

Dr. Björn Benken
An der Wabe 5
D-38104 Braunschweig

info@wahlreform.de, Tel.: 0531-3789500

An das
Bundesverfassungsgericht
Schlossbezirk 3
76131 Karlsruhe

Wahlprüfungsbeschwerde

Gemäß § 13 Nr. 3 und § 48 Bundesverfassungsgerichtsgesetz (BVerfGG) wende ich mich mit dieser Wahlprüfungsbeschwerde gegen die Zurückweisung meines Wahleinspruchs vom 21. November 2013¹ durch den Deutschen Bundestag, beschlossen in der Sitzung des Wahlprüfungsausschusses am 26. Juni 2014². Dem Einspruchsführer wurde der Beschluss am 5. Juli 2014 zugestellt.

Im genannten Wahleinspruch kritisierte ich die in verfassungswidriger Weise zustande gekommene Verletzung des Grundrechts auf Gleichheit der Wahl nach Art. 3 und Art. 38 Abs. 1 Grundgesetz (GG) bzw. § 1 Bundeswahlgesetz (BWG) und beantragte festzustellen, dass bei der Wahl zum 18. Deutschen Bundestag ein Wahlfehler von erheblichem Gewicht aufgetreten ist, weil das der Wahl zugrundeliegende Bundeswahlgesetz aufgrund der konkreten Ausgestaltung des § 4 BWG in Verbindung mit § 6 Abs. 3 Satz 1 BWG unvereinbar mit der Verfassung ist. Ferner bat ich den Deutschen Bundestag, eine verfassungskonforme Neufassung des Bundeswahlgesetzes zu beschließen, die rechtzeitig zur kommenden Bundestagswahl in Kraft treten möge.

Zusätzlich zu der im Wahleinspruch vorgelegten Begründung sollen nun in dieser Wahlprüfungsbeschwerde die wichtigsten Aussagen zusammengefasst, die Entscheidung des Wahlprüfungsausschusses kommentiert sowie einzelne, verfassungsrechtlich bedeutsame Punkte weiter vertieft und ergänzt werden.

¹ Der Wahleinspruch ist am 22.11.2013 beim Deutschen Bundestag eingegangen und wird dort unter dem Aktenzeichen WP 182/13 geführt. Der Wortlaut des Einspruchs wurde vom Einspruchsführer auch im Internet veröffentlicht unter <http://www.wahleinspruch.de>.

² Die Entscheidung des Bundestages ist veröffentlicht in der BT-Drucksache 18/1810, Anlage 50, <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/018/1801810.pdf>, S. 329 bis 334.

GLIEDERUNG

- I. Zusammenfassung der Thesen des Wahleinspruchs vom 21.11.2013
- II. Erwiderung auf die Zurückweisung des Einspruchs durch den Deutschen Bundestag
- III. Diskussion von Einzelaspekten
 1. Eine unkompensierte Sperrklausel verletzt nicht nur die Gleichheit, sondern auch die Freiheit der Wahl.
 2. Die Sicherung der Funktionsfähigkeit von Parlament und Regierung ist für sich genommen kein legitimer Zweck im Sinne der Verfassung.
 3. Ziel und Umfang eines Sperrquorums sind stets wörtlich zu verstehen.
 4. Paradoxe Effekte in der Form, dass die Wahl einer Kleinpartei die Gesamtsitzzahl der Bundestagsparteien erhöht, sind verfassungswidrig.
- IV. Fazit

I.

Zusammenfassung der Thesen des Wahleinspruchs vom 21.11.2013

Im Kern greift der Wahleinspruch einen verfassungsrechtlichen Grundsatz auf, der besagt: Wenn ein Instrument Grundrechtseingriffe verursacht und wenn ein zweifelsfrei milderes Mittel (d.h. ein anderes Instrument, welches den legitimierenden Zweck des Eingriffs in mindestens gleichem Umfang, aber bei einer deutlich geringeren Intensität der Grundrechtseingriffe erreicht) verfügbar ist, dann muss dieses Instrument statt der ursprünglichen Lösung eingeführt werden.

Übertragen auf den vorliegenden Fall bedeutet dies: **Wenn es im Vergleich zur derzeit geltenden Sperrklausel ein zweifelsfrei milderes Mittel gibt, welches zu einem identischen Regelungserfolg, aber zu einer deutlich geringeren Verletzung von Grundrechten führt, dann muss dieses Instrument anstelle der derzeit geltenden Sperrklausel eingeführt werden.**

Der genannte Grundsatz spiegelt sich auch in der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wider. So wurde u.a. im Urteil vom 10. April 1997 festgestellt, dass in Fragen der formalen Wahlrechtsgleichheit Differenzierungen nur durch zwingende Gründe gerechtfertigt sind. Hierzu führt das Urteil weiter aus (BVerfGE 95, 335 [376 f.]):

"a) [...] 'Zwingend' im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts können auch Gründe für eine Differenzierung sein, deren Zweck daran ausgerichtet ist, die staatspolitischen Ziele einer Parlamentswahl zu verfolgen oder Störungen des Staatslebens entgegenzuwirken. Durch die Verfolgung eines solchen Zwecks kann die Beeinträchtigung der formalen Wahlrechtsgleichheit aber nur insoweit gerechtfertigt werden, als die Differenzierung zur Erreichung des Zwecks erforderlich ist. [...] Ein zwingender Grund für eine Ungleichbehandlung von Wählerstimmen liegt daher nicht schon dann vor, wenn der Gesetzgeber seinen Zweck auch durch Maßnahmen verfolgen kann, die eine Differenzierung ohne Beeinträchtigung anderer von der Verfassung geschützter Belange vermeiden (verfassungsfreundliche Maßnahme).

b) Ist eine differenzierende gesetzliche Regelung an einem verfassungsrechtlich legitimen Zweck orientiert und überschreitet sie das Maß des zur Erreichung dieses Zieles Erforderlichen nicht, so sind die Grenzen des gesetzgeberischen Ermessens gewahrt. Das Bundesverfassungsgericht hat nur die Einhaltung dieser Grenzen zu überprüfen und nicht, ob die vom Gesetzgeber gefundene Lösung ihm zweckmäßig oder rechtspolitisch erwünscht erscheint [...]."

Das Unterlassen, ein im Verfassungssinn milderes Mittel zu berücksichtigen, ist folglich streng zu trennen von dem Unterlassen, lediglich eine allgemein mildere Regelung einzuführen. Letzteres untersteht zu Recht dem grundsätzlichen Ermessensspielraum des Gesetzgebers. Im Bereich des Wahlrechts z.B. steht es

dem Gesetzgeber grundsätzlich frei, ob er innerhalb der vom Bundesverfassungsgericht gezogenen Obergrenze für das Sperrquorum dieses Quorum noch weiter absenken will oder ob er ergänzende Maßnahmen einführen möchte (wie z.B. eine Grundmandatsklausel oder Ausnahmen für Parteien nationaler Minderheiten), die geeignet sind, den angestrebten Regelungszweck (und damit den "zwingenden", legitimierenden Grund für den Grundrechtseingriff) stellenweise wieder etwas aufzuweichen und somit in der Folge auch das Ausmaß des Grundrechtseingriffs abzumildern.³ Diese Maßnahmen sind aber per Definition gerade kein "milderes Mittel" im verfassungsrechtlichen Sinne, weil sich hier Regelungszweck und Eingriffsintensität gleichgerichtet verändern. Ein im verfassungsrechtlichen Sinne milderes Mittel hingegen ist dadurch gekennzeichnet, dass es sich hier um ein Instrument handelt, welches einen **gegebenen** Regelungszweck mit geringeren Grundrechtsverletzungen erreichen kann.

Bei Existenz eines gleich geeigneten, aber schonenderen Mittels gibt es keinen Ermessens- und Gestaltungsspielraum für den Gesetzgeber. Es steht dem Gesetzgeber gerade **nicht** frei, bei einem gegebenen Regelungszweck eine Ausgestaltung zu wählen, die mit unnötig hohen Grundrechtseingriffen verbunden ist. Leider wird in Teilen der juristischen Literatur die unbestreitbar gegebene Freiheit des Gesetzgebers, eine bestimmte Maßnahme und den durch sie angestrebten Schutzzweck (und somit zugleich ihre negativen Auswirkungen) abzumildern, umgedeutet in die Freiheit, auch ein im Verfassungssinn milderes Mittel nach Belieben einzuführen - oder eben auch nicht einzuführen. Mit einer solchen Haltung würden jedoch die Vorgaben der Verfassung ad absurdum geführt.

Jeder Grundrechtseingriff ruft eine Rechtfertigungssituation hervor und ist nur unter der Voraussetzung und nur solange zulässig, wie alternative Instrumente, die den Regelungszweck mit weniger einschneidenden Eingriffen in Grundrechte erreichen, nicht existieren. Auch in den Urteilen des Bundesverfassungsgerichts, die die Sperrklausel-Thematik betreffen, kommt diese Regel zum Ausdruck; z.B. wenn das Gericht immer wieder betont, dass differenzierende Regelungen zur Verfolgung ihrer Zwecke geeignet und erforderlich sein müssen und dass das Maß des zur Erreichung des anvisierten Zieles Erforderlichen nicht überschritten werden dürfe (vgl. u.a. BVerfGE 129, 300 [321]).

Dass hieraus für den Problembereich der Sperrklausel bisher noch keine praktischen Konsequenzen gezogen wurden, liegt ganz offenbar daran, dass bisher kaum zur Kenntnis genommen wurde, dass auf diesem Gebiet mildere Mittel existieren. Nachdem diese Erkenntnis aber mittlerweile in den Politikwissen-

³ Vgl. dazu Martin Führ, "Rationale Gesetzgebung - Systematisierung verfassungsrechtlicher Anforderungen", Darmstadt 1998: *"Die Erforderlichkeit einer stärker eingreifenden Regelung ist dabei nicht schon dann zu verneinen, wenn sich mit einem niedrigeren Schutzniveau eine einvernehmlichere und damit tendenziell 'freiheitsschonendere' Lösung abzeichnet. Zur Wahl dieses Weges ist der Gesetzgeber 'allenfalls berechtigt, aber nicht verpflichtet'".* (Hervorhebung nicht im Original).

schaften immer mehr Rückhalt gewinnt⁴, wäre es angebracht, eine verfassungsrechtliche Prüfung in die Wege zu leiten, um die Verfügbarkeit milderer Mittel grundlegend zu untersuchen.

Um sich der Frage, ob tatsächlich mindestens *ein* milderes Mittel existiert, auf behutsamem Wege anzunähern, empfiehlt es sich, zunächst das wahlrechtliche Instrument eines **zusätzlichen realen Stichwahlgangs** (vgl. Abschnitt 4.1. des Wahleinspruchs) näher zu betrachten. Es zeigt sich nämlich, dass bereits diese Lösung - die einfach umzusetzen wäre und gut in ihren Folgen abgeschätzt werden kann - ein wirksames Mittel gegen den massenhaften Verlust des Erfolgswertes von Stimmen wäre. Der erste Wahlgang bietet allen Parteien und allen Wählern dieselben Chancen und stellt quasi die Qualifikation für den entscheidenden zweiten Wahlgang dar. In diesem zweiten Wahlgang ist die Auswahl auf dem Stimmzettel um jene Parteien bereinigt, die im ersten Wahlgang nicht das erforderliche Sperrquorum erreicht haben. Alle Parteien, die im Finalwahlgang vertreten sind, werden folglich auch im Bundestag Sitz und Stimme haben; somit ist per Definition der Erfolgswert *aller* Stimmen, die im zweiten Wahlgang abgegeben werden, garantiert.

Aufgrund dieser Eigenschaften eignet sich der zusätzliche reale Stichwahlgang als Referenzmaßstab und Rückfallposition, wenn die verfassungsrechtlichen Folgen eines Umstiegs von einer unkompensierten auf eine kompensierte Sperrklausel⁵ analysiert werden sollen. Nicht zuletzt ist dieses Instrument immun gegen Bedenken einer generellen Impraktikabilität, weil Stichwahlen in vielen Bereichen (z.B. bei Bürgermeisterwahlen) ein sehr weit verbreitetes und gut erprobtes wahlrechtliches Instrument sind. Demokratiethoretisch könnte an einem zusätzlichen Stichwahlgang eventuell moniert werden, dass sich im zweiten Wahlgang die Grundgesamtheit der Wähler gegenüber dem ersten Wahlgang verändern kann. Doch auf welche Gründe auch immer diese Verschiebungen zurückzuführen sind... sie liegen in der alleinigen Entscheidungssphäre der Wähler und sollten deshalb nicht von außen bewertet werden.

Auch das Argument, ein zusätzlicher Stichwahlgang wäre aufgrund seiner Mehrkosten nicht angemessen und nicht verhältnismäßig, zieht nicht. Denn erstens sind z.B. Bürgermeisterwahlen im Zweifel unwichtiger als eine Bundestagswahl; doch trotz dieser - im Vergleich zu Bundestagswahlen - geringeren Bedeutung ist in *allen* Kommunalwahlgesetzen eine Stichwahl bei Bürgermeisterwahlen festgeschrieben. Wenn Stichwahlen dort als verhältnismäßig und angemessen beur-

⁴ Vgl. u.a. Hermann K. Heußner: "Die 5%-Sperrklausel: Nur mit Hilfsstimme! - Zur Evaluation des Wahlrechts im Saarland und darüber hinaus", Zeitschrift für Landes- und Kommunalrecht (LKRZ), Ausgabe 1/2014, S. 7-12 und 2/2014, S. 52-57.

⁵ Mit unkompensierter Sperrklausel ist das derzeit herrschende Sperrklausel-System gemeint, während kompensierte Sperrklauseln dadurch gekennzeichnet sind, dass sie bei gleichem Regelungserfolg den Umfang der Grundrechtseingriffe reduzieren können; vgl. dazu im Wahleinspruch die Einleitungen zu den Abschnitten 2 und 4.

teilt werden, müsste dies für die Einführung eines zusätzlichen Stichwahlgangs bei Bundestagswahlen erst recht gelten.

Zweitens würde bei einer Personen-Mehrheitswahl auch dann der Grundsatz der Wahlgleichheit nicht verletzt sein, wenn es nur einen einzigen Wahlgang gäbe - denn bei der Mehrheitswahl kann der Grundsatz der Wahlgleichheit nur den gleichen Zählwert der Stimmen verlangen⁶, der Erfolgswert ist in diesem Zusammenhang nicht relevant. Im krassen Gegensatz dazu ist bei der Bundestagswahl 2013 die Gleichheit der Wahl massiv verletzt worden, weil fast jede sechste Wählerstimme keinen Erfolgswert erhielt und bei der Mandatsberechnung unter den Tisch fiel. Wenn also sogar bei Bürgermeisterwahlen - ohne direkte verfassungsrechtliche Notwendigkeit - ein zusätzlicher Stichwahlgang als sinnvoll eingestuft wird, so ist nicht einzusehen, warum dem Stichwahlgang bei Bundestagswahlen wegen eines organisatorischen und finanziellen Mehraufwands die Angemessenheit bzw. Verhältnismäßigkeit abgesprochen werden sollte. Im Übrigen scheint es auch sonst keine verfassungsrechtlichen Bedenken gegen Stichwahlen zu geben, weil noch niemals ein deutsches Gericht die Verfassungswidrigkeit eines zusätzlichen Stichwahlgangs z.B. bei Bürgermeisterwahlen festgestellt hat.

Falls ein zusätzlicher Stichwahlgang dennoch als zu aufwändig oder in anderer Weise als nicht passend empfunden werden sollte, gäbe es immer noch die elegante Lösung, **zwei Wahlgänge in einen** zu integrieren und dem Wähler die Möglichkeit zu geben, zeitgleich mit der Stimmabgabe im Primärwahlgang auch jene Partei zu benennen, die im Finalwahlgang die betreffende Stimme erhalten soll. Ist auf dem Stimmzettel nur eine einzige Präferenz angegeben (z.B. mittels '1' oder Kreuz), zählt die Stimme in beiden Wahlgängen für dieselbe Partei. Das Vorurteil, solch ein Wahlverfahren wäre impraktibel, fällt in sich zusammen, sobald man sich im Detail anschaut, welche unter dem Strich eher geringfügigen Änderungen das neue Wahlsystem mit sich bringen würde. Folgende Eigenschaften können festgestellt werden:

1.) **Minimalinvasiv:** Das Aussehen der Stimmzettel könnte im zentralen Teil völlig unverändert bleiben. Lediglich die Erläuterungen im oberen Teil des Stimmzettels müssten redaktionell angepasst werden.

2.) **Abwärtskompatibel:** Die große Mehrheit der Wähler (80 bis 90 Prozent) würde ihre Stimmen weiterhin auf völlig unveränderte Weise abgeben, denn nur für die Anhänger von Kleinparteien (die ca. 10 bis 20 Prozent aller Wähler ausmachen) wäre die Option, nachrangige Präferenzen zu benennen, überhaupt von praktischer Relevanz. Aber kein Wähler einer Kleinpartei wäre verpflichtet, die neue Option zu nutzen und nachrangige Präferenzen zu vergeben. Jeder, der auf herkömmliche Weise wählt, hätte eine vollgültige Stimme abgegeben.

⁶ Vgl. Steffi Menzenbach / Dirk von der Hude (Deutscher Bundestag / Wissenschaftliche Dienste): "Aktueller Begriff: Wahlrecht und Wahlsystem", o.J.

3.) **Intuitiv einleuchtend:** Auch in diesem Wahlsystem könnten Wähler nach einer sehr einfachen Formel ihre Wahlentscheidung treffen, die z.B. lautet:

"Kennzeichne deine Lieblingspartei auf dem Stimmzettel mit einer '1' oder einem Kreuz. Wenn denkbar ist, dass deine Lieblingspartei an der Sperrklausel scheitert, kannst du auf dem Stimmzettel mittels einer '2' bestimmen, welche Partei in diesem Fall die ansonsten verlorene Stimme bekommen soll."

Übrigens zeigt sich, dass in Wahlsystemen, in denen die Wähler mit Rangziffern statt mit Kreuzen wählen, der Anteil der ungültigen Stimmen nicht nennenswert höher ist. Ein direkter Vergleich zwischen beiden Wahlsystemen ist bei Europawahlen möglich, weil die Wähler in Irland und Nordirland ihre Abgeordneten mittels eines Rangfolgewahlverfahrens bestimmen. Dort betrug die Zahl der ungültigen Stimmen 2,5 bzw. 2,4 Prozent (2009 bzw. 2014), während sie z.B. in Deutschland bei 2,2 bzw. 1,6 Prozent lag.⁷

4.) **Unverzögert:** Die Erst-Auszählung würde auf prinzipiell identische Weise wie beim derzeitigen Wahlsystem erfolgen und dieselbe Zeit benötigen. Die Ergebnisse auf Basis der Erstpräferenzen würden der Öffentlichkeit ebenso schnell wie im jetzigen System vorliegen. Je nach Wahlausgang könnte es sogar sein, dass der Wahlsieger früher feststeht als im jetzigen System: wenn nämlich die Frage, ob eine kleine Partei die Sperrhürde überspringt oder nicht, auf die Regierungsmehrheit plötzlich keinen Einfluss mehr hat, weil demoskopisch absehbar ist, dass ein Teil ihrer Wähler in Zweitpräferenz den größeren Koalitionspartner gewählt hat und diese Stimmen somit für das Regierungslager nicht "verloren" sind. Zu Einzelheiten siehe Abschnitt 4.2. des Wahleinspruchs.

5.) **Überschaubar:** Lediglich die Final-Auszählung würde einen gewissen zusätzlichen Zeitaufwand erfordern, wobei aber schätzungsweise überhaupt nur auf 10 bis 20 Prozent aller Stimmzettel nachrangige Präferenzen angegeben wären - diese müssten ein weiteres Mal ausgezählt und die Kombinationen aus Erstpräferenzen und nachrangigen Präferenzen festgehalten werden. Dieser Mehraufwand stünde jedoch weit hinter dem zurück, was Wahlvorstände in süddeutschen Bundesländern leisten müssen, wenn bei Kommunalwahlen Kumulieren und Panaschieren erlaubt sind und die Wähler teilweise 60 Stimmen oder mehr auf verschiedene Kandidaten verteilen können.

⁷ Quellen: <http://electionsireland.org/results/europe>, <http://bundeswahlleiter.de>. Bei der Interpretation dieser Zahlen müssen allerdings Korrelationen zu anderen Größen (z.B. der Wahlbeteiligung) sowie nationale Besonderheiten berücksichtigt werden. Insbesondere ist die Tatsache zu beachten, dass in der Zahl ungültiger Stimmen immer auch ein mehr oder weniger großer Teil von Wählern enthalten ist, die ihre Stimme bewusst ungültig gemacht haben, um ihren Protest gegen *alle* zur Wahl stehenden Parteien auszudrücken. Auswertungen in jenen EU-Staaten, wo leere Stimmzettel in Abgrenzung zu ungültigen Stimmen gesondert erfasst werden (z.B. Frankreich und Portugal), zeigen, dass leere Stimmen etwa 60 bis 70 Prozent der Summe aus leeren und ungültigen Stimmzetteln ausmachen.

Nachdem also die Frage der Durchführbarkeit sowohl für reale Stichwahlgänge als auch für virtuelle Stichwahlgänge (dort in Form einer "Ersatzstimme" oder als sogenannte "Dualwahl") bejaht werden muss, soll nachfolgend die Frage der **Zweckmäßigkeit** untersucht werden. Hierfür sprechen viele Indizien. Die Erfahrung zeigt z.B., dass Stichwahlen ein hervorragendes Mittel gegen "falsche Mehrheiten" sind. Nehmen wir an, von drei Kandidaten entstammen zwei dem Lager A; diese kämen auf 30 bzw. 34 Prozent der Stimmen. Ohne Stichwahl wäre der Kandidat des Lagers B mit 36 Prozent gewählt, obwohl er eine absolute Mehrheit weit verfehlt hat. In Frankreich, Irland und vielen anderen Staaten wird die Gefahr einer solchen Mehrheitsumkehr als so bedeutsam eingeschätzt, dass man bei der Wahl des Staatspräsidenten eine landesweite Stichwahl durchführt, um den Gewählten im zweiten Wahlgang auf jeden Fall mit einer absoluten Mehrheit auszustatten.

Bei Parteilisten-Wahlen unter Einbeziehung einer Sperrklausel ergeben sich ähnliche Legitimitätsprobleme wie bei Personenwahlen ohne Stichwahl, denn die unkompensierte Sperrklausel kann dafür verantwortlich sein, dass Mehrheitsverhältnisse umgedreht werden. Allein schon aus diesem Grund wäre ein zusätzlicher Stichwahlgang (egal ob real oder virtuell) als zweckmäßig anzusehen. Darüber hinaus wäre die Maßnahme geeignet, noch weitere unerwünschte Nebenwirkungen der unkompensierten Sperrklausel abzumildern oder zu beseitigen; vgl. dazu Abschnitt 5.1 des Wahleinspruchs.

Es gibt im Übrigen auch **keinerlei verfassungsrechtliche Bedenken** gegen die Einführung kompensierter Sperrklauselsysteme, wie in Abschnitt 5.2 des Wahleinspruchs ausführlich dargelegt wird. Dies wäre auch sehr verwunderlich, wo doch sehr ähnlich wirkende Wahlsysteme in altehrwürdigen Demokratien wie z.B. Irland oder Australien schon jahrzehntelang zum Einsatz kommen.⁸

Die Zweckmäßigkeit, die Durchführbarkeit und die Verfassungskonformität alternativer Instrumente sind zwar notwendige, aber keinesfalls auch schon hinreichende Bedingungen für ihre Einführung. Würde es allein nach diesen drei Kriterien gehen, so bliebe es immer noch der freien Entscheidung des Gesetzgebers überlassen, ob er sie anwenden möchte oder nicht. Dieser Gestaltungsspielraum besteht allerdings nicht mehr, sobald Grundrechtseingriffe gerechtfertigt werden müssen.

Dass mit unkompensierten Sperrklauseln die Gleichheit der Wahl verletzt wird, ist unstrittig. Und es sollte auch unstrittig sein, dass die **Intensität der Eingriffe** nicht bloß marginal, sondern massiv ist. Der Verlust der Stimme - die allein schon deshalb wertvoll ist, weil ein Wähler sie nur alle vier Jahre einmal abgeben darf - ist der größtmögliche Eingriff im Bereich des Wahlrechts; danach folgt der Verlust des Erfolgswerts der Stimme bei vorhandenem Zählwert. Wären alle Wähler

⁸ Unter <http://wahleinspruch.de>, S. 26 f. werden die dortigen Wahlsysteme näher beschrieben.

von Unter-5%-Parteien am Wahltag zu Hause geblieben, so hätte dies nichts an der Sitzverteilung im Bundestag geändert. In einigen Fällen hat sich erst nachträglich herausgestellt, dass die Wähler ihre Stimme "verschenkt" hatten; bei den meisten Kleinparteien jedoch war ihre Erfolglosigkeit schon vor der Wahl klar absehbar.

Zu der individuell hohen Eingriffsintensität gesellt sich eine gesamtgesellschaftlich hohe Eingriffsintensität. Wenn - wie bei der Bundestagswahl 2013 - fast jeder sechste Wähler davon betroffen ist, dass seine Stimme bei der Berechnung der Mandatsverteilung nicht berücksichtigt wurde, hat man es nicht mehr mit einem Randgruppenphänomen zu tun. In Verbindung mit der Tatsache, dass diese Verletzung von Grundrechten unnötig ist und mit geeigneten Maßnahmen umgangen werden könnte, ergibt sich eine **Verpflichtung** für den Gesetzgeber, den Status quo zu ändern.

Sofern der Gesetzgeber durch das Bundesverfassungsgericht dazu verpflichtet wird, auf *irgendein* Wahlsystem mit kompensierter Sperrklausel umzusteigen (oder die Sperrklausel ganz abzuschaffen, falls er diese Lösung bevorzugt), hätte er im Rahmen dieser Vorgabe noch immer einen **ausreichend großen Gestaltungsspielraum** bei der Entscheidung für ein bestimmtes Modell. Es kämen dann insbesondere die folgenden vier Optionen in Betracht, die in Abschnitt 4 des Wahleinspruchs detailliert vorgestellt werden:

- A) Zusätzlicher, realer Stichwahlgang
- B) Klassische Ersatzstimme (nur eine nachrangige Präferenz möglich)
- C) Einstufige Dualwahl
- D) Mehrstufige Dualwahl.

Alle genannten Instrumente erfüllen den Anspruch, die Gleichheit der Wahl, die Freiheit der Wahl und die Chancengleichheit der Parteien in einem weitaus größeren Maße zu garantieren als das Referenzmodell der unkompensierten Sperrklausel und dabei gleichzeitig die prinzipielle Schutzwirkung der Sperrklausel nicht anzutasten. Unterzieht man die vier neuen Instrumente untereinander einer paarweisen Prüfung, so zeigt sich, dass ihre verfassungsrechtliche Beurteilung jeweils leicht unterschiedlich ausfällt (vgl. dazu ausführlich Abschnitt 5 des Wahleinspruchs). Als das verfassungsrechtlich mildeste Mittel dürfte sich dabei die einstufige Dualwahl ohne Limitierung von Präferenzen herauskristallisieren, weil sie

- im Vergleich zum zusätzlichen, realen Stichwahlgang mit deutlich geringerem Aufwand umsetzbar ist (Aspekt der Angemessenheit),
- im Vergleich zur klassischen Ersatzstimme eine noch geringere Einschränkung der Gleichheit bzw. Freiheit der Wahl mit sich bringt und
- im Vergleich zur mehrstufigen Dualwahl die vorgefundene "reine" Konzentrationswirkung der Sperrklausel eins zu eins übernimmt.

Ob allerdings diese (kleinen) Unterschiede ausreichen, den Gesetzgeber bereits jetzt auf eine bestimmte Unterart eines kompensierten Sperrklauselsystems festzulegen, ist sehr fraglich. Schon aus praktischen Erwägungen dürfte es ungünstig sein, den Entscheidungsraum voreilig - vor Abschluss einer Prüfungsphase bzw. Erprobungsphase - auf ein einziges kompensiertes Sperrklauselsystem einzuzengen. Außerdem wird zu Recht der Ermessensspielraum des Gesetzgebers stets als ein sehr hohes Gut gesehen; dem hat auch das Bundesverfassungsgericht in zahlreichen Urteilen Rechnung getragen. Ohne Not darf dieser grundsätzliche Spielraum nicht eingeschränkt werden.⁹

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass der **Ermessensspielraum des Gesetzgebers** dann nicht gegeben ist, wenn bei Grundrechtseingriffen mildere Mittel vorliegen. Hingegen ist ein Ermessensspielraum gegeben, wenn es darum geht, welche von mehreren¹⁰ milderen Alternativen der Gesetzgeber einführt.

Es sei nochmals betont, dass sich diese Aussagen zwingend aus verfassungsrechtlichen Grundsätzen herleiten. Gegenüber der eher normativ zu entscheidenden Frage, ob bzw. in welcher Höhe eine Sperrklausel verfassungswidrig ist, ist hier der Interpretationsspielraum viel stärker eingeschränkt. Der Beschwerdeführer hat in seinem Wahleinspruch ausführlich dargelegt, dass es starke Indizien dafür gibt, dass tatsächlich ein milderes Mittel existiert. Wenn also das Bundesverfassungsgericht seiner bisherigen Rechtsprechung treu bleiben will, müsste es die vorliegende Wahlprüfungsbeschwerde zur Entscheidung annehmen, um den Themenkomplex unkompensierte Sperrklausel versus kompensierte Sperrklauseln angemessen detailliert untersuchen zu können. Die inhaltliche Beschäftigung mit diesem Thema ist nicht zuletzt auch deshalb geboten, weil nach den Urteilen des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungswidrigkeit von Sperrklauseln bei Kommunalwahlen und Europawahlen die Frage, inwieweit sich die dortige Argumentation auch auf Bundestagswahlen übertragen lässt, von einer **grundsätzlichen verfassungsrechtlichen Bedeutung** ist.

⁹ Neben der Aussage, dass der Ermessensspielraum des Gesetzgebers so weit wie möglich zu achten ist, gilt allerdings ebenso die Aussage, dass das Verfassungsgericht im Bereich des Wahlrechts am ehesten dazu legitimiert und aufgerufen ist, in diesen Ermessensspielraum einzugreifen. Im Wahlrecht muss die Kontrolle durch die Verfassungsgerichtsbarkeit am relativ größten sein im Vergleich zu allen übrigen Politikfeldern, weil hier beim Gesetzgeber sehr starke Eigeninteressen vorliegen (vgl. dazu auch S. 41 des Einspruchs). Und Hermann K. Heußner (*LKRZ 2014, S. 8*) betont, dass "*die Gefahr, dass sich das Parlament bzw. die Parlamentsmehrheit bzw. die Regierungsparteien von Erwägungen des eigenen Machterhalts leiten lassen, nicht nur bei der Frage [besteht], ob überhaupt eine Sperrklausel eingeführt wird, sondern auch bei der Frage, ob es ein milderes Mittel gibt*".

¹⁰ Wird die Verfassungswidrigkeit der unkompensierten Sperrklausel festgestellt, beraubt dies den Gesetzgeber genau *einer* Handlungsoption. Es bleiben jedoch eine Vielzahl von Handlungsoptionen erhalten, wobei es dem Gesetzgeber freisteht, über die bereits genannten hinausgehend noch weitere innovative Instrumente zu entwickeln.

II.

Erwiderung auf die Zurückweisung des Einspruchs durch den Deutschen Bundestag

In Drucksache 18/1810, Anlage 50 stellt der Bundestag zunächst zutreffend fest, dass in diesem Wahleinspruch (im Unterschied übrigens zu allen anderen Wahleinsprüchen, die in Zusammenhang mit der Sperrklausel stehen) nicht § 6 Absatz 3 Satz 1 BWG angegriffen wird, sondern die Verbindung dieser Regelung mit § 4 BWG.

Im weiteren Verlauf der Darstellung geht diese Unterscheidung aber verloren. Das vom Bundesministerium des Innern zitierte Gutachten geht in fast allen Punkten am Inhalt des Einspruchs vorbei. Lediglich in Punkt 8 findet sich folgender, zumindest formaler Bezug:

"8. Aufgrund der verfassungskonformen Ausgestaltung der Fünf-Prozent-Sperrklausel im geltenden Bundeswahlgesetz sei der Wahlgesetzgeber auch nicht zur Einführung einer Alternativstimme ('Eventualstimme', 'Ersatzstimme' bzw. 'Stimmweitergabe-Option') verpflichtet."

Diese Schlussfolgerung im Gutachten des Ministeriums des Innern ist fehlerhaft. Obwohl es unterschwellig anders suggeriert wird, findet eine verfassungsrechtliche Prüfung unter Einbeziehung der Ersatzstimme nämlich gerade **nicht** statt. Vielmehr ist in den Augen des Ministeriums eine solche Prüfung bereits abgeschlossen, wenn das Gutachten in Punkt 8 endlich die Ersatzstimme in den Blick nimmt. Es wird zu Beginn des Absatzes einfach nur postuliert, dass die aktuelle Ausgestaltung der Sperrklausel verfassungskonform sei, und dann ohne jede Begründung behauptet, dass auch die Hinzufügung neuer Aspekte dieses Ergebnis nicht verändern würde. Die Analyse etwaiger milderer Mittel muss aber zwingend **in** die Untersuchung der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit hineingenommen werden und darf nicht außerhalb dieses Rahmens stattfinden. Sonst würde schon als Prämisse eingeführt, was erst noch bewiesen werden muss.

In der Stellungnahme des Bundesministeriums des Innern, die der Bundestag in seiner Begründung zitiert, heißt es weiter:

"Ergänzend sei darauf verwiesen, dass im Schrifttum gegen die Einführung einer solchen Alternativstimme verfassungsrechtliche Bedenken geltend gemacht würden: Eine Alternativstimme sei mit dem Charakter der Stimmabgabe als einer vorbehaltlosen und bedingungsfeindlichen Willenserklärung nicht zu vereinbaren und verstoße daher gegen den Grundsatz der Unmittelbarkeit der Wahl im Sinne des Artikel 38 Absatz 1 Satz 1 GG und gegen das Demokratieprinzip nach Artikel 20 Absatz 1 GG (so Strelen, in: Schreiber, Bundeswahlgesetz, 9. Auflage 2013, § 6 Rn. 37 sowie Schreiber, in: Friauf/Höfling, Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Stand: 43.

Lfg. April 2014, Art. 38 Rn. 40, 132). Überdies wäre die Gewährung einer Alternativstimme auch keine verfassungspolitisch angezeigte Fortentwicklung des Wahlrechts. Sie würde das Stimmabgabeverfahren verkomplizieren, die Ermittlung des Wahlergebnisses wesentlich erschweren und verzögern und den Wähler von einer eindeutigen politischen Entscheidung ohne Vorbehalt und Rückfallposition entpflichten (vgl. im Einzelnen hierzu Strelen, in: Schreiber, § 6 Rn. 37)."

Hier sitzt das Ministerium des Innern einer ganzen Reihe von Trugschlüssen auf. Dies beginnt damit, dass ausschließlich auf das Konstrukt der Alternativstimme/Ersatzstimme eingegangen wird, wohingegen die im Wahleinspruch aufgezeigte Alternative eines realen Stichwahlgangs komplett ignoriert wird. Ein gesonderter Stichwahlgang würde aber ebenso wie die Alternativstimme die Anforderung an ein "milderes Mittel" gegenüber einer unkompensierten Sperrklausel erfüllen, jedoch würde keines der oben angeführten angeblichen Gegenargumente auf dieses Instrument zutreffen.

Im Übrigen werden in dem zitierten Absatz nur stereotyp Behauptungen wiedergegeben, die einer näheren Überprüfung nicht standhalten. Alle dort geäußerten Argumente sind im Wahleinspruch bereits entkräftet worden. So wurde z.B. detailliert auf den Vorwurf eingegangen, die Alternativstimme würde gegen die Unmittelbarkeit der Wahl verstoßen (Abschnitt 5.2.6). Auch das Gerücht, dass sich das Stimmabgabeverfahren durch dieses Instrument verkomplizieren würde, wurde widerlegt. Dass das Gutachten des Ministeriums es durchgehend versäumt, auf die in dem Wahleinspruch dargelegten Argumente einzugehen, ist allerdings auch nicht weiter verwunderlich, weil das Ministerium diese Passage gar nicht in Bezug auf den vorliegenden Wahleinspruch formuliert hat. Vielmehr taucht dieser Absatz bereits wortwörtlich in der Stellungnahme zu einem Wahleinspruch aus dem Jahr 2009 auf (vgl. Bundestagsdrucksache BT 17/4600, <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/17/046/1704600.pdf>, S. 124).

In den Entscheidungsgründen des Bundestags heißt es schließlich:

"Soweit der Einspruch zulässig ist, ist er unbegründet. Dem Vortrag des Einspruchsführers lässt sich kein Verstoß gegen Wahlrechtsvorschriften und damit kein Wahlfehler entnehmen. Der Einspruchsführer bestreitet nicht, dass das Verfahren zur Auszählung der Stimmen und zur Verteilung der Sitze auf die Landeslisten der Parteien bei der Bundestagswahl 2013 den Vorgaben des Bundeswahlgesetzes entsprach. Dieses regelt in § 6 Absatz 6 Satz 1 in Verbindung mit § 6 Absatz 3 Satz 1 Alternative 1, dass bei der Verteilung der Sitze auf die Landeslisten nur Parteien berücksichtigt werden, die mindestens fünf Prozent der im Wahlgebiet abgegebenen gültigen Zweitstimmen erhalten oder in mindestens drei Wahlkreisen einen Sitz errungen haben. Soweit der Einspruchsführer geltend macht, die Sperrklausel verstoße gegen den Grundsatz der Wahlgleichheit und sei daher verfassungswidrig, ist darauf hinzuweisen, dass der

Wahlprüfungsausschuss und der Deutsche Bundestag in ständiger Praxis im Rahmen eines Wahlprüfungsverfahrens die Verfassungsmäßigkeit der für die Wahl geltenden Rechtsvorschriften nicht überprüfen. Eine derartige Kontrolle ist stets dem Bundesverfassungsgericht vorbehalten worden (vgl. [...])."

Abgesehen davon, dass der Einspruchsführer in Wahrheit *nicht* geltend macht, eine Sperrklausel verstoße per se gegen den Grundsatz der Wahlgleichheit und sei daher verfassungswidrig, ist es aber zumindest richtig, dass die letztendliche Kontrolle, ob das Bundeswahlgesetz verfassungswidrig ist, nicht dem Wahlprüfungsausschuss zugemutet werden sollte, sondern traditionell dem Bundesverfassungsgericht vorbehalten bleibt. Dennoch entbindet dies den Bundestag nicht von der Pflicht, in seiner Funktion als Gesetzgeber regelmäßig die Verfassungskonformität der Sperrklausel und ihrer Ausgestaltung zu überprüfen.¹¹ Dieser Prüfungspflicht ist der Bundestag bisher nicht oder nur äußerst halbherzig nachgekommen.

"Es ist folglich verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, dass alle Parlamentsitze auf diejenigen Parteien verteilt werden, welche die Fünf-Prozent-Hürde überwunden haben."

Dieser Kernsatz der Entscheidungsgründe des Bundestages trifft auf den hier vorliegenden Wahleinspruch definitiv nicht zu. Zu keinem Zeitpunkt wurde die Existenz einer Fünf-Prozent-Sperrklausel beanstandet, nur deren bis dato verfassungswidrige Ausgestaltung.

"Der Einzug neuer Parteien in den Deutschen Bundestag wird, wie Beispiele aus der Geschichte der Bundesrepublik zeigen, ohnehin nicht durch die Sperrklausel verhindert."

Den hier gewählten Plural "neue Parteien" bzw. "Beispiele" kann man durchaus als euphemistisch bezeichnen. In über 60 Jahren Bundesrepublik hat es gerade mal eine einzige neue Partei geschafft, in den Bundestag einzuziehen - nämlich die GRÜNEN im Jahr 1983. Die PDS als Nachfolgeorganisation der SED hingegen dürfte nicht als "neue" Partei in diesem Sinne bezeichnet werden, weil sie bereits vorher schon in einem anderen deutschen Parlament - wengleich nicht im Bundestag - vertreten war. Sie kann deshalb nicht als Beleg gegen die Beobachtung herhalten, dass die Sperrklausel für kleine Parteien, für neue Parteien und vielleicht auch für Ex-Bundestagsparteien (hier muss man die weitere Entwicklung der FDP abwarten) tatsächlich eine fast unüberwindbare Barriere darstellt.

¹¹ Insbesondere ist der Gesetzgeber "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" (BVerfGE 120, 82 [106]).

"Das vom Einspruchsführer befürwortete Konzept einer Eventualstimme (Alternativstimme, Ersatzstimme) wäre – wenn es Gesetz würde – verfassungswidrig. Die Einführung einer Eventualstimme verstieße gegen den Grundsatz der Unmittelbarkeit der Wahl im Sinne des Artikels 38 Absatz 1 Satz 1 GG und gegen das Demokratieprinzip in Art. 20 Absatz 1 GG (vgl. nur Strelen, in: Schreiber, § 6 Rn. 37)."

Hier greift der Bundestag die schon oben kommentierte, unhaltbare Position aus dem Gutachten des Bundesministeriums des Innern nochmals auf. Hier wie dort wird der Verstoß gegen den Grundsatz der Unmittelbarkeit der Wahl lediglich behauptet, aber nicht begründet. Auch ist - wie oben erwähnt - die Alternative eines gesonderten Stichwahlganges gegen diesen Vorwurf ohnehin immun.

III.

Diskussion von Einzelaspekten

Nachfolgend sollen offene verfassungsrechtliche Einzelfragen, die in Zusammenhang mit der Sperrklausel-Problematik stehen, erörtert werden. Bei allen vier Punkten wäre eine Klärung von höchster verfassungsrichterlicher Stelle wünschenswert, weil die verfassungsrechtliche Beurteilung des Sperrklauselkomplexes - mal mehr, mal weniger stark - auch von der Beantwortung dieser Fragen beeinflusst wird.

These 1:

Eine unkompensierte Sperrklausel verletzt nicht nur den Grundsatz der Gleichheit der Wahl, sondern auch den Grundsatz der Freiheit der Wahl.

Begründung:

Während das Bundesverfassungsgericht nie einen Zweifel daran gelassen hat, dass eine unkompensierte Sperrklausel die Erfolgswertgleichheit der Stimmen beeinträchtigt und zu einer Verletzung der Wahlgleichheit führt, hat es bisher noch nicht festgestellt, dass auch eine Verletzung der Freiheit der Wahl vorliegt.

Die Verletzung der Freiheit der Wahl ist jedoch notwendige Folge der hier auftretenden Verletzung der Gleichheit der Wahl. Denn ob der Anhänger einer Kleinpartei eine für die Mandatsverteilung erfolgswirksame Stimme abgibt oder nicht, liegt in seiner Entscheidung. Sofern er darauf verzichten würde, seine Lieblingspartei zu wählen, könnte er seine Stimme an eine große Partei vergeben, die mit Sicherheit in den Bundestag einzieht, so dass er am Ende eine erfolgswirksame Stimme abgegeben hätte. Diese Entscheidung ist aber keine "freie" Entscheidung, weil der Entscheidungsspielraum des Wählers in unzulässiger Weise eingegrenzt wurde. Der Wähler muss einen Preis zahlen, um sich von der drohenden Einschränkung seines Grundrechts auf gleiche Wahl "freizukaufen": dieser Preis ist die Verleugnung seiner Lieblingspartei an der Wahlurne. In diesem Sinne macht erst die Verletzung der Gleichheit der Wahl und die prinzipielle (wenngleich "schmerzhafte") Möglichkeit ihrer Umgehung¹² jenen Entscheidungskonflikt aus, der die Freiheit der Wahl beeinträchtigt.

Auch die Verletzung der Chancengleichheit der Parteien wird erst dadurch wirklich brisant, dass auf Wählerseite eine Einschränkung der Freiheit der Wahl

¹² Die Ansicht, die (unkompensierte) Fünf-Prozent-Sperrklausel sei "keine bereits dem Grunde nach verbotene Differenzierung, weil sie jedem Wähler das gleiche Stimmgewicht lässt und jeder Wähler dieselbe Chance hat, mit seiner Stimme Kandidaten einer Partei zum Einzug in das Parlament unter Überwindung der Fünf-Prozent-Hürde zu verhelfen" (Sondervotum der Richter Mellinghoff und Di Fabio, BVerfG, 2 BvC 4/10 vom 9.11.2011, Abs. Nr. 150), ist bestenfalls in einem formalen Sinne zutreffend; denn in Gedanken müsste man ergänzen: "...sofern er die 'richtige' Partei wählt!!".

existiert. Wäre die Chancengleichheit der Parteien lediglich ein Ausfluss der Gleichheit der Wahl, so würde der einzige Eingriff in die Chancengleichheit darin bestehen, dass kleinen Parteien der Einzug in das Parlament durch die Sperrklausel verwehrt wird. Die eigentliche Benachteiligung kleiner Parteien entsteht jedoch dadurch, dass ihre Wahlergebnisse nicht ihre wahren Anhängerpotentiale widerspiegeln, sondern deutlich dahinter zurückbleiben, weil manche ihrer Anhänger entweder ihre Stimme nicht verschenken wollen und lieber eine der großen Parteien wählen oder aber der Wahl fernbleiben, weil sie wissen, dass ihre politische Meinung so oder so keinen Einfluss auf die Sitzverteilung haben wird.

Die Europawahl am 25. Mai 2014 bot eine scheinbar gute Gelegenheit, das ungefähre Ausmaß dieses Effekts abzuschätzen, weil bei dieser Wahl erstmals keine Sperrklausel galt. Theoretisch müsste man nur die Wahlergebnisse der kleinen Parteien in Vergleich zu denen des Jahres 2009 setzen und könnte dann aus der Differenz beider Werte die Höhe der "Vorwirkung" der Sperrklausel (also die Höhe des Entmutigungseffekts bei Anhängern von Kleinparteien) ablesen. Ohne ausgefeilte statistische Verfahren bzw. ohne gutes demoskopisches Datenmaterial ist dies allerdings nicht einfach, weil der Wegfall der Sperrklausel (a) vermutlich nicht allen Wählern bekannt war und (b) durch viele weitere Einflüsse überlagert wurde. Beschränkt man sich in der Analyse auf jene Unter-5%-Parteien, die sowohl 2009 als auch 2014 angetreten sind, so ist deren Stimmenanteil interessanterweise nicht gestiegen, sondern von 7,7 auf 6,9 Prozent zurückgegangen. Hier spielte zweifellos der Umstand mit hinein, dass die AfD, die 2009 noch nicht existierte, auf Anhieb den Sprung ins EU-Parlament schaffte und Stimmen vieler anderer Kleinparteiensympathisanten auf sich zog.¹³ Die Kleinpartei mit den stärksten Gewinnen gegenüber 2009 war die Piratenpartei, die +0,6 Prozentpunkte zulegte. Die ÖDP und die Tierschutzpartei konnten ihr Ergebnis um +0,1 Prozentpunkte steigern, während die anderen "großen Kleinparteien" Einbußen hinnehmen mussten: die Republikaner -0,9, die Familien-Partei -0,3, die Freien Wähler -0,2 und die PBC -0,1 Prozentpunkte. Allein auf Basis dieser Zahlen lässt sich schwer abschätzen, in welchem Umfang eine Einschränkung der Freiheit der Wahl durch eine Sperrklausel tatsächlich stattfindet; vielmehr müssten ergänzend demoskopische Umfragen vom Wahlabend hinzugezogen werden, um zu halbwegs aussagekräftigen Ergebnissen zu gelangen.

¹³ Laut einer ARD-Wahlanalyse von infratest dimap vom 23.9.2013 hatte jeder fünfte Wähler der AfD bei der vorangegangenen Bundestagswahl eine andere Kleinpartei gewählt. Oder anders ausgedrückt: Die "Anderen" verloren bei der Bundestagswahl 2013 fast jeden sechsten ihrer Wähler an die AfD; vgl. <http://www.zeit.de/politik/deutschland/2013-09/waehlerwanderung-bundestagswahl-2013>. Bei der Europawahl hingegen waren Zustrom und Abstrom zwischen AfD und Anderen (gemessen an der vorangegangenen Bundestagswahl) fast ähnlich groß; der Saldo lag diesmal bei nur ca. -1 Prozent der Wählerschaft der Kleinparteien. Vgl.: Viola Neu/ Konrad-Adenauer-Stiftung, Europawahl in Deutschland, http://www.kas.de/wf/doc/kas_13040-1442-1-30.pdf.

These 2:

Das Ziel der Sicherstellung der Funktionsfähigkeit von Parlament und Regierung ist allein für sich genommen noch *kein* legitimer Zweck im Sinne der Verfassung.

Begründung:

Der Terminus "Funktionsfähigkeit des Parlaments" wird in der Rechtsprechung nicht als Antonym zu einer (absoluten) Funktionsunfähigkeit des Parlaments verstanden. Vielmehr wird unter den Begriff der Funktionsunfähigkeit auch bereits schon eine Funktionsbeeinträchtigung subsumiert, also im Umkehrschluss die "Funktionsfähigkeit" mit der weitgehenden Abwesenheit von Funktionsbeeinträchtigungen gleichgesetzt.¹⁴

In dieser Bedeutung ist die Sicherstellung der Funktionsfähigkeit von Parlament und Regierung lediglich ein Unterziel des Ziels der Stabilisierung der parlamentarischen Demokratie. Unterziele jedoch dürften nicht als legitimer Zweck zur Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen erhalten, weil nicht die Erreichung eines Unterziels, sondern die Erreichung des Oberziels das verfassungsrechtlich ausschlaggebende Kriterium sein müsste - denn nur in der Gesamtschau kann die Gesamtwirkung verschiedener Unterziele mit ihren ggf. konkurrierenden Wirkungsrichtungen angemessen berücksichtigt werden.¹⁵

Man stelle sich zum Beispiel vor, die Bundesregierung würde ein Gesetz planen, welches es verbietet, Katholiken oder Protestanten bei ihrer Arbeitsplatzsuche zu benachteiligen. Ein solches Gesetz könnte zwar als Ausfluss des Art. 3 GG verstanden werden, welcher - unter anderem - eine Ungleichbehandlung von Katholiken und Protestanten verbietet. Der im Grundgesetz verankerte Gleichheitsgrundsatz und das Grundrecht der Religionsfreiheit gehen aber weit über das Diskriminierungsverbot zwischen Katholiken bzw. Protestanten hinaus; es gilt vielmehr das Gebot der Nicht-Diskriminierung *aller* Glaubensrichtungen. Ein Gesetz, welches sich lediglich dem Unterziel verschreibt, weder Katholiken noch Protestanten zu benachteiligen, müsste daraufhin überprüft werden, ob als

¹⁴ So z.B. in pointierter Form im Sondervotum der Richter Mellinshoff und Di Fabio, BVerfG, 2 BvC 4/10 vom 9.11.2011, Abs. 158: "*Die Wahrung der Funktionsfähigkeit ist ... keine Frage des Entweder-Oder, sondern eines Mehr oder Weniger an Handlungsfähigkeit. [...] Ein sachlicher Grund für die Rechtfertigung der Fünf-Prozent-Sperrklausel besteht hier bereits in der Verringerung möglicher Funktionsbeeinträchtigungen. Dass der Senat eine Funktionsbeeinträchtigung ... 'allenfalls' dann in Betracht ziehen möchte, 'wenn bei realistischer Einschätzung die Zahl der grundsätzlich kooperationsunwilligen Abgeordneten so hoch wäre, dass qualifizierte Mehrheiten in aller Regel praktisch nicht mehr erreichbar wären, legt den Differenzierungsgrund in einer Weise aus, dass er keine rechtfertigende Wirkung mehr zu entfalten vermag: Der Begriff der Funktionsbeeinträchtigung wird letztlich verengt auf Funktionsunfähigkeit.'*"

¹⁵ Vgl. die sinngemäß ähnliche Forderung des Bundesverfassungsgerichts: "Dabei dürfen die verschiedenen mit dem Gesetz verfolgten Zwecke nicht isoliert gesehen werden; die vom Gesetzgeber gewählten Gestaltungsmittel sind vielmehr zusammenschauend an Haupt- und Nebenzweck des Gesetzes zu messen" (BVerfG, 16.03.1971, 1 BvR 52/66 292 [318]).

Nebenwirkung nicht die Angehörigen anderer Glaubensrichtungen diskriminiert würden. Wäre dies der Fall und würde somit das in Artikel 3 GG formulierte Oberziel verletzt werden, so würde die Erreichung des Unterzieles nicht mehr als verfassungsrechtlich legitimer Zweck angesehen werden können.

Laut ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts können auch solche Ziele Verfassungsrang genießen, die nicht explizit in der Verfassung erwähnt sind. Ein "zwingender Grund" für Differenzierungen auf dem Gebiet der Wahlgleichheit wäre nicht nur ein Grund, der - wie etwa kollidierendes Verfassungsrecht - vom Grundgesetz selbst vorgegeben ist¹⁶, sondern "[es] werden auch Gründe zugelassen, die durch die Verfassung legitimiert und von einem Gewicht sind, das der Wahlgleichheit die Waage halten kann (vgl. BVerfGE 71, 81 [96]). Dabei ist es nicht erforderlich, daß die Verfassung diese Zwecke zu verwirklichen gebietet (vgl. BVerfGE 4, 31 [41]; 51, 222 [237]). In diesem Zusammenhang rechtfertigt das Bundesverfassungsgericht Differenzierungen auch durch 'zureichende', 'aus der Natur des Sachbereichs der Wahl der Volksvertretung sich ergebende Gründe' (vgl. BVerfGE 1, 208 [248]; 6, 84 [92]). Hierzu zählt insbesondere die Verwirklichung der mit der Parlamentswahl verfolgten Ziele (vgl. BVerfGE 13, 243 [247]; 51, 222 [236]); dazu gehören die Sicherung des Charakters der Wahl als eines Integrationsvorgangs bei der politischen Willensbildung des Volkes (vgl. BVerfGE 6, 84 [92]; 71, 81 [97]) und die Gewährleistung der Funktionsfähigkeit der zu wählenden Volksvertretung (vgl. BVerfGE 4, 31 [40]; 51, 222 [236]; 82, 322 [338])." (BVerfGE 95, 408 [418]).

Umgangssprachlich ausgedrückt handelt es sich hier also um Ziele, die von solchem verfassungsrechtlichen Gewicht sind, dass sie ohne weiteres in der Verfassung stehen *könnten*, allerdings bisher keine explizite Erwähnung dort gefunden haben. Ob jedoch die Sicherstellung der Funktionsfähigkeit von Parlament und Regierung ein derartiges Ziel ist, welches *potentiell* Eingang in die Verfassung hätte finden können, darf nicht a priori unterstellt werden, sondern müsste sorgfältig untersucht werden. Denn die Verringerung von Funktionsbeeinträchtigungen des parlamentarischen Betriebs ist in Wahrheit ein bloßes Unterziel der Stabilisierung der parlamentarischen Demokratie. Es gibt weitere Unterziele wie z.B. die Identifikation der Bürger mit dem System der repräsentativen Demokratie, welche in Konflikt mit dem Unterziel der Funktionsfähigkeit von Parlament und Regierung treten können.

Um ein Gefühl dafür zu bekommen, wie solche Konflikte aussehen können, genügt ein Blick in andere Regionen der Welt, wo es starke Regierungen gibt/gab, die durch demokratische Wahlen an die Macht gekommen sind, wo das demokratische System aber dennoch - oder vielleicht gerade deswegen - nachhaltig destabilisiert wurde (dies betraf z.B. die Regierung Mursi in Ägypten oder die Regierung Janukowitsch in der Ukraine). Besonders eklatant trat dieses latente

¹⁶ Vgl. Hans-Joachim Jentsch, Berichterstatter-Schreiben, <http://wahlreform.de/wb2004-bverfsg.htm>.

Spannungsfeld in Thailand bei den Unruhen im Winter 2013/2014 zutage. Obwohl die Regierungspartei dort einen Rückhalt von fast 70 Prozent in der Bevölkerung hatte, haben sich große Teile des Volkes gegen die demokratisch gewählten Herrscher aufgelehnt - u.a. mit dem Vorwurf, die Regierung wäre ja überwiegend von "Ungebildeten" gewählt worden. Weil es in Thailand keine vergleichbare demokratische Kultur wie z.B. in Deutschland gibt, fiel der Ruf nach Abschaffung der Demokratie auf fruchtbaren Boden und löste heftige politische Unruhen aus.

Die bloße Tatsache, dass die Bundesrepublik Deutschland weit von bürgerkriegsähnlichen Zuständen entfernt ist, darf nicht den Blick dafür verstellen, dass die Identifikation der Bürger mit ihrem politischen System ein ungeheuer wertvolles Gut ist, welches nicht leichtfertig aufs Spiel gesetzt werden sollte. Deshalb sollte auch eine schleichende Erosion dieses Identifikationspotentials (wie sie z.B. in einer sinkenden Wahlbeteiligung zum Ausdruck kommt) sehr ernst genommen werden. Es ist durchaus bedenklich, wenn mittlerweile in Deutschland immer mehr Intellektuelle und Prominente stolz darauf sind, nicht an Wahlen teilzunehmen¹⁷, und damit ein schlechtes Vorbild für andere Bürger abgeben.

Das Ziel der repräsentativen Demokratie, möglichst viele unterschiedliche politische Strömungen in das Parlament zu integrieren, ist kein Selbstzweck. Indem auch kleinere Gruppierungen in politische Verantwortung mit eingebunden werden, sichert dies ganz entscheidend den sozialen Frieden und stabilisiert das System als solches. Auch knappe Mehrheiten im Parlament müssen keineswegs destabilisierend wirken; im Gegenteil, es spricht vieles dafür, dass der Parlamentarismus gestärkt wird, wenn im Parlament mehr diskutiert werden muss. Auch das Bundesverfassungsgericht hat in seinen Entscheidungen der letzten Jahre bestätigt, dass "*Demokratie das Aufeinandertreffen verschiedener Positionen und das Finden von Kompromissen voraus[setzt]. Nicht jeder Konflikt und nicht jede politische Auseinandersetzung ... kann als Störung der Funktionsfähigkeit angesehen werden.*" (BVerfGE 120, 82 [114 f.]).

Im Übrigen müssen die etablierten Kräfte, die sich gegen eine größere Komplexität im Parlament wehren, zur Kenntnis nehmen, dass die politische Wirklichkeit *an sich* komplexer geworden ist.¹⁸ So tritt zum traditionellen Rechts-Links-Schema z.B. zunehmend die Frage, ob man für die europäische Einigung oder dagegen ist; hier verlaufen die Positionen oft quer durch alle Lager. Diese gesteigerte Komplexität sollte sich auch im Parteienspektrum widerspiegeln, selbst wenn Koalitionsverhandlungen dadurch schwieriger werden.

¹⁷ Vgl. z.B. Nicola Abé, Melanie Amann, Markus Feldenkirchen: "Die Schamlosen. Nichtwählen ist salonfähig geworden...", Der Spiegel Nr. 38 vom 16.9.2013, S. 20-27; <http://www.spiegel.de/spiegel/print/index-2013-38.html>.

¹⁸ Vgl. Robert Birnbaum: "Organisatoren der Politik: Parteien", in: Das Parlament, Nr. 15-16, 2013.

Die Furcht, dass die Demokratie vor allem durch zu schwache Regierungen gefährdet sein könnte, ist eine typische Angst des 20. Jahrhunderts. Spätestens im 21. Jahrhundert darf dieses Ziel allerdings nicht mehr isoliert betrachtet werden, sondern muss immer auch ins Verhältnis gesetzt werden zum Grad der Identifikation der Bürger mit der Demokratie. Gerade in Zeiten, in denen das Freiheitsbedürfnis der Bürger hoch ist und autoritär erscheinende Institutionen kritisch gesehen werden (was u.a. zum seltsamen Phänomen der "*Volksparteien ohne Volk*"¹⁹ führt), kann die Verfolgung des einen Zieles durchaus das andere Ziel behindern. Nötig ist deshalb eine Gesamtschau einschließlich aller potentiellen Zielkonflikte. Es ist nicht unplausibel, dass die Partizipation und das Bekenntnis der Bürger zu ihrem politischen System umso geringer ausfallen, je höher die Funktionsfähigkeit von Parlament und Regierung ist, und vice versa. Beide Ziele zusammen (Funktionsfähigkeit *und* Akzeptanz) tragen zum Oberziel der Stabilisierung des demokratischen Systems bei. Diesem allein käme also folglich der Rang eines - imaginären - Verfassungsguts zu, nicht jedoch den daran beteiligten Unterzielen.

Was bedeutet dies nun für die Legitimation einer unkompensierten Sperrklausel? Orientiert sich die differenzierende Regelung - wie vom Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung gefordert²⁰ - tatsächlich an einem Ziel, das der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des Wahlrechts verfolgen darf, und ist sie zur Erreichung dieses Zieles geeignet? Es ist hierzu folgendes festzustellen:

1.) Die mittels einer unkompensierten Sperrklausel umgesetzte differenzierende Regelung orientiert sich bislang an der Sicherstellung der Funktionsfähigkeit von Parlament und Regierung. Dies ist jedoch - wie oben gezeigt - möglicherweise ein Ziel, welches der Gesetzgeber zur Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen gerade nicht bzw. *nicht isoliert* verfolgen darf, weil es lediglich das *Unterziel* eines übergeordneten Zieles von Verfassungsrang darstellt. Die unkompensierte Sperrklausel würde damit ihren - jedenfalls den bisher unterstellten - legitimierenden Zweck verlieren.

2.) Jenes übergeordnete Ziel, welchem zweifellos ein Verfassungsrang zukommt, ist die Stabilisierung des Systems der parlamentarischen bzw. repräsentativen Demokratie. Auch dieses Ziel könnte potentiell als Legitimation für Grundrechtseingriffe mittels Sperrklauseln herangezogen werden. Es wird zum einen durch das in Punkt 1 erwähnte Unterziel beeinflusst, ferner aber auch beispielsweise durch das Unterziel einer Identifikation der Bürger mit dem politischen System und durch das Unterziel der Sicherung des Charakters der Wahl als eines Integrationsvorgangs bei der politischen Willensbildung des Volkes. Ob eine unkompensierte Sperrklausel auch noch unter Berücksichtigung *aller* anderen relevanten Unterziele geeignet wäre, das genannte Oberziel zu erreichen, ist allerdings

¹⁹ So ein Buchtitel von Hans Herbert von Arnim (München, 2009).

²⁰ Vgl. BVerfG, 2 BvR 1252/99 vom 18.7.2001.

zumindest fraglich; es ist bisher auch noch nicht verfassungsrechtlich untersucht worden.

3.) Das Oberziel der Stabilisierung der parlamentarischen Demokratie wird von kompensierten Sperrklauselsystemen in der Regel besser erreicht. Sie schaffen es nämlich, bei identisch hohem Quorum die negativen Nebenwirkungen unkomensierter Sperrklauseln (wie in Abschnitt 2.2 des Wahleinspruchs dargestellt sind dies: eine zu starke Verfestigung politischer Strukturen, die Gefahr der Mehrheitsumkehr, verfälschte Abbildungen des Wählerwillens in den Wahlergebnissen und eine sinkende Wahlbeteiligung) abzumildern, teilweise gar weitgehend zu eliminieren; vgl. Abschnitt 5.1 des Wahleinspruchs.

4.) Gleichzeitig sind kompensierte Sperrklauseln mit deutlich geringeren Eingriffen in die Wahlgleichheit verbunden und führen somit dazu, dass die von der Verfassung verlangte Erforderlichkeit einer unkomensierten Sperrklausel nicht gegeben ist. Dies allein macht den Status quo verfassungswidrig. Wenn aber kompensierte Sperrklauseln darüber hinaus auch den die Grundrechtseingriffe legitimierenden Zweck besser erfüllen können als unkomensierte Sperrklauseln, dann würde dies eine unzureichende Zweckmäßigkeit der Status-quo-Regelung belegen und den Befund der Verfassungswidrigkeit noch weiter verstärken.

These 3:

Das verfassungsrechtlich legitimierte Ziel eines Sperrquorums ist stets in seiner wörtlichen Bedeutung zu verstehen, nicht jedoch als faktisches Wirkungskonglomerat, welches nur in einem Spezialfall der Sperrklausel - nämlich bei der unkomensierten Ausgestaltungsvariante - auftritt.

Begründung:

Wie oben und im Wahleinspruch (Abschnitt 2.1) gezeigt wurde, übt die unkomensierte Sperrklausel einen Entmutigungseffekt auf viele Anhänger von Kleinparteien aus, der dazu führt, dass sie ihre Stimme lieber an eine große Partei, die voraussichtlich in den Bundestag einzieht, vergeben. In der politikwissenschaftlichen Literatur finden sich nicht wenige Stimmen, die diesen zusätzlichen künstlichen "Aggregationseffekt" einer Sperrklausel als Positivum ansehen und die Ansicht vertreten, dass dieser Effekt, der über den eigentlichen Wortlaut des Sperrklauselzieles hinausgeht, ebenfalls von der Verfassung gedeckt sei. Mitunter versuchen Vertreter dieser Position sogar, die den Kleinparteienwählern angelegten Daumenschrauben als "Chance" für diese Wählergruppe schönzureden.²¹

²¹ So z.B. Beate Kohler in der Anhörung zur 3-Prozent-Sperrklausel im EuWG vor dem Bundesverfassungsgericht am 18.12.2013: "*Der Wähler sollte eine Chance haben, an diesem Aggregationsprozess teilzunehmen*".

Christoph Schönberger formuliert es so: "*[Die Sperrklausel] mutet dem Wähler einer neuen oder kleinen Partei das Risiko zu, dass sich seine Stimme in der Zusammensetzung des Bundestages nicht niederschlägt. Sie tastet damit die Ernsthaftigkeit seines Anliegens ab und legt ihm die nachdrückliche Selbstprüfung nahe, ob es für seine Überzeugung oder Interessenlage wirklich einer weiteren Partei im Parlament bedarf. Sie verlangt vom Wähler eine Stimmabgabe, die nicht allein höchstpersönliche Gesinnungen ausdrückt, sondern sich bereits in bescheidenem Maß einem Test auf ihre Verallgemeinerbarkeit unterzieht. Mit anderen Worten: Sie behandelt ihn als Erwachsenen.*"²²

In ähnlicher Richtung argumentiert Joachim Krause: "*[Die] Aussicht auf die Möglichkeit des Verfalls der Wirkung der eigenen Stimme [bildet] einen heilsamen Anreiz für Wähler, ihre Stimmen Volksparteien zu geben und nicht solchen Parteien, die nur ein Thema besetzen ...*"²³

Die hier gelobten "erzieherischen" Wirkungen des geltenden Wahlsystems zugunsten der größeren Parteien würden entfallen, wenn die Nebenwirkungen der Sperrklausel durch eine Ersatzstimme oder ähnliches kompensiert würden. Daraus lässt sich folgern, dass die hier zitierten Sätze nur dann einen Sinn ergeben, wenn die Verfasser gar nicht die Fünf-Prozent-Klausel in ihrer **wörtlichen** Bedeutung meinen (denn schließlich würden ja auch bei Einführung einer Ersatzstimme nur solche Parteien ins Parlament einrücken, deren Anhängerschaft bei mindestens fünf Prozent liegt); vielmehr loben die Verfasser implizit den **zusätzlichen** Kanalisationseffekt des geltenden Systems, der zugunsten der großen Parteien wirkt und nach Meinung dieser Autoren offenbar nicht angetastet werden sollte. Damit sprechen sie sich für eine Sperrklausel aus, die für Kleinparteien **de facto** eine höhere Sperrwirkung auslöst, als durch den bloßen Zahlenwert (im vorliegenden Fall fünf Prozent) bestimmt wird.

Im System einer unkompensierten Sperrklausel fallen zwei Größen auseinander, die in einem guten Wahlsystem eigentlich deckungsgleich sein sollten: Die **faktische** Wählerschaft, die sich durch die für eine Partei abgegebenen Stimmen manifestiert, und die **wahre** Wählerschaft, mit der die Zahl ihrer Anhänger gemeint sein soll, die ihr Kreuz bei ihrer Lieblingspartei machen würden, falls sie keinen Verlust des Erfolgswerts ihrer Stimme befürchten müssten (was in einem System

²² Quelle: <http://www.verfassungsblog.de/lob-fuenfprozenthuerde>.

²³ Siehe: Schriftliche Anhörung im schleswig-holsteinischen Landtag zu den Themen Sperrklausel und Ersatzstimme, <http://landtag.ltsh.de/infothek/wahl18/umdrucke/2200/umdruck-18-2276.pdf>. Zur Daseinsberechtigung von Ein-Themen-Parteien, die vom Autor dieses Zitats offenbar angezweifelt wird, hat das Bundesverfassungsgericht übrigens deutliche Worte gefunden: "*Es ist nicht Aufgabe der Wahlgesetzgebung, die Bandbreite des politischen Meinungsspektrums - etwa im Sinne besserer Übersichtlichkeit der Entscheidungsprozesse in den Volksvertretungen zu reduzieren. [...] Neue politische Vorstellungen werden zum Teil erst über sogenannte Ein-Themen-Parteien ins öffentliche Bewusstsein gerückt. Es ist gerade Sinn und Zweck der parlamentarischen Debatte, entsprechende Anregungen politisch zu verarbeiten und diesen Vorgang sichtbar zu machen*" (BVerfG 2 BvC 4/10 vom 9.11.2011, Rn. 126).

mit kompensierter Sperrklausel ja gewährleistet wäre). Der Logik der Verfassung nach sollte eine Fünf-Prozent-Sperrklausel dafür sorgen, dass Parteien dann und nur dann in das Parlament einrücken dürfen, wenn ihre *wahre* Wählerschaft mindestens 5 Prozent beträgt. Die derzeit geltende Sperrklausel jedoch verlangt, dass die *faktische* Wählerschaft mindestens 5 Prozent betragen muss. Bei Vorhandensein von Entmutigungseffekten ("Argument der verlorenen Stimme") bleibt die faktische Wählerschaft aber regelmäßig hinter der wahren Wählerschaft zurück. Andererseits kann - unter bestimmten anderen Konstellationen - die faktische Wählerschaft auch größer sein als die wahre Wählerschaft. So ließ sich beispielsweise für die niedersächsische Landtagswahl 2013 demoskopisch nachweisen, dass die wahre Wählerschaft der FDP bei nur 2 Prozent, ihre faktische Wählerschaft jedoch bei 10 Prozent lag dank Leihstimmen von CDU-Anhängern in Höhe von 8 Prozentpunkten.²⁴ Für die bisher im Bundestag oder in einem Landtag vertretenen Parteien entfällt also die so gern beschworene erzieherische Wirkung der unkompensierten Sperrklausel, so dass sich deren Protagonisten durchaus den Vorwurf gefallen lassen müssen, "auf dem etablierten Auge blind zu sein".

Vor allem stellt sich die Frage, ob eine faktisch statt wörtlich verstandene Sperrklausel überhaupt verfassungskonform wäre. Wenn im Extremfall eine Partei, deren wahre Wählerschaft bei nur ca. 2 Prozent liegt, in den Bundestag einziehen kann, während eine andere Partei, deren wahre Wählerschaft bei z.B. 6 Prozent liegt, den Einzug in den Bundestag verpasst (weil ihre Anhänger zum Teil das erwartete Scheitern antizipieren, weder bei der "Sonntagsfrage" noch bei Wahlen als Wähler in Erscheinung treten, somit die Umfrage- und Wahlergebnisse nach unten verzerren und dazu beitragen, dass der Partei weiterhin schlechte Chancen attestiert werden), dann wird die Chancengleichheit der Parteien massiv verletzt. Wenn es von entscheidender Bedeutung für das Wahlergebnis ist, ob sich eine Partei *von oben her kommend* der Sperrklausel nähert oder ob sich eine Partei *von unten her* auf die Sperrklausel zubewegt, dann wird hier in verfassungsrechtlich unzulässiger Weise zwischen Bundestagsparteien und Nicht-Bundestagsparteien differenziert. Diese Diskriminierungen sind nur zu einem Teil auf das Verhalten der politischen Akteure zurückzuführen (z.B. wenn Medien Bundestagsparteien und Nicht-Bundestagsparteien in ihrer Berichterstattung unterschiedlich behandeln); zum Teil sind sie systemimmanent. Denn wenn Wahlergebnisse nicht den tatsächlichen Wählerwillen abbilden, müssen die politischen Akteure (vor allem die Wähler, aber auch Politiker, Parteien usw.) ihre Entscheidungen auf der Grundlage falscher Signale treffen. Die so erzeugten Verzerrungen wirken aus der Natur der Sache heraus stets zugunsten der im Bundestag vertretenen Parteien und zuungunsten von kleinen und neuen Parteien (vgl. dazu den Nachweis in Abschnitt 2 des Wahleinspruchs). Für eine derart ungleiche Behandlung durch das Wahlsystem liegt aber kein sachlicher Grund vor. Wo faktische und

²⁴ Vgl.: Studie der Forschungsgruppe Wahlen, ermittelt im Rahmen einer repräsentativen Befragung von 20.158 Wählern am Wahltag, http://forschungsgruppe.de/Wahlen/Wahlanalysen/News1_Nied_2013.pdf

wahre Wählerschaft auseinanderfallen, stellt die wahre Wählerschaft die verfassungsrechtlich relevante Größe dar. Nur durch eine wörtlich verstandene Sperrklausel bleibt die Gleichheit der Wahl und die Chancengleichheit der Parteien gewahrt.

Bislang war die Unterscheidung zwischen einer faktischen und einer wörtlichen Auslegung der Sperrklausel müßig, weil es zur unkompensierten Sperrklausel keine Alternativen zu geben schien (abgesehen von ihrer Abschaffung). Erst nach dem Bekanntwerden überzeugender Alternativen kommt dieser Unterscheidung eine praktische Bedeutung zu. Das Bundesverfassungsgericht hat sich bisher weder die eine noch die andere Interpretation explizit zu eigen gemacht. Es hat jedoch in einem früheren Urteil festgestellt, dass mittels der gewählten Höhe der Sperrklausel danach differenziert wird, was "*grundsätzlich als eine wegen zu geringer Stimmenzahl nicht zu berücksichtigende Partei oder Wählergruppe angesehen wird*" (BVerfGE 51, 222 [237 f.]). Diese Ausdrucksweise sowie der Tenor anderer Entscheidungen legen die Deutung nahe, dass das Verfassungsgericht die erreichte Stimmenzahl bisher stets als Ausdruck eines unverfälscht geäußerten Wählerwillens annahm und damit in der Konsequenz die Legitimation der Sperrklausel nur in ihrer wörtlichen, nicht aber auch in ihrer faktischen, verschärften Bedeutung betont hat.

These 4:

Paradoxe Effekte in der Form, dass Stimmen für an der Sperrklausel gescheiterte Kleinparteien die Gesamtzahl der Sitze der Bundestagsparteien erhöhen, sind verfassungswidrig.

Begründung:

Im derzeitigen System einer unkompensierten Sperrklausel kommt jede Stimme für eine an der Sperrklausel gescheiterte Partei letzten Endes einer Partei zugute, die die Sperrklausel übersprungen hat - zumindest aus einem individuellen Blickwinkel heraus.²⁵ In aggregierter Sicht dagegen erhalten die Bundestagsparteien in der Gesamtheit nicht mehr Sitze zugeteilt, wenn die Zahl jener Wähler, die eine erfolglose Partei gewählt haben, steigt. Sie erhalten aber auch nicht weniger Sitze bei steigenden Stimmenzahlen für Kleinparteien. Theoretisch denkbar wäre zwar eine Regelung, wo den Bundestagsparteien umso weniger Sitze zustehen, je größer der Anteil der Parteien ist, die an der Sperrklausel gescheitert sind. Da der Gesetzgeber jedoch keine derartige Regelung getroffen hat, muss es hingenommen werden, dass sich Stimmen für erfolglose Kleinparteien nicht auf die Zahl der Sitze der Bundestagsparteien auswirken. Paradox ist es allerdings, wenn sich

²⁵ Ob sich die einzelne Stimme letztlich zugunsten des eigenen politischen Lagers auswirkt oder ob sie indirekt ein fremdes politisches Lager unterstützt (weil das eigene nicht erfolgswirksam unterstützt werden konnte), ist eine Frage, die sich allenfalls ex post, aber nicht ex ante beantworten lässt.

die Zahl der Sitze aller großen Parteien zusammengenommen umso mehr erhöht, je mehr Wähler eine kleine Partei gewählt haben. Dieser Effekt ist bei der letzten Bundestagswahl aufgetreten.

Aufgrund des neuen Wahlsystems, welches eine dreistufige Verteilung vorsieht, konnten erstmals Überhangmandate eines neuen Typus entstehen, indem es eine Abweichung zwischen der länderspezifisch ermittelten "Pseudoverteilung" auf Basis der Wahlberechtigten und der tatsächlichen Oberverteilung auf Basis der Wählerstimmen gab.²⁶ Die CSU kam gemäß dieser Regelung auf drei Überhangmandate, was in der Konsequenz 30 Ausgleichsmandate erforderlich machte, so dass die Größe des Bundestages von 598 auf insgesamt 631 Sitze anwuchs. Der Überhang der CSU wurde ganz maßgeblich dadurch verursacht, dass in Bayern die Wahlbeteiligung unterproportional gering war und der Anteil der Stimmen für kleine Parteien, die nicht im Bundestag vertreten waren, dort überproportional hoch war.²⁷

Eine solche Vergrößerung des Deutschen Bundestags um 33 Sitze entsprach sicherlich nicht dem Interesse jener Nichtwähler und Kleinparteienwähler, die mit ihrem Verhalten diesen Effekt hervorgerufen haben. Auch wenn sich hierdurch an den Kräfteverhältnissen im Bundestag selbst nichts geändert hat, so stellt eine Vergrößerung der absoluten Fraktionsstärke bei gleichbleibender relativer Stärke zu den anderen Bundestagsparteien dennoch einen Machtzuwachs der betroffenen Parteien dar - zumindest im direkten Vergleich zur Gruppe der nicht im Bundestag vertretenen Kleinparteien.

Eine kompensierte Sperrklausel hätte den beschriebenen Effekt abgemildert, da ein Teil der unberücksichtigt gebliebenen bayerischen Stimmen im (virtuellen) Stichwahlgang den etablierten Parteien zugeflossen wären, wodurch die Lücke zwischen der tatsächlichen Oberverteilung und der Pseudoverteilung geringer geworden wäre. Zusätzlich oder alternativ hierzu wäre eine deutliche Abmilderung des Problems auch dadurch entstanden, wenn der Gesetzgeber geeignete Maßnahmen zur Reduzierung der Zahl der Überhangmandate ergriffen hätte.²⁸ Insofern müsste einmal ganz grundsätzlich überprüft werden, inwieweit die zusätzlich zu Ober- und Unterverteilung eingeführte länderspezifische Pseudoverteilung, die zu einer unnötig starken Aufblähung der Größe des Bundestags führen kann, den Vorgaben der Verfassung genügt.

²⁶ Vgl. <http://wahlrecht.de/news/2013/2013100901.html>.

²⁷ Vgl. Florian Grotz: "Verzerrte Stimmen", Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 16.12.2013.

²⁸ Detaillierte Vorschläge hierzu wurden z.B. von Martin Fehndrich veröffentlicht; siehe: <http://wahlrecht.de/news/2013/2013100901.html> (letzter Abschnitt).

IV. Fazit

Die unkompensierte Sperrklausel in ihrer jetzigen Form ist verfassungswidrig, weil es mildere Mittel gibt, die das verfassungsrechtlich begründbare Ziel einer Stabilisierung des parlamentarischen Systems mit deutlich weniger einschneidenden Grundrechtseingriffen erreichen. Ein Ermessensspielraum des Gesetzgebers bei der Einführung milderer Mittel ist grundsätzlich nicht gegeben. Voraussetzung ist allerdings, dass die milderen Mittel ihrerseits verfassungskonform und zweckmäßig sein müssen. Dies wurde im Rahmen der vorliegenden Wahlprüfungsbeschwerde und des vorangegangenen Wahleinspruchs nachgewiesen.

Die große verfassungsrechtliche Bedeutung des Themas und die Tatsache, dass viele der hier aufgeworfenen Fragen (allen voran die Frage nach der Existenz eines milderen Mittels gegenüber der herrschenden Sperrklausel) bisher noch nicht höchstrichterlich entschieden worden sind, lassen es zwingend geboten erscheinen, dass sich das Bundesverfassungsgericht inhaltlich mit der vorliegenden Wahlprüfungsbeschwerde auseinandersetzt und sie zur Entscheidung annimmt.

Braunschweig, den 29. August 2014

Dr. Björn Benken