



---

Verfassungsgerichtshof des Saarlandes

Postfach 10 15 52

**66015 Saarbrücken**

vorab per mail

poststelle@verfassungsgerichtshof.justiz.saarland.de

Augsburg, den 30.11.2022

In dem Wahlprüfungsbeschwerdeverfahren Lv 7 / 22

nehme ich für die Antragsteller zu der Stellungnahme der Landesregierung vom 20. Oktober 2022 in der gebotenen Kürze wie folgt Stellung:

1.

Hervorzuheben ist zunächst, dass auch die Landesregierung der Sache nach einräumt, dass sich die Ausgestaltung des Wahlrechts an der politischen Wirklichkeit zu orientieren hat und dass der Gesetzgeber verpflichtet ist, namentlich eine die Wahlrechtsgleichheit und Chancengleichheit so sehr berührende Norm wie eine Sperrklausel stets zu überprüfen und gegebenenfalls zu modifizieren. Es ist das Verdienst des Verfassungsgerichtshofs des Saarlandes, diese Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auch auf den Landesgesetzgeber zu übertragen und eine entsprechende Evaluationspflicht zu statuieren. Der Landtag ist dieser Evaluationspflicht, wie zutreffend erkannt wird, vordergründig auch nachgekommen, wie die Stellungnahme der Landesregierung unter Verweis auf die entsprechenden Landtagsdrucksachen darlegt.

## 2.

Bei näherer Betrachtung wird indes deutlich, dass der Gesetzgeber sich mit seiner Reaktion auf den Evaluationsbericht weiteren Evaluationspflichten aber gerade entzogen hat. Indem er die Sperrklausel nämlich auf Verfassungsebene gehoben hat, hat er sie der Flexibilität beraubt, die von Verfassungen wegen gerade verlangt wird. Die vom Bundesverfassungsgericht und auch vom Verfassungsgerichtshof des Saarlandes betonte Pflicht zur permanenten Überprüfung des geltenden Wahlrechts an der politischen Wirklichkeit ist ja keine rein formale Verpflichtung, sondern nur ein erster Schritt, der im zweiten Schritt gegebenenfalls eine Anpassung des Wahlrechts an die veränderte Wirklichkeit verlangt. Diese Option hat der Landtag sich aber genommen, indem er die Sperrklausel in einen verfassungsrechtlichen Rang gehoben hat und damit wohl meint, den Maßstab abschließend verändert zu haben, den der Verfassungsgerichtshof bei der Beurteilung der gesetzlichen Ausgestaltung des Wahlrechts und seiner Anwendung anzulegen hat. Doch die von den Verfassungsgerichten betonte Pflicht zum permanenten Abgleich des Wahlrechts mit der politischen Wirklichkeit wird nicht allein durch die mit einer Sperrklausel einhergehenden Eingriffe in die Wahlrechtsgleichheit und die Chancengleichheit ausgelöst. Vielmehr muss stets das gesamte Wahlrecht mit all seinen Ausgestaltungen daraufhin überprüft werden, ob es mit der politischen Wirklichkeit noch in Einklang steht. Die Evaluationspflicht selbst hat sich durch die Anhebung der Sperrklausel auf die Verfassungsebene also nicht geändert.

## 3.

Verändert hat sich indes der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers für den Fall, dass die veränderte politische Wirklichkeit zu massiven Eingriffen in die Wahlrechtsgrundsätze führt, namentlich in die Wahlrechtsgleichheit und die Chancengleichheit. Denn der (einfache) Gesetzgeber kann nun nicht mehr etwa schlicht das Quorum ändern, sondern muss andere Lösungen finden, um die entsprechenden Eingriffe quantitativ abzumildern oder qualitativ zu rechtfertigen. Der Gesetzgeber hat sich mit der Anhebung der Sperrklausel auf die verfassungsrechtliche Ebene somit seinen eigenen Gestaltungsspielraum verengt.

4.

Dieser unter der Geltung der Verfassung des Saarlands verengte Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers steht einer Berufung auf die sog. Eventualstimmen-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 19. September 2017 entgegen. Mag diese Entscheidung – von manchen sachwidrigen Argumenten abgesehen – auch insofern zutreffend sein, als es grundsätzlich keine verfassungsrechtliche Pflicht zu einem Wahlsystem gibt, das Eventualstimmen vorsieht, ein solches System aber verfassungsrechtlich zulässig wäre, so gilt dies eben nur, solange der Gesetzgeber über ausreichenden verfassungsrechtlich umgrenzten Spielraum verfügt, auf mit veränderten Umständen der politischen Wirklichkeit einhergehende Eingriffe in Wahlrechtsgrundsätze gesetzlich zu reagieren. In solchen Fällen kann er beispielsweise das Quorum einer Sperrklausel absenken oder sie vollständig aufheben. Weil sich der verfassungsrechtliche Rahmen des Grundgesetzes insofern aber von dem der Verfassung des Saarlandes unterscheidet, trägt der Verweis auf die entsprechende Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in der Stellungnahme der Landesregierung nicht.

5.

Die Stellungnahme übersieht vielmehr das zentrale Argument, das schon in der Antragsschrift herausgestellt wird: Die Verankerung der Sperrklausel in Art. 66 Absatz 1 Satz 3 der Verfassung des Saarlandes bewirkt nicht etwa eine dauerhafte verfassungsrechtliche Rechtfertigung für Eingriffe in die Wahlrechtsgleichheit und Chancengleichheit, sondern verpflichtet den Gesetzgeber vielmehr, die bereits ex ante zu prognostizierenden und jedenfalls prognostizierbaren Eingriffe auf andere Weise zu minimieren. Eine solche andere Art der Eingriffsminimierung ist die Einführung von Ersatzstimmen oder anderer Formen integrativer Wahlsysteme (instruktiv hierzu Benken, *Integrative Wahlsysteme*, 2022).

6.

Auch in anderer Hinsicht verkennt die Stellungnahme der Landesregierung die Bedeutung der verfassungsunmittelbaren Sperrklausel. Diese schränkt allein die Gleichheit der Wahl im Rahmen der Sitzzuteilung ein: Parteien, die das Quorum verfehlen, werden keine Sitze zugeteilt. Hingegen lassen sich ihr keine unmittelbaren Konsequenzen für die der Sitzzuteilung vorgelagerten Phasen der Stimmabgabe bzw. der Stimmenauszählung entnehmen. Soweit mit der Sperrklausel im

Interesse der Funktionsfähigkeit von Parlament und Regierung eine Vielzahl von Parteien im Parlament verhindert werden sollen, ist es ausreichend, dass nur Kandidaten solcher Parteien einen Sitz im Parlament zugewiesen wird, die das Quorum erreicht bzw. überschritten haben. Nicht erforderlich und deshalb übermäßig ist es dafür aber, die Anhänger kleiner Parteien, die sich an der Wahlurne zu der von ihnen bevorzugten Partei bekennen wollen, daran zu hindern, am Ende eine erfolgswirksame Stimme (wenn auch nur für eine nachrangig präferierte Partei) abzugeben. Dies verletzt nicht nur in nicht gerechtfertigter Weise ihr grundrechtsgleiches Recht der Wahlrechtsgleichheit, sondern setzt sich auch in Widerspruch zu der von Art. 21 GG gewährleisteten Gründungsfreiheit politischer Parteien einerseits und untergräbt die sowohl vom Grundgesetz als auch von der Verfassung des Saarlands stillschweigend vorausgesetzte Grundbedingung der Demokratie – die Beteiligung an Wahlen und Abstimmungen durch den demos. Das sog. Böckenförde-Diktum, nach dem „der freiheitliche säkularisierte Staat [...] von Voraussetzungen [lebt], die er selbst nicht garantieren kann“, darf insoweit nicht resignativ verstanden werden, sondern bedeutet im Umkehrschluss vielmehr, dass der Staat alles tun muss, um diese Voraussetzungen jedenfalls so weit wie möglich zu gewähren. Deshalb dürfen die Voraussetzungen für eine gelebte Demokratie mit einer Willensbildung von unten nach oben, die namentlich durch die Gründungs- und Betätigungsfreiheit politischer Parteien und die effektive, also nicht nur formale, Teilnahme an Wahlen und Abstimmungen nicht dadurch konterkariert oder auch nur relativiert werden, dass eine Sperrklausel verfassungsrechtlich etabliert wird, ohne einen Ausgleich für diejenigen Stimmen zu finden, die bei fehlender Sitzzuteilung unberücksichtigt bleiben. Der Gesetzgeber hätte sich deshalb nicht nur Gedanken machen, sondern auch konkrete gesetzliche Lösungen jedenfalls für den Fall machen müssen, der bei den jüngsten Wahlen eingetreten ist – den Fall, dass ein so quantitativer Anteil an Stimmen nicht berücksichtigt wird, das qualitativ die demokratische Legitimation der gewählten Organe in Frage zu geraten droht.

## 7.

Auch die übrigen Ausführungen in der Stellungnahme der Landesregierung vermögen nicht zu überzeugen. Soweit die Forderung einer „bedingungsfreien und vorbehaltlosen“ Stimmabgabe thematisiert wird, wird zwar distanzierend auf eine „teilweise“ in der Literatur vertretene Auffassung abgestellt. Nicht dargelegt

wird indes, dass eine solche Forderung überwiegend abgelehnt wird (vgl. etwa Benken, Integrative Wahlsysteme, S. 26 f., m.w.N.). Insofern ist diese Forderung jedenfalls kein Verfassungssatz, der dem Verfassungsgerichtshof des Saarlandes als Maßstab fungieren könnte.

Auch die von der Landesregierung behauptete Gefahr, dass in einem Ersatzstimmensystem die Stimmabgabe den Wahlberechtigten als zu komplex und in ihrer Wirkung nicht vorhersehbar erscheinen könnte und dass dies den Wahlrechtsgrundsatz der Allgemeinheit der Wahl beeinträchtigen könnte, ist als unbegründete und unsubstantiierte Behauptung zurückzuweisen. Die Allgemeinheit der Wahl wäre allenfalls dann gefährdet, wenn das neue Wahlsystem zu einem nennenswerten Anstieg ungültiger Stimmen führen würde; damit ist jedoch nicht zu rechnen. In Irland etwa, wo Rangfolgewahlverfahren zum Einsatz kommen, die weitaus komplexer sind als ein Ersatzstimmensystem, liegt die Zahl der ungültigen Stimmen im Durchschnitt bei weniger als 1 Prozent; vgl. Nohlen, Wahlrecht und Parteiensystem, 7. Aufl. 2013, S. 419. (In der genannten Zahl enthalten sind auch willentlich ungültig gemachte Stimmzettel). Insofern hängt die Vereinbarkeit eines Ersatzstimmensystems mit den Wahlrechtsgrundsätzen von der konkreten gesetzlichen Ausgestaltung ab, sie ist aber nicht per se ausgeschlossen. Erneut offenbart die Stellungnahme der Landesregierung, die als möglicher Initiant in das Gesetzgebungsverfahren eingebunden ist, einen völligen Ausfall des legislativen Gestaltungsspielraums, weil sie sich mit international erprobten Möglichkeiten der Minimierung von Eingriffen in die Wahlrechtsgleichheit nicht auseinandersetzt, sondern sie als vermeintlich verfassungswidrig außer Acht lässt.

8.)

Ob der Anteil von 22,3 Prozent bei der Sitzverteilung unberücksichtigter gültiger Stimmen bei der Landtagswahl 2022 ein „voraussichtlich sehr seltener Einzelfall“ ist (so die Beurteilung der Landesregierung), kann dahingestellt bleiben. Denn es kommt nicht darauf an, ob dieses Ereignis zum derzeitigen Zeitpunkt einen Einzelfall im Sinne eines statistischen Ausreißers darstellt; bedeutsam ist vielmehr erstens schon die Möglichkeit eines solch hohen Anteils und zweitens die Frage, in welche Richtung die Anteile der unberücksichtigt gebliebenen Stimmen sich in den letzten Jahrzehnten in Deutschland entwickelt haben. Insofern ist ein eindeutiger Trend festzustellen (vgl. <http://wahlreform.de/unberuecksichtigt.pdf>).

Der Landesregierung kann zwar noch bei der Einschätzung gefolgt werden, dass das Ergebnis der Landtagswahl 2022 *als Einzelfall allein* „nicht geeignet [ist], der Fünf-Prozent-Sperrklausel die verfassungsrechtliche Rechtfertigung soweit zu entziehen, dass der Gesetzgeber zu Kompensationsregelungen gezwungen wäre“ – doch als Teil eines bundesweiten Trends unterstreicht das Wahlergebnis sehr wohl den verfassungsrechtlich zwingenden Reformbedarf (auch) beim saarländischen Landtagswahlrecht.

9.)

Mit Blick nicht nur auf die unterschiedlichen verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen auf Bundesebene einerseits und im Saarland andererseits, sondern mit Blick vor allem auf die Verfassungsautonomie des Saarlands möge der Verfassungsgerichtshof des Saarlandes den Mut finden, dem Gesetzgeber den verfassungsrechtlich begrenzten Gestaltungsspielraum vor Augen zu führen.

Prof. Dr. Matthias Rossi