zur Bundestagswahl 2009 in dem es auf S. 21 u.a. heißt: *“Importantly, while the legislation allows for a final decision on election complaints to be made by a court, in this case the FCC, the impossibility of filing an appeal to a court prior to election day considerably diminishes the availability of an effective redress against incorrect administrative decisions and actions. It is recognized that the resolution of post-election complaints by the ESB and FCC in most cases requires considerable time. In case of a successful challenge, it appears that the only course of action available to rectify the identified mistake would be to invalidate the results of the election(s) in question and to repeat the polling.*

*To ensure the protection of suffrage rights, consideration should be given to revising the appeals arrangements so that at least certain types of complaints, in particular those related to the eligibility of parties and registration of candidates, landlists and voters, could be heard by a judicial body before the election, thereby providing a timely resolution of election-related disputes that is integral to the broader principle of effective means of redress.*

Mit Urteil vom 09. November 2011 hat das Bundesverfassungsgericht entschieden, dass § 2 Abs. 7 EuWG gegen die Grundsätze der Wahlrechtsgleichheit und der Chancengleichheit der politischen Parteien verstößt und somit mit Artikel 3 Absatz 1, Artikel 21 Absatz 1 des Grundgesetzes unvereinbar und daher nichtig ist. Das Bundesverfassungsgericht stellte insoweit fest: *“Die bei der Europawahl 2009 gegebenen und fortbestehenden tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse bieten keine hinreichende Gründe, die den mit der Sperrklausel verbundenen schwerwiegenden Eingriff in die Grundsätze der Wahlrechtsgleichheit und Chancengleichheit der politischen Parteien rechtfertigen.”*

Im Übrigen wurde die Wahlprüfungsbeschwerde des Beschwerdeführer jedoch zurückgewiesen. D.h. entgegen des Antrages des Beschwerdeführers und trotz Feststellung eines Wahlfehlers verzichtete das Bundesverfassungsgericht darauf, für die konkrete angefochtene Wahl aus jenem Wahlfehler und der Nichtigkeit des für die Ermittlung des Wahlergebnisses entscheidenden § 2 Abs. 7 EuWG irgendwelche Folgen zu ziehen.

Es führte explizit aus: *“Der Wahlfehler führt nicht dazu, die Wahl zum Europäischen Parlament des Jahres 2009 in Deutschland für ungültig zu erklären und eine erneute Wahl anzuordnen.”* Und weiter heißt es im Urteil hinsichtlich der vom Beschwerdeführer hilfsweise beantragten Neuberechnung der Verteilung der Mandate ohne Sperrklausel: *“Eine Berechtigung des Wahlfehlers scheidet aus. Zwar könnte rechnerisch ermittelt werden, auf welche bislang unberücksichtigt gebliebenen Kandidaten kleiner Parteien ohne Anwendung der Fünf-Prozent-Sperrklausel nunmehr bei der Sitzverteilung Mandate entfallen und welche Abgeordneten größerer Parteien umgekehrt bei einer Neuverteilung ihren Sitz im Europäischen Parlament verlieren würden. Allerdings lässt sich der Wahlfehler nicht in dieser Weise eingrenzen, da er sich – über die einzelnen Mandate hinaus – auf die Wahl als Ganzes ausgewirkt haben kann. Es ist davon auszugehen, dass die Fünf-Prozent-Sperrklausel auch bei der Europawahl 2009 zu strategischem Wahlverhalten geführt hat. Sie mag eine nicht bestimmbare Anzahl von*

*Wählern davon abgehalten haben, eine an sich bevorzugte kleinere Partei zu wählen, sie kann aber auch bewirkt haben, dass eine Reihe von Wählern ihre Stimme demonstrativ kleinen Parteien gerade im Hinblick auf die voraussichtliche Folgenlosigkeit dieser Wahlentscheidung gegeben hat. Diese Effekte, die im Übrigen auch das Verhältnis der kleineren Parteien untereinander betreffen könnten, haben sich möglicherweise auf das Gesamtwahlergebnis in nicht bestimmbarem Umfang ausgewirkt. Hinzu kommt, dass das Wahlrecht eine derartige Neuberechnung nicht kennt und demgemäß keine Vorkehrungen für den Übergang der Mandate trifft.“*

Mit der vorliegenden Beschwerde wendet sich der Beschwerdeführer dagegen, dass seine gegen eine konkrete Wahl gerichtete Beschwerde, und damit das einzige Rechtsmittel, welches ihm zur Wahrung seines für eine demokratische Gesellschaft konstitutiven Wahlrechts zur Verfügung stand, im Ergebnis hinsichtlich dieser konkreten Wahl völlig ineffektiv blieb, obwohl zugleich rechtskräftig festgestellt wurde, dass die konkret angefochtene Wahl rechtswidrig mit einem schwerwiegenden Wahlfehler behaftet ist und ihr Ergebnis maßgeblich auf der Anwendung einer nichtigen und verfassungswidrigen Norm beruht.

### III Angabe der geltend gemachten Verletzungen der Konvention und/oder Zusatzprotokolle und Begründung der Beschwerde

Gerügt wird die Verletzung von Art. 13 der Konvention und Art. 3 ihres 1. Zusatzprotokolls seitens der Bundesrepublik Deutschland durch die amtliche Feststellung des Wahlergebnisses und die Mandatsverteilung hinsichtlich der Wahl der Abgeordneten des Europäischen Parlaments aus der Bundesrepublik Deutschland vom 7. Juni 2009, unter Anwendung der nichtigen und verfassungswidrigen und mit den Grundsätzen der Wahlrechtsgleichheit und Chancengleichheit der Parteien nicht vereinbaren Norm des § 2 Abs. 7 EuGW, und durch die nachfolgenden Weigerungen des Deutschen Bundestages und des Bundesverfassungsgerichts diesen schwerwiegenden Wahlfehler hinsichtlich jener Wahl auf den Wahleinspruch und die Wahlprüfungsbeschwerde des Beschwerdeführers hin, durch Anordnung einer Neuwahl oder durch Neuberechnung der Mandatsverteilung oder auf sonstige geeignete Weise, zu korrigieren.

Art. 3 des 1. Zusatzprotokolls garantiert das für einen demokratischen und rechtsstaatlichen Staat fundamentale Grundrecht der Bürger auf freie Wahlen. Dies beinhaltet zugleich das Recht der Bürger auf Teilnahme an der Wahl und die Beachtung der Grundsätze der Wahlrechtsgleichheit und auch der Gesetzmäßigkeit der Wahl. Die Vertragsparteien haben zwar gewisse Ausgestaltungsspielräume hinsichtlich ihrer Wahlrechtsnormen, diese sind aber nicht unbegrenzt. Es obliegt letztlich dem Gerichtshof festzustellen, ob die Vorgaben des Art. 3 des Zusatzprotokolls beachtet werden. Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs gilt für Einschränkungen von Art. 3 durch die Vertragsparteien “that such interference would constitute a violation unless it met the requirements of lawfulness, pursued a legitimate aim and was proportionate; it then sought to ascertain whether those conditions were satisfied” (vgl. z.B. *Tanase v. Moldova GC*, no. 7/08, §§ 154-162, ECHR 2010-..., §§ 162 and 163-80).

Der Gerichtshof hat bereits festgestellt, dass Art. 3 des 1. Zusatzprotokolls auch auf die Wahlen von Abgeordneten für das Europäische Parlament in den Vertragsstaaten Anwendung findet (vgl. *Matthews v. United Kingdom*, Application no. 24833/94, vom 18. Februar 1999, Rn. 44, 54 u. 65).

Der Gerichtshof hat außerdem bereits mehrfach betont, dass die Nichtberücksichtigung von Wählerstimmen aufgrund von Sperrklauseln dem Grunde nach eine Einschränkung der Wahlrechtsgleichheit und damit auch des Art. 3 des 1. Zusatzprotokolls darstellt, die einer besonderen Rechtfertigung bedarf und deren Rechtmäßigkeit unter Berücksichtigung der konkreten Umstände der jeweiligen Wahl zu beurteilen ist (vgl. z.B. *Yumak and Sadak v. Turkey*, Application no. 10226/03, vom 8. Juli 2008, Rn. 117). Im vorliegenden Fall deckt sich diese Feststellung mit jenen des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 9. November 2011.

Das Bundesverfassungsgericht hat vorliegend jedoch außerdem rechtskräftig festgestellt, dass § 2 Abs. 7 EuWG gerade auch hinsichtlich seiner Anwendung auf die Wahl vom 7. Juni 2009 verfassungswidrig und nichtig war. Es hat weiter festgestellt, dass die Anwendung jener Norm auf die Wahl vom 7. Juni 2009 als nicht mehr verhältnismäßig anzusehen ist. Demnach hat bereits das Bundesverfassungsgericht selbst anerkannt, dass die Kriterien des Gerichtshofs, die hinsichtlich der Rechtmäßigkeit, die ja gerade auch nach nationalem Recht gegeben sein muss, und der Verhältnismäßigkeit von Wahlrechtseinschränkungen hinsichtlich von § 2 Abs. 7 EuWG bei der Wahl vom 7. Juni 2009 nicht erfüllt waren. Die so durchgeführte Wahl stellt somit eine ungerechtfertigte Verletzung der Rechte des Beschwerdeführers auch aus Art. 3 des 1. Zusatzprotokolls dar.

Daher darf es aus Sicht des Beschwerdeführers vorliegend keine Rolle spielen, dass der Gerichtshof in anderen Fällen hinsichtlich der Beurteilung einer z.T. auch höheren, dort aber immer nach nationalem Recht rechtmäßig normierten, Sperrklausel zu dem Ergebnis kam und auch zukünftig kommen könnte, dass diese mit Art. 3 vereinbar sein können.

Im vorliegenden Fall wurde aber gerade festgestellt, dass die Sperrklausel gegen innerstaatliches Recht verstößt.

Die eigentliche Problematik des vorliegenden Falles liegt hier somit gar nicht in der im Prinzip unstrittigen Feststellung der Verletzung des Wahlrechts des Beschwerdeführers und von Art. 3 des 1. Zusatzprotokolls, sondern darin, dass es die Organe der Bundesrepublik Deutschland und insbesondere das Bundesverfassungsgericht hinsichtlich der konkreten Wahl vom 7. Juni 2009 bei der bloßen Feststellung der Wahlrechtsverletzung haben bewenden lassen.

Demgegenüber betont der Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung unter Berufung auch auf die Art. 46 und 1 der Konvention dass die Vertragsparteien sicherzustellen haben, dass ihr nationales Recht und dessen Anwendung mit der Konvention vereinbar ist und dass gerichtlich festgestellte Verletzungen der Normen der Konvention oder ihrer Protokolle den Vertragsparteien auferlegen *“to put an end to the violation found by the Court and make all feasible reparation for its consequences, in such a way as to restore as far as possible the situation existing before the breach”* (vgl. z.B. *Assanidze v. Georgia GC, no. 71503/01, § 198, ECHR 2004-II*, und *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) v. Switzerland (no. 2) GC, no. 32772/02, § 85, ECHR 2009-...*).

Nur wenn mit einer nationalen Beschwerde oder einem Rechtsmittel dieses Ziel erreicht wird, kann sie auch als *“wirksame Beschwerde”* im Sinne von Art. 13 der Konvention angesehen werden. Vorliegend zeigen die unzureichenden Folgen, die der Deutsche Bundestag und insbesondere das Bundesverfassungsgericht hinsichtlich der Wahl vom 9. Juni 2009 an den Wahleinspruch und die Wahlprüfungsbeschwerde des Beschwerdeführers geknüpft haben, dass diese Verfahren den Vorgaben des Art. 13 der Konvention, hier in Verbindung mit Art. 3 des 1. Zusatzprotokolls nicht genügen. Dies begründet, auch vor dem Hintergrund, dass dem Beschwerdeführer auch keine anderen Abhilfemöglichkeiten zur Verfügung standen, um die Verletzung seines Wahlrechts effektiv abzuwehren oder auszugleichen, eine Verletzung der genannten Vorschriften.

Vor der Wahl hatte der Beschwerdeführer nur die von ihm genutzte Möglichkeit einer Petition, um die drohende Verletzung seines Wahlrechts abzuwehren. Diese wurde jedoch letztlich vom Deutschen Bundestag unter Missachtung der EMRK abgelehnt.

Eine gerichtliche Kontrollmöglichkeit stand dem Beschwerdeführer nicht zur Verfügung. Dies zeigt z.B. die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 1. September 2009 (2 BvR 1928/09) in der eine Verfassungsbeschwerde vor einer Wahl unter Verweis auf die Spezialität der nach der Wahl möglichen Wahlprüfungsverfahren abgelehnt wurde. Eine von einem Dritten angestrebte Verfassungsbeschwerde direkt gegen die Norm des § 2 Abs. 7 EuWG scheiterte nach § 93 Abs. 3 BVerfGG daran, dass diese Norm als § 2 Abs. 6 EuWG schon deutlich länger als ein Jahr bestand, eine vorherige Verfassungsbeschwerde demnach entsprechend der Ausführungen in der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 11. März 2009 (2 BvR 378/29) unzulässig war.

Vor diesem Hintergrund ist auch die oben zitierte Kritik des OSCE/ODIHR Election Assessment Mission Report zur Bundestagswahl 2009 zu sehen, der vor dem hier streitgegenständlichen Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 9. September 2011 erstellt wurde und noch scheinbar selbstverständlich davon ausgeht, dass dann wenigsten nach der Wahl im Falle einer erfolgreichen Darlegung von Wahlfehlern *“it appears that the only course of action available to rectify the identified mistake would be to invalidate the results of the election(s) in question and to repeat the polling”*. Auch die Leitsätze für Wahlen der Europäischen Kommission für Demokratie durch Recht des Europarates vom 5 – 6. Juli 2002 enthalten in Kapitel 3c die klare Forderung, dass es ein effektives System der Wahlprüfung geben muss und fordern explizit dort unter dd: *“The appeal body must have authority to annul elections where irregularities may have affected the outcome. It must be possible to annul the entire election or merely the results for one constituency or one polling station. In the event of annulment, a new election must be called in the area concerned”*. Demgegenüber zeigt das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 9. November 2011, dass die Möglichkeit einer Wiederholungswahl in Deutschland zwar auf dem Papier der § 4 EuWG in Verbindung mit § 44 Abs. 3 BWahlG theoretisch bestehen mag, faktisch durch die Doktrin des Bundesverfassungsgerichts über *“das Erfordernis des Bestandsschutzes einer gewählten Volksvertretung”* aber längst abgeschafft ist. Dies geht sogar so weit, dass im Urteil des Bundesverfassungsgerichts die eigentlich einschlägigen Normen nicht einmal erwähnt, geschweige denn geprüft werden.

In den Randnummern 137 bis 144 stützt sich das Bundesverfassungsgericht letztlich auf wenig tragfähige und vor allem einander widersprechende Argumente, um die Folgenlosigkeit der Wahlprüfungsbeschwerde und der Nichtigkeit des § 2 Abs. 7 EuWG für die Wahl vom 9. Juni 2009 zu rechtfertigen. Nach Auffassung des Klägers genügt aber keines jener Argumente den Anforderungen, die sich aus Art. 1, 13 und 46 der Konvention in Verbindung mit Art. 3 des 1. Zusatzprotokolls ergeben.

In diesem Verfahren ist von besonderer Bedeutung, dass drohende Konventionsverstöße von vornherein zu vermeiden sind. Dies war vorliegend unterblieben, obwohl der drohende Verstoß gegen die Wahlrechtsgrundsätze durch die § 2 Abs. 7 EuWG nach Ansicht des Beschwerdeführers aufgrund der weitergehenden Parallelität zur Vorentscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Kommunalwahlrecht in Schleswig-Holstein (Entscheidung vom 13. Februar 2008, BVerfGE 120, 82 auf die im Urteil vom 9. November 2011 immerhin 22 Mal verwiesen wird) offensichtlich war.

Einmal eingetretene und festgestellte Verstöße gegen die Konvention sind bestmöglich zu beseitigen und wo immer möglich ist der Status Quo herzustellen, der ohne die Konventionsverletzung bestünde. Geeignete Mittel zur Erfüllung dieser Vorgaben sind im speziellen Fall von Wahlfehlern und Eingriffen in die Rechte aus Art. 3 des 1. Zusatzprotokolls von OSCE/ODIHR und Wiener Kommission angesprochenen: Annullierung von rechtswidrig zu Stande gekommenen Ergebnissen und Neuwahl.

Es mag in der Tat Sonderfälle eines irregulären Wahlrechts geben, bei deren Korrektur besondere Umstände zu berücksichtigen sind. Dies allerdings nur, wenn es um die Wahl jenes Parlaments geht, welches zuvor ein neues Wahlrecht erlassen müsste, damit eine Neuwahl überhaupt rechtmäßig durchgeführt werden kann. Diese Problematik hat sich in der Bundesrepublik Deutschland zuletzt im Hinblick auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 3. Juli 2008 (2 BvC 1/07) zur Problematik des negativen Stimmengewichts gestellt. Vorliegend ist aber eine Wahl des Europäischen Parlaments betroffen, bei der der Bundesgesetzgeber daher zuvor, wo nötig auch durch Neuregelung von Folgen aus der Nichtigkeit von § 2 Abs. 7 EuWG kompetent und voll handlungsfähig bleiben konnte. Außerdem besteht anders als bei der Problematik des negativen Stimmengewichts vorliegend auch gar kein Handlungsbedarf. Nach dem Wegfall von § 2 Abs. 7 EuWG besteht in Deutschland ein rechtmäßiges Europawahlrecht mit dem jederzeit eine Neuwahl unproblematisch durchgeführt werden könnte.

Ein weiterer Sonderfall sind offensichtlich allenfalls marginale Beeinträchtigungen von Wahlen, insbesondere solche, die wahrscheinlich keine Auswirkungen auf die Mandatsverteilung haben, wenn diese nur durch extrem aufwändige Maßnahmen korrigiert werden könnten. So lag der Fall bei der Wahlcomputer-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (vom 3. März 2009, 2 BvC 3/07). Dort heißt es folgerichtig in Randnummer 162: *“Das Interesse am Bestandsschutz der im Vertrauen auf die Verfassungsmäßigkeit der Bundeswahlgeräteverordnung zusammengesetzten Volksvertretung überwiegt die festgestellten Wahlfehler. Deren mögliche Auswirkungen auf die Zusammensetzung des 16. Deutschen Bundestages sind mangels irgendwelcher Hinweise darauf, dass Wahlgeräte fehlerhaft funktioniert hätten oder manipuliert worden sein könnten und deshalb das Wahlergebnis in den betroffenen Wahlbezirken ohne den Einsatz der rechnergesteuerten Wahlgeräte anders ausgefallen wäre, allenfalls als marginal einzustufen. Derart ungewisse Auswirkungen rechtfertigen die beantragte teilweise Ungültigerklärung der Wahl zum 16. Deutschen Bundestag nicht.”*

Im vorliegenden Fall ist die Sachlage aber eine andere. Wenn die nichtige Norm des § 2 Abs. 7 EuWG vorliegend – und dies wäre rechtlich ja eigentlich geboten gewesen – bei der Ermittlung der Mandatsverteilung nach der Wahl nicht angewandt worden wäre, so hätten 8 von 99 Mandaten anders verteilt werden müssen. Alle gültigen Wählerstimmen wären bei der Mandatsverteilung berücksichtigt worden, während allein aufgrund des nichtigen § 2 Abs. 7 EuWG 10,8 % der gültigen Stimmen unter den Tisch fielen. Dies war nicht nur die gültige Stimme des Beschwerdeführers, sondern auch jene von über 2,8 Millionen weiteren Wählern.

In Randnummer 139 des Urteils vom 9. November 2011 räumt das Bundesverfassungsgericht selbst ein, es *“könnte rechnerisch ermittelt werden, auf welche bislang unberücksichtigt gebliebenen Kandidaten kleiner Parteien ohne Anwendung der Fünf-Prozent-Sperrklausel nunmehr bei der Sitzverteilung Mandate entfallen und welche Abgeordneten größerer Parteien umgekehrt bei einer Neuverteilung ihren Sitz im Europäischen Parlament verlieren würden”*. Es bestätigt aber nicht nur den hier dargestellten ohnehin bereits enormen Mindest-Umfang des Wahlfehlers sondern geht sogar noch weiter in dem es ausführt: *“Allerdings lässt sich der Wahlfehler nicht in dieser Weise eingrenzen, da er sich – über die einzelnen Mandate hinaus – auf die Wahl als Ganzes ausgewirkt haben kann.*

*Es ist davon auszugehen, dass die Fünf-Prozent-Sperrklausel auch bei der Europawahl 2009 zu strategischem Wahlverhalten geführt hat. Sie mag eine nicht bestimmbare Anzahl von Wählern davon abgehalten haben, eine an sich bevorzugte kleinere Partei zu wählen, sie kann aber auch bewirkt haben, dass eine Reihe von Wählern ihre Stimme demonstrativ kleinen Parteien gerade im Hinblick auf die voraussichtliche Folgenlosigkeit dieser Wahlentscheidung gegeben hat”.*

Es gab demnach einen mathematisch genau berechenbaren Fehler A (unrechtmäßige Berechnung der Mandatsverteilung wegen nichtiger Sperrklausel) und zudem einen weiteren in seinem Volumen letztlich nicht genau feststellbaren aber dennoch nicht unwesentlicher Fehler B (möglicherweise anderes Wahlverhalten der Wähler bei vorheriger Kenntnis von der Nichtigkeit der Sperrklausel). Die vom Beschwerdeführer vor dem Bundesverfassungsgericht vorrangig beantragte Neuwahl hätte beide Fehler in der wahlrechtsüblichen Weise beseitigt. Die vom Beschwerdeführer dort hilfsweise beantragte Neuberechnung der Mandatsverteilung unter Weglassung des § 2 Abs. 7 EuWG hätte zumindest Fehler A vollständig beseitigt.

Gegen die Methode Neuwahl wendet das Bundesverfassungsgericht in Randnummer 138 ein, dass deren Anwendung vorliegend gegen das “Gebot des geringstmöglichen Eingriffs” verstoßen hätte. Hierzu heißt es dort: *“Die Entscheidung darf nur so weit gehen, wie es der festgestellte Wahlfehler verlangt. Daraus folgt unter anderem, dass vorrangig ein Wahlfehler zu berichtigen ist, statt die Wahl zu wiederholen (BVerfGE 121, 266 <311>)”*. Damit verkennt das Bundesverfassungsgericht jedoch die Konvention und den aus dieser folgenden Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eines Eingriffs.

Eigentlich besagt das Verhältnismäßigkeitsprinzip, dass ein Mittel zunächst einmal geeignet sein muss, ein Ziel zu erreichen und dass erst unter jenen insoweit geeigneten Mitteln das im Hinblick auf andere Eingriffe mildeste auszuwählen ist. Ziel muss dabei die Korrektur des festgestellten Konventionsverstößes sein, hier also des unrechtmäßigen Eingriffs in das Wahlrecht des Beschwerdeführers und der über 2,8 Millionen anderen allein von Fehler A sicher betroffenen Wähler. Zu dessen Korrektur ist der vom Bundesverfassungsgericht praktizierte Verzicht auf Neuwahl (und Neuberechnung) aber schon gar nicht geeignet.

Demnach hätte mit der Argumentation des Bundesverfassungsgerichts allenfalls gerechtfertigt werden können, dass Fehler A hier mit der gegenüber der Neuwahl wesentlich milderen Auswirkung einer bloßen Neuberechnung hätte korrigiert werden können. Die bloße Neuberechnung wäre insoweit sicherlich das mildere und das hinsichtlich des Fehlers A gegenüber einer Neuwahl in gleichem Maße geeignete Mittel gewesen. Insoweit hätte sich dann also nur noch die Frage gestellt, ob auch in gleichem Maße wie hinsichtlich von Fehler A eine Notwendigkeit der Korrektur auch von Fehler B besteht, die durch eine bloße Neuberechnung nicht möglich ist.

Wenn das Bundesverfassungsgericht in den Randnummern 140 und 141 damit argumentiert, dass Fehler B nicht mit der Methode Neuberechnung korrigiert werden kann, so ist dem zuzustimmen. Hieraus kann aber, anders als das Bundesverfassungsgericht dies impliziert, schon rein logisch nicht begründet werden, warum jene Methode dann nicht wenigstens hinsichtlich der Korrektur von Fehler A eingesetzt wurde.

Es gibt aus Sicht des Beschwerdeführers hier somit zwei vertretbare Lösungswege: Entweder man gewichtet den Fehler B hoch und stellt fest, dass dieser durch bloße Neuberechnung nicht zu korrigieren ist. Dann folgt daraus, dass es kein anderes geeignetes Mittel gibt, diesen Fehler zu korrigieren als eine Neuwahl.



Oder aber man stellt stärker auf den unsicheren und eher hypothetischen Charakter von Fehler B ab – der anders als volumenmäßig massive Fehler A nicht genau bezifferbar aus dem feststehenden tatsächlichen Wahlverhalten resultiert, sondern einzig auf der Erwägung beruht, dass einige Wähler eventuell anders gewählt hätten, wenn sie um die Nichtigkeit von § 2 Abs. 7 EuWG gewusst hätten – und kommt dann zu dem Ergebnis, dass dieser Fehler B im Sinne einer de-minimis Lösung vernachlässigt werden kann. Dann aber ist jedenfalls Fehler A mit der Methode der Neuberechnung zu korrigieren.

Letzterem kann dabei anders als das Bundesverfassungsgericht dies in Randnummer 141 am Ende versucht, nicht entgegengehalten werden, dass *“das Wahlrecht eine derartige Neuberechnung nicht kennt und demgemäß keine Vorkehrungen für den Übergang der Mandate trifft”*. Dies ist einerseits unzutreffend andererseits für die hier zutreffende konventionsrechtliche Beurteilung des Vorliegens eines Verstoßes gegen die Konvention und dessen Zusatzprotokoll irrelevant. Die Feststellung eines Wahlergebnisses entspricht einem Verwaltungsakt, das Wahlprüfungsverfahren dessen Anfechtung. Diese Anfechtung musste hier aufgrund der dem Verwaltungsakt zugrunde liegenden wichtigen Rechtsgrundlage durchgreifen. Die Wahlergebnisfeststellung musste demnach erneut, diesmal ohne den wichtigen § 2 Abs. 7 EuWG erfolgen und gleiches gilt dann auch für die Mandate die mit Feststellung des neuen Ergebnisses an andere Personen übergehen. Nichts anderes besagen die ausschließlich auf die (Neu-)Feststellung des Wahlergebnisses abstellenden §§ 21 Abs. 1 und 22 Abs. 2 Nr. 2 EuWG, die vom Bundesverfassungsgericht leider ignoriert wurden. Selbst für den Fall, dass jene Normen hier in der Tat nicht direkt anwendbar sein sollten, wäre jedenfalls deren analoge Anwendung durchaus möglich gewesen und schließlich hätte dem Bundesverfassungsgericht auch noch die Möglichkeit der Lösung einer Lückenfüllung mit Gesetzeskraft in direkter oder analoger Anwendung von § 31 Abs. 2 BVerfGG zur Verfügung gestanden. Zur Nutzung dieser Möglichkeiten war die Bundesrepublik Deutschland auch konventionsrechtlich verpflichtet, da Unzulänglichkeiten des nationalen Rechts die – wie vorliegend – zu Konventionsverstößen führen konventionsrechtlich eben nicht einfach hinzunehmen, sondern zu korrigieren sind. Dadurch dass dies vorliegend ausblieb hat die Bundesrepublik Deutschland die Art. 1, 13 und 46 der Konvention und den Art. 3 des 1. Zusatzprotokolls verletzt.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus den anderen vom Bundesverfassungsgericht angeführten Gründen. Insbesondere weder aus dem *“Erfordernis des Bestandsschutzes einer gewählten Volksvertretung”*, noch aus *“dem Bestandsschutz der im Vertrauen auf die Verfassungsmäßigkeit des Europawahlgesetzes zusammengesetzten Volksvertretung”*, noch aus eventuellen Störungen in der laufenden Arbeit des europäischen Parlaments, noch aus dem Bestandsschutz der erworbenen Mandate. Bei all jenen Argumenten übersieht das Bundesverfassungsgericht, dass ein schützenswerter Bestand oder schützenswertes Vertrauen contra legem, nur dort entstehen kann, wo materiell rechtswidrige Situationen sich über lange Zeit verfestigt haben, wo ein höherrangiges Schutzbedürfnis besteht und wo kein Anlass für Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Situation bestand, Gutgläubigkeit also gedeihen konnte. All diese Voraussetzungen lagen hier nicht vor.

Dies folgt schon daraus, dass im Rechtsstaat Vertrauens- und Bestandsschutz hinsichtlich einer staatlichen Entscheidung solange nicht bestehen kann, solange diese noch mit rechtmäßigen und fristgemäß eingelegten Rechtsmitteln angegriffen werden kann. Erst wenn die üblichen Fristen abgelaufen oder Rechtsmittelverfahren zum Abschluss gekommen sind besteht Raum für Vertrauens- und Bestandsschutz, da dieser sonst letztlich ja effektiven Rechtsschutz und faires Verfahren stets behindern würde. Demnach darf sich niemand, weder der Staat, noch ein zunächst scheinbar gewählter Abgeordneter, endgültig auf ein Wahlergebnis verlassen, solange die auch nach Art. 13 der Konvention gebotene wirksame Beschwerdemöglichkeit noch besteht. Dies ist ja gerade der Sinn und Zweck der Wahlanfechtungsverfahren.

Auch bestand hier keine besondere Notfallsituation, wie sie z.B. vorstellbar wäre, wenn ein Staat in einer besonderen Krise wegen einer erfolgreichen Wahlanfechtung ohne handlungsfähiges Parlament und/oder Regierung dastünde. Eine Neuberechnung hätte hier nur 8 von 754 Abgeordneten des Europäischen Parlaments betroffen, die noch dazu sofort ersetzt worden wären. Auch bei einer Neuwahl wären die 99 Abgeordneten aus Deutschland bis zur Neufeststellung des Wahlergebnisses nach § 22 Abs. 2 EuWG im Mandat geblieben und dann – wahrscheinlich angesichts des in Deutschland üblichen Prinzips der starren Listen, ebenfalls nur zu einem geringen Teil – übergangslos ersetzt worden. Das Europäische Parlament, das im Übrigen schon viele Fälle von Umbestzungen innerhalb einer Legislaturperiode ohne Probleme überstanden hat, hätte in der gleichen Art und Weise ungestört seine Aufgaben auch weiterhin erfüllen können.

Es bestand auch kein Anlass für die Annahme einer übermäßigen Gutgläubigkeit und übermäßigen Vertrauens in die Rechtmäßigkeit von § 2 Abs. 7 EuWG. Diese hatte, soweit sie zuvor bestanden haben mag, das Bundesverfassungsgericht selbst spätestens mit seiner Entscheidung vom 13. Februar 2008 (BVerfGE 120,82) selbst aufgehoben bzw. für unberechtigt erklärt. Dies nicht nur weil sich die hier streitgegenständliche Entscheidung vom 9. November 2011 wie gezeigt maßgeblich auf jene Entscheidung stützt, sondern vor allem weil in der Entscheidung vom 13. Februar 2008 (BVerfGE 120,82) nochmals und in besonderem Maße betont wurde, dass maßgeblich für die Frage der Rechtmäßigkeit der Beibehaltung der Sperrklausel allein die aktuellen Verhältnisse sind. In jenem Urteil wurde ebenfalls eine zuvor bestehende Sperrklausel aufgrund geänderter Umstände als nichtig eingestuft und das Urteil vom 9. November 2011 stellt in Randnummer 90 selbst dar, dass dies in völliger Kontinuität zur früheren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht geschah. Selbst in dem in Randnummer 144 als vertrauensbegründend angeführten Beschluss vom 22. Mai 1979 (BVerfGE 51, 222) hatte das Bundesverfassungsgericht an verschiedenen Stellen deutlich gemacht, dass auch jene Entscheidung nicht ein für alle Mal, sondern nur für die damalige konkrete Situation gelten sollte (vgl. z.B. dort Randnummer 93). Eine besondere Vertrauenswürdigkeit hinsichtlich der Rechtmäßigkeit von § 2 Abs. 7 EuWG zum Zeitpunkt der Wahl am 7. Juni 2009 oder danach war demnach nicht gegeben.

Für den informierten Beobachter war vielmehr umgekehrt auch aufgrund der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 11. März 2009 (2 BvR 378/09) und aufgrund der öffentlichen Petition des Beschwerdeführers vom 28.04.2009 und dessen öffentlicher Ankündigung eines Wahlprüfungsverfahrens in deren Begründung (“Der Bundestag sollte seine Handlungsfähigkeit unter Beweis stellen und die wahrscheinlich verfassungswidrige Vorschrift aufheben, ohne sich, im Rahmen eines Wahlprüfungsverfahrens nach der Europawahl, erneut aus Karlsruhe eines Besseren belehren lassen zu müssen.”) und deren öffentlicher Diskussion (im Beitrag vom 18.05.2009: “Eine erneute Vorlage an das BVerfG ist für nicht Organstreit-Berechtigte erst nach einer erfolglosen Wahlprüfungsbeschwerde möglich und jene wird hinsichtlich der Europawahl 2009 durch den Petenten erfolgen.”), dass sich das Bundesverfassungsgericht im Rahmen eines Wahlprüfungsverfahrens mit der Frage der Gültigkeit von § 2 Abs. 7 EuWG befassen würde.

Aus konventionsrechtlicher Sicht kommt hinzu, dass der Spielraum der Vertragspartei sich gegenüber Wiedergutmachung von eingetretenen Konventionsverletzungen auf Bestandsschutzerwägungen zu berufen dann besonders streng und eng zu beurteilen ist, wenn jene Vertragspartei es durch die Ausgestaltung ihrer Rechtsordnung zuvor verhindert hat, dem Beschwerdeführer ein wirksames Mittel für die vorherige Abwendung einer von diesem zu Recht als drohend angesehenen Vertragsverletzung an die Hand zu geben. Wenn die Bundesrepublik Deutschland, wie geschehen, eine Überprüfung des Wahlrechts im Vorfeld einer Wahl verhindert, kann sie sich nicht nachträglich wenn ein Wahlrechtsverstoß feststeht darauf berufen, diesen wegen Bestandsschutzes folgenlos bleiben zu lassen.

IV.

Gegen den Beschluss des Bundestages wurde Beschwerde zum Bundesverfassungsgericht eingelegt. Gegen die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts wurde Wahlprüfungsbeschwerde eingelegt.

Weitere Rechtsmittel gegen diese Entscheidung sind nicht möglich.

V.

Ziel der Beschwerde ist die Feststellung des Verstoßes der Bundesrepublik Deutschland gegen Art. 13 der Konvention und Art. 3 ihres 1. Zusatzprotokolls.

Als deren Folge wäre die Bundesrepublik Deutschland verpflichtet gewesen, den Konventionsverstoß durch geeignete Maßnahmen abzustellen (z.B. eine Neuwahl oder Neuberechnung der Sitzverteilung soweit die gegenwärtige Legislaturperiode des EU-Parlaments zum Zeitpunkt der Rechtskraft der Entscheidung noch andauert) und entsprechende Konventionsverstöße zukünftig zu vermeiden (z.B. durch Änderung der Normen des Wahlrechts und/oder der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die die tatsächliche Effektivität von erfolgreichen Wahleinsprüchen und Wahlprüfungsbeschwerden zukünftig gewährleisten).

Ulrich Fuchs  
Rechtsanwalt