



Die Landeswahlleiterin
des Saarlandes
Mainzer Straße 136
66121 Saarbrücken



*Einschreiben mit Rückschein
vorab per Fax an: 0681-501-2649*

4. Mai 2022

Anfechtung der Wahl zum Landtag des Saarlandes am 27. März 2022

Gemäß Artikel 75 der Verfassung des Saarlandes fechten wir hiermit die Wahl zum 17. Landtag des Saarlandes vom 27.03.2022 an, weil der Landtag des Saarlandes es in verfassungswidriger Weise unterlassen hat, das saarländische Landtagswahlgesetz so auszugestalten, dass das in Art. 63 Abs. 1 der Verfassung des Saarlandes sowie Art. 28 Abs. 1 Satz 2 des Grundgesetzes der Bundesrepublik Deutschland verankerte Recht auf gleiche Wahl gewahrt ist. Dieser Wahlfehler wirkt sich bei der angefochtenen Landtagswahl mandatsrelevant aus.

Inhalt:

- I.** Zur Zulässigkeit der Anfechtung
- II.** Zur Begründung eines Wahlfehlers
 - 1. Die Rechtsprechung zu (einfachgesetzlichen) Sperrklauseln
 - 2. Die Rolle einer verfassungsunmittelbaren Sperrklausel
 - 3. Kompensierte Sperrklauseln als mildere Mittel
 - a. Eigenständige Stichwahl
 - b. Dualwahl
 - c. Ersatzstimme
 - 4. Die Evaluation des Landtags von 2015 zur Ersatzstimme
 - a. Der zeitliche Kontext der Prüfung
 - b. Das Kriterium des gleich-geeigneten milderer Mittels
 - c. Der Grundsatz der Unmittelbarkeit der Wahl
 - d. Die Auswirkungen auf die Parteienfinanzierung
 - 5. Die Ersatzstimmen-Entscheidung des BVerfG von 2017
 - 6. Fazit
- III.** Zur Mandatsrelevanz des Wahlfehlers
- IV.** Zum Handlungsspielraum des Landtags im Wahlprüfungsverfahren

I. Zur Zulässigkeit der Anfechtung

Die Anfechtung ist zulässig. Bei der Landtagswahl 2022 waren die Unterzeichner,

und

im Saarland wahlberechtigt. Somit ist die Anfechtungsberechtigung nach § 46 Abs. 3 Landtagswahlgesetz (LWG) gegeben. Die Anfechtung wurde auch fristgerecht bei der Landeswahlleiterin innerhalb von zwei Wochen nach der Veröffentlichung des Wahlergebnisses im Amtsblatt des Saarlandes eingereicht (§ 46 Abs. 4, Abs. 6 LWG).

II. Zur Begründung der Wahlanfechtung

Begründet ist eine Wahlanfechtung, wenn ein Wahlfehler im Sinne eines Verstoßes gegen Wahlvorschriften vorliegt, der entweder mandatsrelevant ist (§ 46 Abs. 2 LWG) oder zumindest eine Verletzung subjektiver Rechte der Anfechtenden zur Folge hat¹. Als Wahlvorschriften wiederum kommen vor allem die Wahlrechtsgrundsätze des Art. 38 Abs. 1 Satz 1 Grundgesetz (GG) bzw. der Verfassungen der Länder sowie die Regelungen der Bundes- bzw. Landeswahlgesetze und der Wahlordnungen in Betracht.²

Art. 63 Abs. 1 der Verfassung des Saarlandes (SVerf) legt fest, dass Wahlen und Volksentscheide allgemein, gleich, unmittelbar, geheim und frei sein müssen. Damit wird die Vorgabe des Art. 28 GG umgesetzt, wonach das Volk in den Ländern eine Vertretung haben muss, die aus allgemeinen, unmittelbaren, freien, gleichen und geheimen Wahlen hervorgegangen ist. Ferner sind der allgemeine Gleichheitsgrundsatz gemäß Art. 12 Abs. 1 SVerf sowie das Recht auf Chancengleichheit der politischen Parteien, welches sich aus Art. 63 Abs. 1 SVerf i.V.m. Art. 21 Abs. 1 GG ergibt, in diesem Zusammenhang relevant.

1. Die Rechtsprechung zu (einfachgesetzlichen) Sperrklauseln

Nach ständiger, gefestigter Rechtsprechung berühren wahlrechtliche Sperrklauseln das Grundrecht der Gleichheit der Wahl, weil sie den Grundsatz verletzen, dass jeder Stimme ein gleicher Erfolgswert zukommen muss. Das Gebot gleicher

¹ Vgl.: Verfassungsgerichtshof des Saarlandes (SVerfGH), Urteil Lv 13/10 vom 31.1.2011, S. 19 f..

² Vgl.: Bundesverfassungsgericht, Entscheidung 2 BvC 46/14 vom 19.9.2017, Rn. 47 und 69.

rechtlicher Erfolgchancen einer jeden Stimme ist nur dann beachtet, wenn jede gültige abgegebene Stimme bei der Sitzverteilung bestimmenden Rechenverfahren mit gleichem Gewicht gewertet wird, ihr mithin ein anteilmäßig gleicher Erfolg zukommt.³ Der mit der Ungleichgewichtung des Erfolgswerts der Stimmen verbundene Eingriff in die Wahlrechtsgleichheit und die Chancengleichheit der politischen Parteien ist empfindlichen Ausmaßes.⁴

Bei der Konkretisierung wahlrechtlicher Regelungen steht dem Gesetzgeber dennoch ein gewisser Gestaltungsspielraum zu. Bei der Abfassung der Wahlgesetze und Wahlordnungen hat er unter anderem die folgenden verfassungsrechtlichen Normen und Ziele zu beachten, die er ggf. untereinander zu einem Ausgleich bringen muss:

- (a) das grundrechtsgleiche Recht auf gleiche Wahl, das im Saarland in Art. 63 Abs. 1 SVerf normiert ist,
- (b) das grundrechtsgleiche Recht auf freie Wahl gemäß Art. 63 Abs. 1 SVerf,
- (c) das sich aus dem Demokratieprinzip (Art. 60, 61 SVerf) ergebende Ziel, den Charakter von Wahlen als eines Integrationsvorganges bei der politischen Willensbildung des Volkes zu sichern, sowie
- (d) das sich aus dem Demokratieprinzip (Art. 60, 61 SVerf) ergebende Ziel, eine funktionsfähige Volksvertretung zu schaffen und stabile Regierungen zu ermöglichen.

Ein Verstoß gegen die Wahlgleichheit kann nur festgestellt werden, wenn die differenzierende Regelung nicht an einem Ziel orientiert ist, das der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des Wahlrechts verfolgen darf, wenn sie zur Erreichung dieses Zieles nicht geeignet ist oder das Maß des zur Erreichung dieses Zieles Erforderlichen überschreitet.⁵ Nach herrschender, gefestigter Rechtsauffassung ist das Ziel (d) ein dem Grundrecht (a) die Waage haltender Grund, um die Einschränkung der grundsätzlichen Erfolgswertgleichheit einer jeden Stimme, wie sie durch Sperrklauseln eintritt, verfassungsrechtlich hinreichend zu legitimieren. Die Sperrklausel ist zudem geeignet, dieses Ziel zu erreichen. Sie muss aber darüber hinaus auch erforderlich und angemessen sein.⁶

Würde ein gleich-geeignetes Mittel zur Erreichung des anvisierten Zieles (d) existieren, welches mit einer geringeren Einschränkung des Grundrechts (a) einhergehen würde, so wäre der Gesetzgeber verpflichtet, dieses verfassungsrechtlich mildere Mittel anstelle des ursprünglich gewählten, nun aber nicht mehr erforderlichen bzw. nicht mehr angemessenen Instruments einzusetzen. Dies ist gefestigte Meinung in der juristischen Literatur und Lehre⁷ und auch das

³ So zuletzt für das Saarland: SVerfGH, Urteil Lv 12/12 vom 18.3.2013, S. 7.

⁴ SVerfGH, Urteil Lv 4/11 vom 29.9.2011, S. 67.

⁵ SVerfGH, Urteil Lv 4/11 vom 29.9.2011, S. 68.

⁶ SVerfGH, Urteil Lv 12/12 vom 18.3.2013, S. 8.

⁷ Vgl. z.B. Mike Wienbracke: „Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz“, in: Zeitschrift für das Juristische Studium/ZJS, Heft 2/2013, S. 151.

Bundesverfassungsgericht hat sich in seiner Rechtsprechung regelmäßig zur Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes bekannt, sei es allgemein⁸ oder mit speziellem Bezug zum Wahlrecht wie im folgenden Zitat:

„Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts lässt die vom egalitären Demokratieprinzip geprägte formale Wahlrechtsgleichheit solche Differenzierungen nur bei Rechtfertigung durch zwingende Gründe zu. [...] '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 ... vor, wenn der Gesetzgeber seinen Zweck auch durch Maßnahmen verfolgen kann, die eine Differenzierung ohne Beeinträchtigung anderer von der Verfassung geschützter Belange vermeiden.“⁹

Der zwingende Grund, welcher Sperrklauseln verfassungsrechtlich überhaupt erst legitimieren kann, wird gemeinhin darin gesehen, dass (nur) durch sie ein Schutz vor Parteienzersplitterung und daraus folgend ein Schutz vor einer Einschränkung der Funktionsfähigkeit der Parlamente gewährleistet werden kann. Die Sperrklausel gilt zumindest als geeignetes Mittel, um eine Parteienzersplitterung zu verhindern. Wichtig in diesem Zusammenhang ist jedoch die Abgrenzungsfrage, ab welcher Mindestgröße (gemessen an ihrem erhaltenen Wählerzuspruch) eine parlamentarisch vertretene Partei nicht mehr als „Splitterpartei“ bezeichnet werden kann. Bereits 1952 hat das Bundesverfassungsgericht den Maßstab aufgestellt, dass bei Bundes- und Landtagswahlen eine Sperrklausel allenfalls unter ganz besonderen Umständen oberhalb des Schwellenwerts von fünf Prozent liegen darf – mit der Begründung, dass eine Partei, die bei einer Wahl mindestens fünf Prozent aller abgegebenen Stimmen errungen hat, auf keinen Fall als eine Splitterpartei angesehen werden darf.¹⁰ Oder anders ausgedrückt: Parteien, die die Unterstützung von mindestens fünf Prozent aller Wähler/innen nachweisen können, stellen keine derart große Gefahr für die Funktionsfähigkeit des Parlaments dar, als dass eine Einschränkung der Wahlgleichheit zulasten dieser Parteien gerechtfertigt sein könnte.

⁸ So beispielsweise in einem Beschluss von 1994: „Ein grundrechtseinschränkendes Gesetz [muss] erforderlich sein [...]; es ist erforderlich, wenn der Gesetzgeber nicht ein anderes, gleich wirksames, aber das Grundrecht nicht oder weniger stark einschränkendes Mittel hätte wählen können“; BVerfGE 90, 145 [172 f.].

⁹ BVerfGE 95, 335 [376 f., Rn. 138 ff.].

¹⁰ Vgl. BVerfGE 1, 208 [252 ff.] (= 2 BvH 1/52, Rn. 137 ff.).

2. Die Rolle einer verfassungsunmittelbaren Sperrklausel

Im Jahr 2016 wurde die Sperrklausel, die im Saarland bis dahin lediglich einfachgesetzlich in § 38 Abs. 1 LWG geregelt war, in die Verfassung eingefügt. Seitdem ist in Art. 66 Abs. 1 Satz 3 SVerf festgelegt, dass auf Wahlvorschläge, für die im Land weniger als fünf vom Hundert der gültigen Stimmen abgegeben werden, keine Sitze entfallen. Hierdurch wurde dieses wahlrechtliche Detail dem einfachen Zugriff wechselnder Regierungsmehrheiten entzogen – und auch die Hoffnung des Gesetzgebers, die Sperrklausel auf diese Weise gegen eine Verwerfung durch die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung abzusichern, war sicherlich einer der Beweggründe für diese Maßnahme¹¹.

Der Zustand eines verfassungswidrigen Verfassungsrechts tritt dennoch nicht ein, denn der Zielkonflikt zwischen (d) und (a) – also zwischen dem Schutz vor Parteienzersplitterung und dem Recht auf gleiche Wahl – ist nicht unauflösbar. Vielmehr wären Auswege aus dem scheinbaren Dilemma möglich durch einfachgesetzliche Regelungen, wie sie in Abschnitt 3 beschrieben sind.

Bedeutsam ist die Entscheidung des Gesetzgebers, der Sperrklausel Verfassungsrang einzuräumen, im Hinblick auf die Spielräume, die der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung der Wahlvorschriften hat. Bei einer einfachgesetzlich geregelten Sperrklausel steht dem Gesetzgeber ein weites Feld an alternativen Maßnahmen offen, um die teilweise konfligierenden Verfassungsaufträge miteinander zum Ausgleich zu bringen und mittels einfacher Mehrheitsentscheidung auf ggf. veränderte Rahmenbedingungen zu reagieren – zum Beispiel indem das Sperrquorum reduziert oder abgeschafft wird oder indem alternative Instrumente gegen die Gefahr der Parteienzersplitterung eingeführt werden wie z.B. eine inverse 5%-Hürde (bei der maximal 5 Prozent aller Stimmen unberücksichtigt bleiben dürfen) oder eine Begrenzung der Anzahl der im Parlament maximal vertretenen Parteien.

Eine verfassungsunmittelbare Sperrklausel hingegen ist den Abwägungen des einfachen Gesetzgebers entzogen. Als eigenständige Verfassungsnorm ist sie entkoppelt von dem Ziel, den Schutz vor Parteienzersplitterung nur so weit wie unbedingt nötig mittels einer Einschränkung der Wahlrechtsgleichheit zu erreichen. Damit hat der Landesgesetzgeber freiwillig seinen Gestaltungsspielraum entscheidend eingeengt. Dies führt dazu, dass nun auch hinsichtlich der Frage, ob sich der Gesetzgeber mit potentiellen mildereren Mitteln auseinandersetzen muss, kein Ermessensspielraum mehr besteht. Solange der Gesetzgeber in der Lage war, jederzeit *alternative* einfachgesetzliche Schutzmechanismen gegen

¹¹ Vgl. Lothar Michael: Stellungnahme in dem Organstreitverfahren VerfGH 16/16 gegen den Landtag Nordrhein-Westfalen vom 22.2.2017, Information 16/463, S. 4; online veröffentlicht unter: <https://www.landtag.nrw.de/Dokumentenservice/portal/WWW/dokumentenarchiv/Dokument/MMI16-463.pdf;jsessionid=7FD79433ED5E91AC8FA9BF1EACA11280>.

Parteienzersplitterung einzuführen, die möglicherweise noch stärker in das Recht auf gleiche Wahl eingegriffen hätten als eine herkömmliche Sperrklausel, haben Gerichte einen oftmals sehr weiten gesetzgeberischen Gestaltungsspielraum angenommen und diesen nicht selten auch auf den Aspekt der Prüfung und Einführung milderer Mittel ausgedehnt.¹²

Doch wenn ein Gesetzgeber seine Gestaltungsspielräume durch die Aufnahme des Sperrquorums in die Verfassung verengt, lassen sich nunmehr sehr konkrete Anforderungen an eine verfassungsgerechte Ausgestaltung der vorgeschriebenen Sperrklausel definieren. Noch immer ist es die Aufgabe des Gesetzgebers, die oben erwähnten Verfassungsziele (a) bis (d) zu einem bestmöglichen Ausgleich im Wahlgesetz zu bringen, zu welchen nun als Punkt (e) noch die Vorgabe einer 5-prozentigen Sperrklausel hinzutritt. Doch wenn es Möglichkeiten gibt, das Landtagswahlgesetz so zu gestalten, dass keine der oben genannten verfassungsrechtlichen Ziele schlechter, aber mindestens eines dieser Ziele besser realisiert werden kann als im Status quo, dann obliegt es gerade nicht mehr dem Ermessen des Gesetzgebers, ob er diese potentiellen Lösungen gesetzlich umsetzen möchte – er ist vielmehr zu ihrer Einführung verpflichtet.

Die Frage, ob im Fall des saarländischen Landtagswahlgesetzes tatsächlich mildere und gleich-geeignete Mittel existieren, soll im nächsten Abschnitt untersucht werden.

3. Kompensierte Sperrklauseln als mildere Mittel

Wenn im Folgenden drei alternative wahlgesetzliche Ausgestaltungen vorgestellt werden, die allesamt geeignet wären, die relevanten Vorgaben der Verfassung gleichzeitig zu erfüllen, so soll damit nicht gesagt werden, dass es sich um eine *abschließende* Aufstellung handelt. Es soll lediglich der Beweis angetreten werden, dass a) überhaupt gleich-geeignete mildere Mittel existieren und dass b) mehr als nur ein einziges solches Mittel existiert, so dass dem Gesetzgeber bei der Entscheidung für eine konkrete Lösung weiterhin ein gewisser Spielraum verbleibt.

Allen drei aufgezeigten Lösungen ist gemeinsam, dass sie den Sperrklausel-Mechanismus an sich unangetastet lassen und diesem lediglich einen zusätzlichen Mechanismus hinzufügen, welcher eine Kompensation für die ansonsten eingeschränkte Wahlgleichheit erreichen kann. Diese Wahlsysteme, die im Folgenden als „kompensierte Sperrklauseln“ bezeichnet werden sollen, achten sämtlich die Vorgabe des Art. 66 Abs. 1 SVerf., wonach auf Wahlvorschläge, für die im Land weniger als fünf vom Hundert der gültigen Stimmen abgegeben werden, keine Sitze entfallen. Der Schutz vor Parteienzersplitterung (vgl. Kapitel 1) wird also in seiner Intensität nicht im Geringsten verändert, so dass kompensierte

¹² Vgl. Bundesverfassungsgericht, Entscheidung 2 BvC 46/14 vom 19.9.2017, Rn. 82.

Sperrklauselsysteme in dieser Hinsicht als zweifelsfrei gleich-geeignet gegenüber kompensierten Sperrklauseln anzusehen sind.

a. Eigenständige Stichwahl

Im Rahmen von Personenwahlen (z.B. bei Bürgermeister-Direktwahlen) gelten Stichwahlen als geeignetes Mittel, um zu demokratischeren Entscheidungen zu kommen. Auch bei Parteienwahlen könnte man einen zweiten Wahlgang einführen. Im Hauptwahlgang würde zunächst ermittelt werden, welche Parteien mindestens 5 Prozent der abgegebenen gültigen Stimmen erreichten und damit die Sperrhürde überwunden haben; diese Parteien stünden dann auf dem Stimmzettel des Stichwahlgangs, der z.B. 14 Tage nach dem ersten Wahlgang stattfinden würde. Im Personenwahl-Kontext werden Stichwahlen schon jahrzehntelang in der Praxis eingesetzt und sind nicht bloß verfassungsrechtlich zulässig, sondern wegen des Integrationsauftrags des Wahlrechts, welcher sich aus dem Demokratieprinzip des Art. 20 GG ergibt, sogar verfassungsrechtlich geboten.¹³

Unter praktischen und demokratietheoretischen Aspekten lassen sich dennoch Kritikpunkte an diesem Instrument anbringen. So führt ein zusätzlicher Stichwahlgang, der in einem gewissen zeitlichen Abstand zur Hauptwahl stattfindet, zu einem erhöhten finanziellen und organisatorischen Aufwand. Auch nehmen am Stichwahlgang meist weniger Wahlberechtigte als am Hauptwahlgang teil. Dies kann teilweise darauf zurückzuführen sein, dass einige Wähler/innen (mitunter fälschlicherweise) annehmen, dass die Wahl schon entschieden sei.¹⁴ Demokratietheoretisch problematisch ist zudem, dass in speziellen Konstellationen ein „Moral-Hazard“-Anreiz entstehen kann, im Hauptwahlgang aus taktischen Gründen eine andere als die in Wahrheit bevorzugte Wahlalternative zu wählen.

Zu klären wäre noch, ob die Sperrklausel des Art. 66 Abs. 1 Satz 3 SVerf nur für den Hauptwahlgang oder auch für den Stichwahlgang gelten würde. Der aktuelle Wortlaut spricht eher dafür, dass beide Wahlgänge von dieser Vorgabe betroffen wären – was jedoch bedenkliche Konsequenzen hätte, weil dann die Gefahr bestünde, dass eine Partei zunächst knapp in die Stichwahl käme, dann aber dort an der Sperrklausel scheiterte. In diesem Fall gingen dem hiervon betroffenen politischen Lager fast 5 Prozent der Stimmen ersatzlos verloren. Hingegen könnte eine konkurrierende Partei, die im ersten Wahlgang an der Sperrhürde scheiterte, ihre Anhänger anschließend aufrufen, im Stichwahlgang eine andere Partei aus dem gleichen politischen Lager zu unterstützen; dank des frühen Ausscheidens der Partei wären diese Stimmen nicht gänzlich verloren.

¹³ Vgl.: VerfGH NRW, Beschluss 35-19 vom 20.12.2019, dort insbesondere S. 64 – online veröffentlicht unter: https://vgh.nrw.de/rechtsprechung/entscheidungen/2019/191220_35_19.pdf#page=66.

¹⁴ Vgl. Björn Benken: „Bürgermeister in Niedersachsen mit bzw. ohne Stichwahl“, Analyse 2006, online veröffentlicht unter <http://www.stichwahlen.de/analyse.htm>.

Bislang gibt es keine verfassungsrechtlichen Zweifel, dass die Durchführung von Stichwahlen gegen die Wahlrechtsgrundsätze oder andere Verfassungsziele verstoßen könnte. Auf der anderen Seite würde eine deutlich größere Zahl an Wähler/innen als bisher die Gelegenheit bekommen, dank der zwei Wahlgänge eine Stimme mit Erfolgswert abzugeben **und gleichzeitig** ihre erstpräferierte Partei wählen zu können. Damit ist ein gesonderter Stichwahlgang ein gleichgeeignetes milderes Mittel gegenüber der unkompensierten Sperrklausel. Ob es im Vergleich zu anderen Alternativen auch ein zweckmäßiges und politisch wünschenswertes Instrument ist, obliegt der Beurteilung und Entscheidung durch den Gesetzgeber.

b. Dualwahl

Bei der Dualwahl¹⁵ wird die Zweitstimme (bzw. bei der Landtagswahl im Saarland die einzige zur Verfügung stehende Stimme) gedanklich in zwei Wahlgänge aufgeteilt – einen „Hauptwahlgang“ mit einer Hauptstimme sowie einen „Stichwahlgang“ mit einer Stichstimme. Im Hauptwahlgang wird ermittelt, welche Parteien die im Wahlgesetz definierte Sperrhürde übersprungen haben. Nur diese Parteien qualifizieren sich für die Teilnahme am Stichwahlgang, durch welchen die Sitzverteilung im Parlament festgelegt wird. Beide Wahlgänge werden in einer einzigen Stimmabgabe zusammengefasst, d.h. die Wähler und Wählerinnen geben ihr Votum für jeden der beiden virtuellen Wahlgänge zeitgleich ab. Hierdurch werden die oben geschilderten Nachteile eines eigenständigen Stichwahlgangs (z.B. zusätzliche Kosten oder „Moral Hazard“-Effekte) vermieden.

Bei der Stimmabgabe im Rahmen einer Dualwahl kennzeichnen die Wähler/innen ihre bevorzugte Partei mit einem Kreuz – hilfsweise ist auch die alternative Kennzeichnung '1' zulässig. Des Weiteren besteht die Option, eine weitere Partei mit der Ziffer '2' zu kennzeichnen; die auf diese Weise festgelegte Zweitpräferenz soll im Folgenden als „Stimmverfügung“ bezeichnet werden. Sie wird nur relevant, falls die bevorzugte Partei nicht im Stichwahlgang vertreten ist.

Bei der Ermittlung des Wahlergebnisses wird die Stimmverfügung immer dann nicht berücksichtigt, wenn die mit der Hauptstimme gewählte Partei die Sperrhürde überwunden hat. Dann zählen Hauptstimme und Stichstimme automatisch für dieselbe Partei, unabhängig davon, ob auf dem Stimmzettel eine weitere Partei mit '2' gekennzeichnet worden ist. Ist hingegen die mit der Hauptstimme gewählte Partei an der Sperrhürde gescheitert, entspricht die Stichstimme automatisch der Stimmverfügung, sofern eine solche auf dem Stimmzettel angegeben wurde und sofern die Stimmverfügung auf eine Partei ausgestellt ist, die in der Stichwahl auch tatsächlich vertreten ist.

¹⁵ Für eine Definition des wahlrechtlichen Instruments der Dualwahl siehe: <http://www.dualwahl.de>.

Die Auszählung in den Wahllokalen unterscheidet sich von dem bislang bekannten Verfahren nur dadurch, dass die (kleine) Untermenge jener Stimmzettel, die eine Kennzeichnung '2' enthalten, ein weiteres Mal ausgezählt werden muss; die Anzahl der dabei festgestellten Kombinationen wird notiert. Alternativ wäre anstelle der dezentralen Auszählungen auch die Auszählung durch einen gesonderten Wahlausschuss am Folgetag denkbar.¹⁶

Das Aussehen der Stimmzettel kann nahezu unverändert bleiben. Nur die Hinweise im Kopf des Dokuments sind anzupassen - siehe z.B. das nachfolgend abgebildete Muster eines Dualwahl-Stimmzettels zur Bundestagswahl:

Wahl eines/einer Abgeordneten für den Wahlkreis

Kennzeichnen Sie die bevorzugte Person mit einem Kreuz (X)

1	Dr. Harbarth, Stephan MdB / Rechtsanwalt Mülhausen	Christlich Demokratische Union Deutschlands CDU	☐
2	Dr. Castellucci, Lars MdB / Hochschulprofessor Wiesloch	Sozialdemokratische Partei Deutschlands SPD	☐
3	Kilic, Memet Jurist	BÜNDNIS 90/ GRÜNE	☐

Wahl einer Landesliste (relevant für die Zusammensetzung des Bundestages)

Kennzeichnen Sie die bevorzugte Partei mit einem Kreuz (X)

Sie können zusätzlich eine weitere Partei mit der Ziffer 2 kennzeichnen.

☐	CDU	Christlich Demokratische Union Deutschlands Dr. Wolfgang Schäuble, Annette Widmann-Mauz, Volker Kauder, Nina Warken, Ingo Wellenreuther	1
☐	SPD	Sozialdemokratische Partei Deutschlands Leni Breymaier, Christian Lange, Rita Schwarzelühr-Sutter, Lothar Binding, Hildegard Matthies	2
☐	GRÜNE	BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN Kerstin Andreae, Cem Özdemir, Sylvia Kotting-Uhl, Dr. Gerhard Schick, Agnes Brugger	3

Abb. 1: Muster-Stimmzettel mit Dualwahl-Mechanismus¹⁷

Bei der saarländischen Landtagswahl würde der Stimmzettel sogar nur eine einzige Spalte für die Stimmabgabe enthalten (siehe das Muster in Abb. 2). Die bisher im Kopf des Bogens enthaltene Zeile „Sie haben 1 Stimme“ könnte z.B. wie folgt ergänzt werden:

Sie haben 1 Haupt-Stimme (X)

Sie können zusätzlich 1 weitere Stimme in Form der Ziffer ② vergeben für den Fall, dass die mit (X) gekennzeichnete Partei an der Sperrklausel scheitert.

¹⁶ Weitere Erläuterungen zum praktischen Ablauf des Wahlverfahrens können der Website <http://www.dualwahl.de/#praxis> entnommen werden. Zur Auszählung vgl. auch Björn Benken: „Anmerkungen zum Umdruck 18/5552 betr. Auszählung der Ersatzstimmen“, Umdruck 18/5615, 10.2.2016, <https://www.landtag.ltsh.de/infothek/wahl18/umdrucke/5600/umdruck-18-5615.pdf>.

¹⁷ Quelle: <http://www.dualwahl.de/#praxis>.

Stimmzettel
für die Wahl zum Landtag des Saarlandes am 26. März 2017
im Wahlkreis Saarlouis
Sie haben 1 Stimme

1	Christlich Demokratische Union Deutschlands a) Kreiswahlvorschlag 1. Monika Bachmann 2. Helma Kuhn-Theis 3. Günter Heinrich 4. Stefan Thielen 5. Dagmar Heib	b) Landeswahlvorschlag 1. Annegret Kramp-Karrenbauer 2. Klaus Bouillon 3. Roland Theis 4. Alexander Zeyer 5. Anja Wagner-Scheid	CDU	☐
2	Sozialdemokratische Partei Deutschlands a) Kreiswahlvorschlag 1. Anke Rehlinger 2. Reinhold Jost 3. Petra Berg 4. Hans-Peter Kurtz 5. Anne Mirjami Yliniva-Hoffmann	b) Landeswahlvorschlag 1. Anke Rehlinger 2. Eugen Roth 3. Martina Holzner 4. Jürgen Renner 5. Dunja Sauer	SPD	☐
3	DIE LINKE a) Kreiswahlvorschlag 1. Oskar Lafontaine 2. Dagmar Ensch-Engel 3. Sascha Sprötge 4. Horst Riedel 5. Martina Breier	b) Landeswahlvorschlag 1. Oskar Lafontaine 2. Ernst Flackus 3. Birgit Huonker 4. Dennis Weber 5. Heike Kugler	DIE LINKE	☐
4	Piratenpartei Deutschland a) Kreiswahlvorschlag 1. Lea Magdalena Laux 2. Holger Gier 3. Michael Grauer 4. Wolfgang Barth 5. Jürgen Kammer	b) Landeswahlvorschlag 1. Gerd Rainer Weber 2. Lea Magdalena Laux 3. Klaus Schummer 4. Holger Gier 5. Thorsten Alexander Rieger	PIRATEN	☐

Abb. 2: Muster-Stimmzettel der saarländischen Landtagswahl 2017

Dies würde die Komplexität des Wahlsystems nicht wesentlich erhöhen. Selbst wenn jemand von der Veränderung des Wahlsystems nichts mitbekommen hätte und einfach wie gewohnt seine Lieblingspartei mit einem Kreuz markieren würde, so hätte diese Person im Hauptwahlgang eine vollgültige Stimme abgegeben.

Auch hat nur ein kleiner Teil der Wähler/innen – nämlich die Gruppe der Kleinparteianhänger/innen – ein rationales Motiv, überhaupt die Kennzeichnung '2' zu vergeben. Falls es dabei in Einzelfällen tatsächlich zu einer unzulässigen Stimmabgabe käme, welche eine (Teil)-Ungültigkeit der Stichstimme nach sich ziehen würde, wären die betroffenen Wähler/innen dennoch nicht schlechter gestellt, als wenn sie nach dem bisherigen System hätten wählen müssen.

Um grob abschätzen zu können, wie sich die Einführung einer zusätzlichen Stimm-Option auf die Zahl ungültiger Stimmen auswirken kann, sollte man jene beiden Bundesländer betrachten, in denen bei der Landtagswahl im Unterschied zur Bundestagswahl nur eine einzige Stimme zu vergeben ist: Baden-Württemberg und das Saarland. In Baden-Württemberg lag bei den beiden Bundestagswahlen, die nach 2015 stattgefunden haben, die Zahl der ungültigen Zweitstimmen mit 0,90 Prozent knapp unterhalb des Bundesdurchschnitts (0,93 Prozent). Die durchschnittliche Zahl ungültiger Stimmen bei den letzten beiden Landtagswahlen wiederum lag bei 0,83 Prozent – ein nur sehr kleiner Unterschied. Im Saarland hingegen lag die Zahl ungültiger Stimmen bei den letzten beiden

Bundestagswahlen mit 1,73 Prozent weit über dem Bundesdurchschnitt; bei den Landtagswahlen desselben Zeitraums lag der Wert bei 1,22 Prozent. In der Gesamtbetrachtung sind diese Zahlen schwierig zu interpretieren. Es erscheint unwahrscheinlich, dass die Bevölkerung im Saarland generell größere Probleme mit dem Verständnis von Wahlverfahren hätte als anderswo. Wahrscheinlicher dürfte sein, dass die Höhe der ungültigen Stimmen maßgeblich durch Proteststimmen geprägt ist und die Unzufriedenheit der Saarländer mit der (Bundes-)Politik überdurchschnittlich hoch ist. Die moderaten Änderungen, die ein Dualwahlsystem mit sich bringen würde, dürften demnach die Zahl ungültiger Stimmen *kausal* allenfalls um ein paar Zehntel Prozentpunkte anheben. Dieser Effekt wiederum müsste in Relation gesetzt werden zu den positiven Auswirkungen, die ein Dualwahlsystem auf den Schutz vor Erfolgswertverlust hat, welcher bei manchen Wahlen bereits eine zweistellige Prozentzahl von Wählern betrifft.

Bei der Dualwahl kommt – trotz der weiterhin existierenden Sperrklausel – jeder abgegebenen Stimme in beiden Wahlgängen ein uneingeschränkter Erfolgswert zu. Im Hauptwahlgang fließt in die Ermittlung, welche Parteien die Qualifikation für den Stichwahlgang geschafft haben, jede Stimme mit genau dem gleichen Gewicht mit ein. Auch im Stichwahlgang kann jede wirksam abgegebene Stimme ihren vollen Erfolgswert entfalten, weil alle dort noch zur Wahl stehenden Parteien per Definition in das Parlament einziehen. Ist auf dem Stimmzettel neben der Hauptstimme keine weitere Partei gekennzeichnet oder ist eine Partei gekennzeichnet, die nicht im Stichwahlgang vertreten ist, so hat der/die betreffende Wähler/in nicht am Stichwahlgang teilgenommen und dort keine Stimme abgegeben. Bei einer nicht abgegebenen Stimme kann jedoch die Frage des Erfolgswerts aus denklologischen Gründen nicht tangiert sein. Somit wird die Gleichheit der Wahl durch die Dualwahl vollständig wiederhergestellt.

Einzig dort, wo jemand unabsichtlich nicht an der Stichwahl teilnimmt, weil unzutreffenderweise davon ausgegangen wurde, dass die mit '2' gekennzeichnete Partei das Sperrquorum überwinden würde, ergibt sich aus der subjektiven Sicht der Betroffenen keine Verbesserung gegenüber dem Status quo. Um auch in einem solchen Szenario die Gleichheit der Wahl vollständig zu gewährleisten, könnte man eine erweiterte Version der Dualwahl einführen, bei der die Wähler/innen weitere nachrangige Präferenzen ('3', '4' usw.) vergeben dürfen.¹⁸ Ob die bei dieser Ausgestaltungsvariante nochmals gesteigerte Gleichheit der Wahl die höhere Komplexität des Wahlverfahrens rechtfertigen kann, bliebe der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers überlassen.

Entscheidet man sich aus Praktikabilitätsgründen gegen eine derartige Systemerweiterung, so bleibt dennoch der Befund bestehen, dass die Dualwahl die Gleichheit der Wahl in einem gravierenden Ausmaß verbessert gegenüber dem im Saarland derzeit geltenden Landtagswahlrecht. Denn die Wähler/innen von

¹⁸ Siehe: <http://www.dualwahl.de#spezial>.

kleinen Parteien, deren Stimmen bisher bei der Sitzverteilung nicht berücksichtigt worden sind, würden zumindest eine Chance erhalten, im Stichwahlgang doch noch Einfluss auf die Zusammensetzung des Parlaments nehmen zu können.

Da jede Differenzierung bei der Berücksichtigung von Wählerstimmen auch die Chancengleichheit der Parteien beeinträchtigt¹⁹, eröffnet dies einen weiteren Aspekt der potentiellen Verfassungswidrigkeit unkompensierter Sperrklauseln. So ist bekannt, dass sich Anhänger/innen von Kleinparteien bei der Stimmabgabe zum Teil nicht zu ihrer tatsächlich bevorzugten Partei bekennen, weil sie ihre Stimme nicht „verschenken“ möchten. Die so zu Ungunsten von kleinen bzw. neuen Parteien verzerrten Wahlergebnisse führen dazu, dass sich auch die Medien kaum für sie interessieren; vielmehr gibt es die *„Gewohnheit der allgemeinen Öffentlichkeit, fast nur die Stimmen in der öffentlichen Debatte teilnehmen zu lassen, die auch im Deutschen Bundestag Sitz und Stimme haben. Die Parlamentswahl fungiert als eine Art Platzanweisung für legitimes öffentliches Sprechen mit der Konsequenz, dass das Scheitern an der Fünf-Prozent-Hürde gleichzeitig die Unsichtbarkeit in der öffentlichen Diskussion bedeutet“*.²⁰

Aufgrund der medialen Missachtung können kleine Parteien unterproportional wenig Mitglieder und Politiker-Persönlichkeiten anziehen, erhalten durch die hieraus resultierenden schlechteren Wahlergebnisse weniger Mittel aus der staatlichen Parteienfinanzierung und sind durch das verpflichtende Sammeln von Unterstützungsunterschriften, welches personelle und zeitliche Kapazitäten bindet, zudem daran gehindert, im Wahlkampf mit den etablierten Parteien mitzuhalten. Für viele kleine Parteien endet dies in einem Teufelskreis politischer Bedeutungslosigkeit und hindert sie daran, in angemessener Weise dem in Art. 21 Grundgesetz enthaltenen Auftrag nachzukommen, als Partei an der politischen Willensbildung des Volkes mitzuwirken. Die Dualwahl hingegen würde kleinen und neuen Parteien eine faire Mitwirkung im politischen Wettbewerb ermöglichen und die Chancengleichheit aller Parteien verbessern.

Auch der Grundsatz der Freiheit der Wahl würde durch die Dualwahl gefördert. Orientiert man sich an der Definition des Bundesverfassungsgerichts, der zufolge der Grundsatz der Wahlfreiheit *„nicht nur eine Ausübung des Wahlrechts ohne Zwang oder sonstige unzulässige Beeinflussung von außen sichert (...), sondern auch eine Gestaltung des Wahlverfahrens verbietet, das die Entschließungsfreiheit des Wählers in einer innerhalb des gewählten Wahlsystems vermeidbaren Weise verengt“*²¹, dann ist im geltenden Landeswahlrecht die Freiheit der Wahl bisher nur unvollkommen gewahrt. Denn die Einengung der Entschließungsfrei-

¹⁹ Vgl. BVerfGE 95, 335 [389, Rn. 173] oder BVerfGE 85, 264 [297, Rn. 112].

²⁰ Christoph Schönberger: Lob der Fünfprozenthürde, VerfBlog, 2013/9/27, online veröffentlicht unter: <https://verfassungsblog.de/lob-fuenfprozenthuerde/>.

²¹ BVerfGE 95, 335 [350, Rn. 68].

heit von Kleinparteianhängern durch die Sperrklausel wäre mit Hilfe eines Dualwahl-Mechanismus vermeidbar.

Des Weiteren hat laut Bundesverfassungsgericht jede Wahl auch „*das Ziel, den politischen Willen der Wähler als einzelner zur Geltung zu bringen, also eine Volksrepräsentation zu schaffen, die ein Spiegelbild der im Volk vorhandenen politischen Meinungen darstellt*“.²² Auch diese Forderung würde durch ein Dualwahl-System deutlich besser erreicht werden können als durch die unkompenzierte Sperrklausel. Denn die Abbildung des aggregierten Wählerwillens in den Stimmenergebnissen würde künftig nicht mehr dadurch verfälscht werden, dass ein Teil der Wählerschaft aus Angst vor dem Verlust der Stimme nicht die in Wahrheit bevorzugte Partei wählt; vielmehr wären die Ergebnisse der Dualwahl ein zutreffendes Spiegelbild der tatsächlichen politischen Präferenzen der Wähler.

Ein wichtiges Verfassungsziel, welches der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des Wahlrechts zu beachten hat, ist die Sicherung des Charakters der Wahl als eines Integrationsvorgangs bei der politischen Willensbildung des Volkes. In den ersten Jahrzehnten der Verfassungsrechtsprechung verstand man unter „Integrationsvorgang“ noch den Kanalisierungseffekt der Sperrklausel, der viele Wähler/innen abschreckt, eine mutmaßlich erfolglose Partei zu wählen, so dass sich die Stimmenanteile der vermeintlich systemstabilisierenden Parteien vergrößerten. Ab Mitte der 1990er Jahre jedoch gab das Bundesverfassungsgericht dem Begriff „Integration“ im wahlrechtlichen Kontext eine neue Bedeutung; seitdem wird damit die Kraft eines Wahlsystems bezeichnet, möglichst viele verschiedene politische Meinungen im Parlament abzubilden.²³

Doch welche dieser beiden Definitionen von demokratischer Integration man auch zugrunde legen mag – die Dualwahl würde das Kriterium in beiden Fällen besser erfüllen als die Status-Quo-Sperrklausel. Denn in der Stichwahl würden die in das Parlament einziehenden Parteien nicht nur die Stimmen derjenigen Kleinparteianhängern/innen erhalten, die bereits im geltenden System im dort einzigen Wahlgang ihre wahre Parteienpräferenz verleugnen und sicherheits halber lieber „groß“ statt „klein“ wählen – sie würden darüber hinaus auch aus dem Lager der eingefleischten Kleinparteianhängern/innen, die bisher dem „Argument der verlorenen Stimme“ getrotzt haben, Stimmen in vermutlich grö-

²² Bundesverfassungsgericht, Urteil vom 23. Januar 1957, BVerfGE 6, 84 [92].

²³ Die erstgenannte Position wurde erstmals im Urteil vom 23. Januar 1957 (BVerfGE 6, 84 [92 f.]) formuliert: „Der Gesetzgeber darf Differenzierungen in dem Erfolgswert der Stimmen bei der Verhältniswahl vornehmen und demgemäß die politischen Parteien unterschiedlich behandeln, soweit dies zur Sicherung des Charakters der Wahl als eines Integrationsvorganges bei der politischen Willensbildung des Volkes ... unbedingt erforderlich ist“. Die neue Position, der zufolge die bestmögliche Integration politischer Kräfte ein wichtiges Korrektiv gegenüber unumgänglichen Differenzierungen im Erfolgswert darstellt, fand sich erstmals im Urteil vom 10. April 1997 (BVerfGE 95, 408 [419, Rn. 46]).

ßerer Zahl²⁴ erhalten. In absoluten Zahlen würden die Parlamentsparteien folglich deutlich mehr Stimmen erhalten als bisher, was ihre demokratische Legitimation erhöhen würde.

Auch jenseits dieses statistischen Nachweises würde sich ein Integrationsschub bemerkbar machen. Anhänger/innen von Kleinparteien würden sich nicht länger im politischen Abseits empfinden und resigniert überlegen, ob sie überhaupt an der Wahl teilnehmen sollten, da ja bereits vor dem Wahltag absehbar ist, dass ihre Stimmen für die Zusammensetzung des Parlaments keine Berücksichtigung finden werden. Sie würden vielmehr spüren, dass ihre politischen Anliegen stärker als bisher von den großen Parteien beachtet werden, weil diese auf den Erhalt möglichst vieler Zweitpräferenzen hoffen.

Nun könnte man die Überlegung anstellen, ob ein Wahlsystem wie die Dualwahl, welches zwar ebenso wenig wie die unkompensierte Sperrklausel kleinere Parteien in das Parlament hineinlassen würde, aber unter bestimmten Rahmenbedingungen eventuell die Zahl an Parteien im Parlament steigern könnte, in diesem Sinne nicht doch einer Parteienzersplitterung Vorschub leisten würde. Dem ist aber nicht so, wie nachfolgend erläutert werden soll.

Zum einen ist bereits fraglich, ob ein Dualwahlsystem tatsächlich die Wahrscheinlichkeit erhöht, dass die Zahl der im Parlament vertretenen Parteien zunimmt und damit das Regieren schwieriger werden könnte als im Status quo. Zwar ist es richtig, dass durch die Dualwahl die Durchlässigkeit der Sperrhürde gefördert wird; dies wirkt sich jedoch in *beide* Richtungen aus. Durch das neue Wahlsystem würde es zwar einerseits einfacher werden, in das Parlament hineinzukommen; es würde aber andererseits auch einfacher werden, wieder aus dem Parlament herauszurutschen. Denn in der Vergangenheit haben Sperrklauseln oft genug den Effekt gehabt, einer Partei zum Verbleib im Bundestag oder Landtag zu verhelfen, indem der drohende Ausschluss aus dem Parlament eine große Wählermobilisierung ermöglichte²⁵ und/oder indem z.B. der größere Koalitionspartner seinen Anhängern empfahl, dem kleineren Partner "Leihstimmen" zukommen zu lassen. In einem Dualwahlsystem gäbe es hierzu weniger Anreize.

²⁴ In Wahlsimulationen stellten Graeb/Vetter fest, dass knapp 6 von 10 Wähler*innen, die für eine Kleinpartei stimmten, bei Existenz einer Ersatzstimmenoption ihre Ersatzstimme für eine der im Parlament vertretenen Parteien abgegeben hätten. Denn während in der herkömmlichen Wahlumgebung mit Zweitstimme 4,00 Prozent der Wähler eine Kleinpartei wählten, haben nach Einführung einer Ersatzstimme nur noch 1,69 Prozent sowohl ihre Hauptstimme als auch ihre Ersatzstimme für eine (andere oder dieselbe) Kleinpartei abgegeben; vgl. Tab. 1, S. 558 bei Frederic Graeb /Angelika Vetter: „Ersatzstimme statt personalisierter Verhältniswahl – Mögliche Auswirkungen auf die Wahlen zum Deutschen Bundestag“, in: Zeitschrift für Parlamentsfragen (ZParl), Heft 3/2018, S. 552-563; <https://www.nomos-elibrary.de/10.5771/0340-1758-2018-3-552.pdf>.

²⁵ Maßgeblich hierfür verantwortlich ist der sogenannte „Jackpot-Effekt“; vgl. Wastl Sommer: „‘Papierkorb-Effekt‘ und ‘Jackpot-Effekt’: Über den Wert von Wählerstimmen an der Fünf-Prozent-Hürde“, <http://www.toter-stein.de/diverses/5prozent>.

Selbst wenn sich die Zahl der in den Landtag einrückenden Parteien tendenziell erhöhen sollte, müsste dennoch eine nicht nur abstrakt konstruierte, sondern eine tatsächlich zu erwartende Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit des Parlaments hinzutreten.²⁶ Im Zweifel hat man sich an der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu orientieren, wonach nur Splitterparteien die Funktionsfähigkeit des Parlaments gefährden können. Welche Partei als Splitterpartei einzustufen ist, bemisst sich ausschließlich an dem Rückhalt, den die betreffende Partei in der Bevölkerung genießt, was sich wiederum in den erhaltenen Wählerstimmen manifestiert. Dies lässt sich z.B. aus Sätzen wie diesem herauslesen: *„Die Rechtfertigung der Sperrklausel ist, anders als der Beschwerdeführer meint, grundsätzlich unabhängig davon, wie viele Parteien mit welchem Ergebnis an der Sperrklausel scheitern.“*²⁷ Dies kann nur bedeuten, dass eine Partei, die 4,99 Prozent der Stimmen erzielt, bei dieser Wahl als eine potentielle „Splitterpartei“ (nicht im umgangssprachlichen, aber im verfassungsrechtlichen Sinne) angesehen werden muss. Andererseits dürfen Parteien, die 5,01 Prozent erreichen, verfassungsrechtlich nicht mehr als „Splitterparteien“ klassifiziert werden.²⁸ Daraus ist zu schlussfolgern, dass **jede** 5%-Sperrklausel (egal ob sie in Form einer unkompensierten oder kompensierten Sperrklausel ausgestaltet ist) ausreicht, um **per Definition** die Parteienzersplitterung nicht zu erhöhen, selbst wenn die Anzahl der (Nicht-Splitter)-Parteien im Parlament zugenommen haben sollte.

Auch die Dualwahl erfüllt somit alle Anforderungen an ein gleich-geeignetes milderer Mittel im Vergleich zur unkompensierten Sperrklausel des § 38 Abs. 1 LWG.

c. Ersatzstimme

Ein drittes potentielles milderer Mittel ist das seit den 1970er Jahren bekannte Wahlsystem der Ersatzstimme; teilweise auch Alternativstimme, Eventualstimme, Nebenstimme oder Hilfsstimme genannt. Hier bestimmen die Wähler/innen durch eine Kennzeichnung auf dem Stimmzettel, an welche Partei ihre Stimme übertragen werden soll, falls die Partei ihrer ersten Präferenz an der Sperrhürde scheitern sollte. Das Ersatzstimmensystem kennt somit nur *eine* (gleichzeitig wirksame) Stimme pro Wähler/in, wohingegen bei der Dualwahl allen Wählenden explizit zwei Stimmen zustehen. Dieser Umstand führt letztlich auch zu einer abweichenden verfassungsrechtlichen Beurteilung.²⁹

Ein weiterer Unterschied zwischen beiden Wahlsystemen besteht darin, dass bei der Dualwahl nur Parteien in das Parlament einziehen, die mehr als fünf Prozent aller Erstpräferenzen erhalten haben, während in den Ersatzstimmenmodellen

²⁶ BVerfGE 129, 300 [323].

²⁷ 2 BvC 46/14, Rn. 72.

²⁸ Vgl. BVerfGE 1, 208 [252 ff., Rn. 137 ff.].

²⁹ Vgl.: <http://dualwahl.de/#ersatzstimme>.

üblicherweise eine mehrstufige Weiterverteilung der Stimmen erfolgt, so dass auch Parteien, die im Hauptwahlgang zunächst unterhalb des Sperrquorums gelegen haben, dank Ersatzstimmen von anderen kleinen Parteien am Ende doch noch den Sprung in das Parlament schaffen können. Nachteil dieses – in gewisser Weise gerechteren – Systems ist, dass paradoxe Wirkungen nicht ausgeschlossen werden können dergestalt, dass man einer Partei schadet, wenn man sie und nicht eine andere Partei mit der Erstpräferenz wählt (Verletzung des Monotoniekriteriums).³⁰

Die oben zugunsten der Dualwahl aufgelisteten Vorteile einer größeren Gleichheit und Freiheit der Wahl und einer besseren Integrationsfunktion gelten grundsätzlich auch für die Ersatzstimme. Damit stellt auch dieses Wahlverfahren ein gleich-geeignetes milderes Mittel gegenüber einer unkompensierten Sperrklausel dar.

4. Die Evaluation des Landtags von 2015

Am 13. Oktober 2015 verabschiedete der saarländische Landtag einen Evaluations-Bericht zur Sperrklausel-Thematik³¹. Bevor auf dessen Inhalte eingegangen wird, soll zunächst die Entstehungsgeschichte des Dokuments beleuchtet werden sowie der historisch-politische Kontext, in dem dieser Text verfasst wurde.

a. Der zeitliche Kontext der Prüfung

Am 23.09.2011 erging das Urteil Lv 4/11 des Verfassungsgerichtshofs des Saarlandes zu mehreren miteinander verbundenen Wahlprüfungsbeschwerden. Darin wurde festgestellt, dass die in § 38 Abs. 1 LWG enthaltene Sperrklausel mit der Verfassung des Saarlandes – noch – vereinbar sei. Gleichzeitig konstatierte das Gericht, dass sich seit der Einführung der Fünf-Prozent-Klausel im Jahre 1952 die politische Wirklichkeit geändert habe. Insbesondere gäbe es mittlerweile – trotz der Sperrklausel – eine größere Parteienvielfalt, die aber dennoch nicht dazu geführt habe, dass Regierungsbildungen erkennbar erschwert worden seien. Deshalb stelle sich die Frage, ob die Sorge vor einer Parteienzersplitterung und die damit verbundene Sorge um die Funktionsfähigkeit des Parlaments auch heute noch als ein sachlich zwingender Grund für einen so weitreichenden Eingriff in die Wahlrechtsgleichheit und die Chancengleichheit der Parteien gelten könne.³²

³⁰ Für ein konkretes Beispiel siehe Björn Benken: „Das Monotonie-Kriterium und die Ersatzstimme“, online veröffentlicht unter: <http://www.sperrklausesysteme.de/monotonie.htm>.

³¹ Landtag des Saarlandes, Bericht des Ausschusses für Inneres und Sport unter Hinzuziehung des Ausschusses für Justiz-, Verfassungs- und Rechtsfragen und Wahlprüfung betreffend Evaluation der 5%-Sperrklausel und des Sitzzuteilungsverfahren vom 07.10.2015, Drucksache 15/1543.

³² SVerfGH, Urteil Lv 4/11 vom 29.9.2011, S. 74.

Somit träge den Gesetzgeber die Pflicht, diese Frage in Form einer „Realanalyse“ zu überprüfen. Dabei dürfe sich der Gesetzgeber zur Rechtfertigung des Eingriffs nicht mit der Feststellung der rein theoretischen Möglichkeit einer Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit des Parlaments begnügen. Vielmehr betonte der Gerichtshof, dass die bloße Erleichterung oder Vereinfachung der parlamentarischen Beschlussfassung gerade nicht ausreichen würde, um den mit der Fünf-Prozent-Klausel verbundenen Eingriff in die Wahlgleichheit und Chancengleichheit der Parteien zu rechtfertigen.³³ Schließlich sei auch die saarländische Besonderheit zu berücksichtigen, dass bei einem Verzicht auf eine Sperrklausel dank der relativ geringen Größe des Parlaments die faktische Sperrwirkung (auch „natürliche Sperrklausel“ genannt) vergleichsweise hoch sei.

Der vom Verfassungsgerichtshof an den Landtag erteilte Prüfauftrag schloss mit den Worten: *„Dabei wird [der Gesetzgeber] auch zu prüfen haben, ob gegebenenfalls mildere, gleich wirksame Mittel zur Sicherung der von ihm verfolgten Ziele zur Verfügung stehen. Der Gesetzgeber wird sich ferner mit den Auswirkungen der Sperrklausel auf das Wählerverhalten und die Entwicklung der politischen Parteien – und nicht zuletzt mit der Funktion politischer Wahlen als Integrationsvorgang – auseinander setzen müssen.“*³⁴

Auch ohne einen solchen expliziten Auftrag wäre der Landtag laut der gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung zu einer derartigen Prüfung verpflichtet gewesen. Denn wahlrechtliche Normen, die die Wahlrechtsgleichheit und die Chancengleichheit berühren, sind regelmäßig zu überprüfen und gegebenenfalls zu ändern, wenn die verfassungsrechtliche Rechtfertigung der Norm durch neue Entwicklungen infrage gestellt wird.³⁵ Eine solche Prüfung muss ergebnisoffen sein. Es wäre nicht ausreichend, lediglich Argumente zusammenzutragen, die eine vorgefasste Meinung stützen sollen.

Das Ergebnis der vom Verfassungsgerichtshof angemahnten Prüfung muss wiederum einer verfassungsgerichtlichen Kontrolle zugänglich sein. Zwar darf sich ein Landesverfassungsgericht nicht von vornherein an die Stelle des Parlaments setzen, sondern hat erst, wenn das Parlament entschieden hat, seine Aufgabe der Verfassungskontrolle auszuüben. Die vom Landtag durchgeführte Prüfung ist insbesondere darauf hin zu kontrollieren, ob das Parlament bei der Voraussage konkreter Gefahren von einer sorgfältig ermittelten Tatsachengrundlage ausgegangen ist, ob es den richtigen verfassungsrechtlichen Bewertungsmaßstab

³³ BVerfGE 120, 82 [114].

³⁴ SVerfGH, Urteil Lv 4/11 vom 29.9.2011, S. 75.

³⁵ Vgl. BVerfGE 120, 82 [108], 2 BvK 1/07, Rn. 110 oder 2 BvC 46/14, Rn. 65. Eine Pflicht zu regelmäßiger Prüfung besteht um so mehr, je stärker die Fragmentierung des Parteiensystems fortgeschritten ist und je weniger gewährleistet ist, dass Wahlen noch die Funktion eines Integrationsvorgangs bei der politischen Willensbildung des Volkes besitzen; vgl. VerfGH Nordrhein-Westfalen, Entscheidung 35-19 vom 20.12.2019, S. 49-51; online veröffentlicht unter: https://www.vgh.nrw.de/rechtsprechung/entscheidungen/2019/191220_35_19.pdf#page=51.

gesehen und berücksichtigt hat und dabei die in Konflikt stehenden verfassungsrechtlichen Güter richtig abgewogen hat und sachfremde Erwägungen vermieden hat.³⁶ An diesen Kriterien ist die Evaluation des Landtages zu messen.

Die Evaluation ist zu einem Zeitpunkt entstanden, als der Anteil jener Stimmen, die einen Erfolgswert von Null erzielten, in einem vergleichsweise kleinen Rahmen lag. Bei der im Saarland vorangegangenen Landtagswahl (2012) hatte dies „nur“ 5,6 Prozent der abgegebenen Stimmen betroffen. Der historische Höchstwert an unberücksichtigt gebliebenen Stimmen, der jemals bei einer Landtagswahl im Saarland gemessen worden war, lag zu jenem Zeitpunkt bei 10,8 Prozent der Stimmen bei der Landtagswahl 2004. Diese damaligen Rahmenbedingungen, die auch im Bericht des Landtags Erwähnung finden³⁷, dürften einen Einfluss auf das Ergebnis der Untersuchung gehabt haben.

Bei der Landtagswahl 2022 änderten sich diese Voraussetzungen jedoch grundlegend. Es zeigte sich am Wahltag, dass 22,3 Prozent aller abgegebenen Stimmen unberücksichtigt geblieben waren, womit sich der bisherige Spitzenwert mehr als verdoppelt hat. Man kann wohl davon ausgehen, dass der Landtag des Saarlandes einen derart dramatischen Anstieg der unberücksichtigten Stimmen in seiner Untersuchung nicht antizipiert hat. Aus diesem Grund hat das Ergebnis der damaligen Evaluation sicherlich nur eine bedingte Aussagekraft für die aktuelle Situation; vielmehr wäre eine grundsätzliche verfassungsrechtliche Neubewertung der Sperrklausel-Thematik erforderlich.³⁸

Laut der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist die Rechtfertigung der Sperrklausel zwar grundsätzlich unabhängig von der Frage, wie viele Parteien an der Sperrklausel scheitern und ob diese knapp oder deutlich scheitern.³⁹ Die verfassungsrechtliche Beurteilung ändert sich jedoch, wenn der sperrklauselbedingte Ausfall an Stimmen einen Umfang erreicht, der die Integrationsfunktion der Wahl beeinträchtigt.⁴⁰ Wenn – wie bei der saarländischen Landtagswahl 2022 – mehr als 2 von 9 Stimmen bei der Mandatszuteilung unberücksichtigt geblieben sind und die Anliegen der betroffenen Wähler und Wählerinnen damit für die Dauer der gesamten Legislaturperiode von einer parlamentarischen Ver-

³⁶ SVerfGH, Urteil Lv 12/12 vom 18.3.2013, S. 9 f..

³⁷ Landtag des Saarlandes, „Evaluation der 5%-Sperrklausel und des Sitzzuteilungsverfahrens“ vom 07.10.2015, Drucksache 15/1543, S. 34.

³⁸ Vgl. SVerfGH, Urteil Lv 4/11 vom 29.9.2011, S. 73: „Der Gesetzgeber ist im Hinblick auf die beachtliche Einschränkung der Erfolgswertgleichheit der Wählerstimmen durch die Fünf-Prozent-Klausel verpflichtet, eine die Wahlgleichheit und Chancengleichheit berührende Norm des Wahlrechts zu überprüfen und gegebenenfalls zu ändern, wenn die verfassungsrechtliche Rechtfertigung dieser Norm durch neue Entwicklungen in Frage gestellt wird, etwa durch eine Änderung der vom Gesetzgeber vorausgesetzten tatsächlichen oder normativen Grundlagen oder dadurch, dass sich die beim Erlass der Norm hinsichtlich ihrer Auswirkungen angestellte Prognose als irrig erwiesen hat (vgl. etwa BVerfGE 82, 322, 339; 120, 82, 108).“

³⁹ Bundesverfassungsgericht: Entscheidung vom 19.09.2017 zur Ersatzstimme, 2 BvC 46/14, Rn. 72.

⁴⁰ Vgl. Entscheidung des Bundesverfassungsgericht vom 19.09.2017, 2 BvC 46/14, Rn. 71 f.

setzung ausgeschlossen bleiben, ist ein Zustand erreicht, wo die Integrationsfunktion der Wahl als „beeinträchtigt“ gelten muss.⁴¹

b. Das Kriterium des gleich-geeigneten mildereren Mittels

Der Landtag widmet dem Thema Ersatzstimme/Alternativstimme⁴² in seiner Evaluation knapp sechs Seiten. Gleich zu Beginn wird die Fragestellung des Verfassungsgerichtshofs aufgegriffen, ob die Ersatzstimme ein gleich-geeignetes mildereres Mittel sei. Wegen seiner zentralen Bedeutung für das Ergebnis der Untersuchung soll der betreffende Abschnitt hier in voller Länge (jedoch ohne Quellenverweise) zitiert werden:

„Schon die Geeignetheit des Mittels ist fraglich. Die Befürworter stellen nur darauf ab, dass am Ende weniger Stimmen ‚verloren‘ gingen und daher in den Grundsatz der Erfolgswertgleichheit in geringerem Maße eingegriffen würde (...). Tatsächlich geht jedoch die ‚Erststimme‘ genauso verloren, wie bei einer Wahl ohne Alternativstimme auch. [...] Damit ist der Eingriff in den Erfolgswert der Hauptstimme, also dem, was der Wähler tatsächlich im Parlament umgesetzt sehen wollte, absolut identisch. Die Alternativstimme mildert diesen Eingriff nicht ab. Vielmehr lässt sie eine völlig andere, zweite Wahl zu, die möglicherweise Berücksichtigung findet.

Dann ist fraglich, für was diese zweite Wahl ein ‚geeignetes Mittel‘ sein soll. Der möglichst spiegelbildlichen Repräsentanz des Wählerwillens in der Zusammensetzung des Parlamentes, der ursprünglich Sinn der Erfolgswertgleichheit ist (...), dient sie jedenfalls nicht. Vielmehr wird diese Repräsentanz noch mehr entstellt als bei dem vollen Wegfall der Stimmen, da nunmehr Parteien, die eben gerade nicht die erste Wahl (und damit in unserem Demokratieverständnis ‚die Wahl‘) des Bürgers sind, doppelt überproportional gestärkt werden. Neben der zusätzlichen Verteilung der Sitze der an der Sperrklausel gescheiterten Parteien wächst den ins Parlament einziehenden Gruppierungen auch noch die ‚zweite Wahl‘ aus dem Alternativstimmensystem zu. Damit setzt sich das Parlament aber gerade nicht mehr dem eigentlichen Wählerwillen gemäß zusammen. Dementsprechend führt auch das Landesverfassungsgericht Schleswig-Holstein aus, dass eine Eventualstimme gerade kein gleich geeignetes mildereres Mittel,

⁴¹ Mit dem Ergebnis von 2022 ist das Saarland nur noch 10 Prozentpunkte von kirgisischen Verhältnissen entfernt. In der Republik Kirgisistan werden Sperrklauseln traditionell dafür eingesetzt, möglichst viele Oppositionsparteien aus dem Parlament fernzuhalten. Bei der Parlamentswahl 2020 blieben 32,3 Prozent aller Stimmen unberücksichtigt, was im internationalen Vergleich ein Spitzenwert sein dürfte. Nach der Wahl kam es in Kirgisistan zu Ausschreitungen, die am Ende zu einer Annullierung des Wahlergebnisses führten.

⁴² Die Variante der Dualwahl (siehe Unterkapitel 3.b) konnte der Landtag noch nicht berücksichtigen, weil diese erstmals 2016 in der Literatur erwähnt wurde durch Björn Benken in: Tobias Mörschel (Hg.), "Wahlen und Demokratie, Reformoptionen des deutschen Wahlrechts", 2016, S. 169.

sondern eine Änderung des Konzepts des geltenden Wahlrechts durch Verstärkung der Erfolgchancen der großen Parteien darstellen würde (...).

Tatsächlich geht es hier auch nicht um die Repräsentanz des tatsächlichen Wählerwillens bei der Zusammensetzung des Parlamentes, sondern ausschließlich um den psychologischen Effekt, mit seiner Stimme irgendwie berücksichtigt zu werden, ihr also, wenn schon nicht den eigentlich gewollten, dann doch wenigstens irgendeinen Erfolgswert zukommen zu lassen. Da die Hilfsstimme schon offen als Versicherung gedacht ist, so ist der Schluss, den das Landesverfassungsgericht Schleswig-Holstein gezogen hat, dass die Hilfsstimme im Zweifel einer der großen Parteien zugutekommt, sehr naheliegend, zumindest für die Mehrzahl der Fälle.

Der Berücksichtigung eines hilfsweise geäußerten Willens dürfte daher nicht die gleiche Integrationskraft zukommen wie der Hauptstimme. Sie würde letztlich ein Votum ‚zweiter Klasse‘ darstellen und nicht der politischen Überzeugung des Wählers entsprechen. Dieses wird nämlich durch seine erste abgegebene Stimme ausgedrückt. Seine Interessen sähe der Bürger im Parlament aufgrund des Scheiterns der Partei der Hauptstimme nach wie vor nicht vertreten (...). Damit stellt die Hilfsstimme schon kein gleich geeignetes Mittel da.“⁴³

Wie oben ausgeführt ist ein Mittel dann „gleich-geeignet“, wenn es den legitimierenden Zweck des Grundrechtseingriffs mindestens ebenso gut erreichen kann wie das Status-quo-Mittel. Der Maßstab, ob ein gegenüber der Status-quo-Sperrklausel milderer Wahlsystems auch gleich-geeignet wäre, müsste folglich die Frage sein, ob es ebenso gut der Gefahr der Parteienzersplitterung entgegenwirken und die Handlungsfähigkeit des Parlaments sichern kann. Wollte man den Begriff der Eignung bei einer Grundrechtsprüfung in einem weitergefassten Sinne interpretieren, dann würde sich das Kriterium zusätzlich noch auf die Erreichung anderer verfassungsrechtlicher Ziele beziehen.

In der Evaluation des Landtages wird die Eignung eines Ersatzstimmensystems nicht unter den Aspekten des Schutzes vor Parteienzersplitterung und/oder der Funktionsfähigkeit des Parlaments untersucht. Der Landtag weist lediglich nach, dass ein Ersatzstimmensystem nicht „gleich-wirkend“ zum Status-quo-System ist – was andererseits aber auch niemand behauptet hat. Damit ist fraglich, ob der Landtag den richtigen verfassungsrechtlichen Bewertungsmaßstab gesehen und berücksichtigt hat.

In Wirklichkeit hat der Landtag nicht untersucht, ob ein Ersatzstimmensystem ein „gleich-geeignetes milderer“ Mittel ist, sondern sich stattdessen ausschließlich mit der Frage beschäftigt, ob es ein „tatsächlich milderer“ Mittel sei – um

⁴³ Landtag des Saarlandes, „Evaluation der 5%-Sperrklausel und des Sitzzuteilungsverfahrens“ vom 07.10.2015, Drucksache 15/1543, S. 35 f..

diese Frage am Ende zu verneinen. Dabei geht er (im letzten der oben zitierten Absätze) von der Prämisse aus, dass die Zusammensetzung des Parlaments idealerweise dem wahren Wählerwillen entsprechen müsse. Dies sieht er bei einem Ersatzstimmensystem weniger gut verwirklicht als beim Status-quo-Wahlrecht, weil die Voten, die sich in der Ersatzstimme manifestieren, nach Ansicht des Landtags minderwertig seien.

Faktisch läuft die Argumentation des Landtags darauf hinaus, allen Wählern und Wählerinnen, die in einem Ersatzstimmensystem die Option der Abgabe einer Zweitpräferenz ausüben, ein Verhalten entgegen ihrer wahren politischen Überzeugung – also ein irrationales Verhalten⁴⁴ – zu unterstellen. Dies stellt die tatsächlichen Verhältnisse auf den Kopf. Denn es ist eindeutig die herkömmliche Sperrklausel, die Wähler und Wählerinnen massenhaft dazu nötigt, ihre Stimme entgegen ihrer eigentlichen politischen Überzeugung abzugeben, um nicht den Verlust des Erfolgswerts ihrer Stimme zu riskieren (oder um mittels einer sogenannten Leihstimme den Verlust einer großen Anzahl an „Koalitionsstimmen“ zu verhindern). Dieser Druck kann so groß sein, dass Mitglieder und sogar Kandidaten von Kleinparteien ihre Stimme einer anderen, größeren Partei zukommen lassen und/oder öffentlich zur Wahl einer Partei aufrufen, die anders als ihre eigene Partei den Sprung über die 5%-Hürde schaffen wird – oder dass Politiker einer großen Partei ihre Anhänger offen dazu ermuntern, lieber einen kleinen Koalitionspartner zu unterstützen.⁴⁵ Ein Ersatzstimmensystem hingegen nötigt niemanden, eine Stimmabgabe entgegen der wahren Präferenzrangfolge abzugeben. Damit ist ein Ersatzstimmensystem weitaus besser geeignet als das herrschende Wahlsystem, um die Gleichheit der Wahl sicherzustellen und den Wählerwillen korrekt abzubilden.

Nicht zutreffend ist auch die Behauptung, dass große Parteien durch das Ersatzstimmensystem bevorzugt würden. Dieser Eindruck könnte sich allenfalls dann ergeben, wenn man ausschließlich auf die absoluten Zahlen schaut, weil die Parlamentsparteien zusätzlich einen Teil jener Stimmen übertragen bekommen, die aufgrund der Erst-Präferenz zunächst für eine kleine Partei gezählt wurden. Der eigentliche Wahlerfolg bemisst sich aber nach der Sitzverteilung und hier kann

⁴⁴ In Wirklichkeit handelt es sich hier um ein rationales, strategisches Verhalten, wie es in Stichwahl-Kontexten notgedrungen immer wieder vorkommt. Zum Beispiel mussten viele derjenigen, die bei der französischen Präsidentschaftswahl 2022 in der ersten Runde für Jean-Luc Mélenchon gestimmt haben, in der Stichwahl „gegen ihre politischen Überzeugungen“ stimmen. Ganze 91 Prozent der Mélenchon-Anhänger/innen, die für Macron votierten, taten dies nicht etwa, weil sie ihn für einen guten Präsidenten hielten, sondern weil sie seine Gegenkandidatin Marine Le Pen verhindern wollten; dies waren dennoch keine „Voten zweiter Klasse“, die das Endergebnis „entstellten“. Vgl.: IPSOS, 2022 Élection présidentielle – Understanding the French Vote, 2nd round, 21-23. April 2022 (n=4000), online unter: <https://www.ipsos.com/sites/default/files/ct/news/documents/2022-04/Ipsos%20-%20Understanding%20the%20vote%20-%20second%20round.pdf>.

⁴⁵ Vgl. z.B. SPIEGEL vom 4.1.2013: „Niedersachsen-Wahl: CDU setzt auf Zweitstimmen-Hilfe für FDP“, <https://www.spiegel.de/politik/deutschland/niedersachsen-wahl-cdu-deutet-zweitstimmen-hilfe-fuer-fdp-an-a-875818.html>

es lediglich zu Verschiebungen innerhalb der Gruppe der im Parlament vertretenen Parteien kommen, nicht aber zu weiteren Gewinnen zulasten der nicht im Parlament vertretenen Parteien.⁴⁶ Hätten zum Beispiel bei der Landtagswahl 2022 die GRÜNEN die 5-Prozent-Hürde übersprungen, während die FDP knapp darunter geblieben wäre, dann hätte die CDU in einem Ersatzstimmensystem viele Zweitpräferenzen aus dem FDP-Lager erhalten, was der CDU wahrscheinlich einen weiteren Sitz eingebracht hätte. Wäre hingegen die FDP knapp in den Landtag eingezogen und die GRÜNEN knapp gescheitert, dann wäre es wahrscheinlich die SPD gewesen, die von der Einführung eines Dualwahl-System profitiert hätte.

Aufgrund der falsch gewählten Methodik verfehlt die Evaluation des Landtages den vom Verfassungsgerichtshof erteilten Auftrag. Dass der Landtag es versäumt hat zu prüfen, welche Auswirkungen ein Ersatzstimmensystem auf die Parteienzersplitterung und daraus resultierend auf die Handlungsfähigkeit des Parlaments hätte, wäre allenfalls dann akzeptabel, wenn die Prüfung des Landtages bereits im Vorfeld ergeben hätte, dass durch ein Ersatzstimmensystem ein besonders wichtiger Wahlrechtsgrundsatz oder andere, als gleichrangig anzusehende Verfassungsgüter stärker verletzt würden als durch das Status-quo-System. Es gab jedoch abgesehen von der zitierten Passage lediglich einen einzigen Versuch, einen Verstoß gegen den Grundsatz der unmittelbaren Wahl zu belegen – was aber ebenfalls nicht überzeugend gelang, wie im folgenden Unterkapitel gezeigt wird.

c. Der Grundsatz der Unmittelbarkeit der Wahl

Die Frage, ob ein Ersatzstimmensystem den Grundsatz der Unmittelbarkeit der Wahl, wie er sich aus Art. 38 Abs. 1 GG bzw. Art. 63 Abs. 1 SVerf ergibt, verletzen könnte, wird in dem Bericht eher gestreift als beantwortet. Im Kern gibt der Landtag lediglich zwei unterschiedliche Positionen aus der Literatur wieder:

„Es ist den Befürwortern der Alternativstimme insoweit beizupflichten, als dass hier keine Zwischeninstanz mit eigenem Ermessen (Gröpl in Wendt/Rixecker, Verfassung des Saarlandes, Artikel 63, RN 7) zwischen den Wahlbewerber und den Wähler tritt, wie es etwa in Wahlmännersystemen der Fall ist. Ein zweiter Auszählungsvorgang hat auch keine vergleichbare Wirkung, da immer noch nur der originäre Wille des Wählers Gültigkeit besitzt und das Auszählungsgremium diesen lediglich feststellt. Es gibt jedoch gewichtige Stimmen in der Literatur,

⁴⁶ Dennoch beharrt der Landtag darauf, dass „die großen Parteien, an die die Hilfsstimme regelmäßig fallen wird, im Verhältnis zu den kleineren Parteien übermäßig bevorzugt [werden], da sie durch die Hilfsstimme ... zusätzliche Sitze in den Parlamenten ... erhalten.“ („Evaluation...“, a.a.O., S. 38). Falls damit gemeint sein sollte, dass nur die größten der im Landtag vertretenen Parteien (also SPD, CDU und von 2009 bis 2017 auch Die Linke), nicht aber die mittelgroßen Parteien wie GRÜNE, FDP oder AfD von den Ersatzstimmen profitieren würden, so entbehrt eine solche Mutmaßung jeder empirischen Grundlage.

die den Unmittelbarkeitsgrundsatz weiter gefasst sehen und hierunter, in Verbindung mit dem Demokratieprinzip i.S. des Art 20 GG, auch erfasst sehen, dass die Stimmabgabe vorbehaltlos und bedingungsfrei erfolgen muss (Schreiber, BWahlG, 8. Aufl., § 6, RN 37).“⁴⁷

Nach der **herrschenden** Meinung in der Literatur ist der Wahlrechtsgrundsatz der Unmittelbarkeit der Wahl bei einem System mit kompensierter Sperrklausel **nicht** betroffen.⁴⁸ Auch das Bundesverfassungsgericht hat bisher nicht festgestellt, dass die Unmittelbarkeit der Wahl definitiv verletzt wäre, obwohl sich anlässlich der Entscheidung vom 19.9.2017 eine gute Gelegenheit zu einer solchen Feststellung geboten hätte. Vielmehr hat das höchste deutsche Gericht diese Frage bewusst offengelassen⁴⁹ und ein mögliches Problem lediglich angedeutet mittels der Formulierung: *„Mit Blick auf den Grundsatz der Unmittelbarkeit der Wahl kann die Eventualstimme Probleme aufwerfen, weil letztlich andere Wähler darüber entscheiden, für wen eine Stimme abgegeben wird.“*⁵⁰

Die in diesem Satz eingenommene Position kann allerdings nicht überzeugen. Es bleibt bereits nebulös, was das Gericht mit dem Ausdruck „abgegeben“ gemeint haben könnte. Denn „abgegeben“ wird eine Stimme (inklusive der nachrangigen Präferenz) bei der Dualwahl und Ersatzstimme stets *ausschließlich* vom Wähler bzw. der Wählerin selbst; keine fremde Person entscheidet darüber, für wen die Stimme abgegeben wird. Sofern das Gericht gemeint haben könnte, dass andere Wähler/innen darüber entscheiden, für wen eine Stimme *zählt* – im Sinne von: für welche Partei eine Stimme letzten Endes wirksam wird – so ist darauf hinzuweisen, dass dieser Vorbehalt bezüglich der Wirksamkeit einer Stimme bzw. Stimmverfügung nicht individuell wählerseitig gesetzt wird, sondern durch das Wahlsystem.

Auch mit dem Terminus „andere Wähler“ kann das Gericht unmöglich *einzelne*, namentlich bestimmbare Wähler gemeint haben, welche die Wahlentscheidung anderer Wähler willentlich modifizieren könnten, sondern allenfalls die *Gesamtheit* aller Wähler und das aus ihnen resultierende Wahlergebnis. Dabei übersieht

⁴⁷ Landtag des Saarlandes, „Evaluation der 5%-Sperrklausel und des Sitzzuteilungsverfahrens“ vom 07.10.2015, Drucksache 15/1543, S. 36.

⁴⁸ Vgl. u.a. Hermann 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. 9 f.; Stefan Lenz: „Sperrklausel und Ersatzstimme im deutschen Wahlrecht“, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ), Heft 24/2019, S. 1800 f.; Philipp Barlet: „BVerfG, Beschluss vom 19.9.2017 – 2 BvC 46/14, Entscheidungsbesprechung: Verfassungskonformität des Bundestagswahlrechts trotz Nichteinführung der Eventualstimme?“, Zeitschrift für das Juristische Studium (ZJS), Heft 2/2018, S. 180 f.; Wissenschaftlicher Dienst des Schleswig-Holsteinischen Landtages: „Einführung einer Ersatzstimme“ (Umdruck 18/5541), 17.09.2015, S. 5 f., online unter: <https://www.landtag.ltsh.de/infothek/wahl18/umdrucke/5400/umdruck-18-5441.pdf>; Florian Becker: „Vorschläge zu Änderungen wahlrechtlicher Vorschriften (Stellungnahme)“, Umdruck 18/5551 vom 29.01. 2016, S. 5; <https://www.landtag.ltsh.de/infothek/wahl18/umdrucke/5500/umdruck-18-5551.pdf>.

⁴⁹ 2 BvC 46/14, Rn. 80 f.

⁵⁰ 2 BvC 46/14, Rn. 82

das Gericht jedoch, dass das aktuell herrschende Sperrklauselsystem in dieser Hinsicht noch viel gravierendere Auswirkungen hat, weil hier andere Wähler darüber entscheiden, ob eine Stimme *überhaupt* berücksichtigt wird. Dieser Eingriff geschieht gegen den expliziten Willen der Wähler, während die Systeme mit kompensierter Sperrklausel niemals die Willensentscheidungen der Wähler missachten würden. Würde man dem Deutungsversuch im Urteil 2 BvC 46/14 folgen, so würde das geltende Wahlrecht erst recht gegen den Grundsatz der Unmittelbarkeit der Wahl verstoßen, weil hier letztlich „andere Wähler“ darüber entscheiden, ob die für eine bestimmte Partei abgegebene Stimme gezählt wird. Der Eingriff in die Unmittelbarkeit der Wahl, den das Bundesverfassungsgericht hier offenbar zu erkennen meint, würde sich folglich durch den Übergang von einer unkompensierten zu einer kompensierten Sperrklausel nicht vergrößern, sondern im Gegenteil verkleinern, so dass auch dieser Punkt untauglich ist, den Status der Dualwahl oder Ersatzstimme als milderer und gleich geeignetes Mittel in Zweifel zu ziehen.

d. Die Frage der Parteienfinanzierung

Breiten Raum nimmt im Bericht des Landtags die Frage ein, wie sich ein Ersatzstimmensystem mit den aktuellen Regelungen der Parteienfinanzierung vereinbaren ließe. Hier sieht der Landtag ein Problem im Zusammenspiel zwischen einem Bundesrecht, welches von einer einzigen Stimme bei Verhältniswahlen ausgeht und folglich in § 18 PartG Abs. 3 Nr. 1 allen Parteien einen einheitlichen Betrag pro erzielter Wählerstimme bei Landtagswahlen zuspricht, und einem Landesrecht, welches mehr als eine Stimme pro Wähler zulassen würde.⁵¹

Würde sowohl die von den Wählern geäußerte Erstpräferenz wie auch zugleich eine wirksam gewordene Ersatzstimme als Grundlage für die Auszahlung der staatlichen Mittel an die Parteien herangezogen werden, so würde es hier tatsächlich zu einer Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes kommen. Allerdings ist mit einem derartigen Szenario nicht zu rechnen, da es ein Leichtes wäre, einen solchen Konflikt zu vermeiden. Die Einschätzung des Landtages, dass „*der Landesgesetzgeber diese Regelung [im Parteiengesetz] weder abändern noch umdeutend auslegen*“ könnte, erweist sich als nicht zutreffend.

Zum einen hätte der Landtag zumindest die Möglichkeit, die Landesregierung aufzufordern, über den Bundesrat eine Initiative zur Änderung des Parteiengesetzes einzubringen (Art. 76 GG). Für die Umsetzung würde auch ein ausreichend langer Zeitraum zur Verfügung stehen, da bei einem Wahltermin z.B. im März die Einfügung einer Ersatzstimme in das Landtagswahlgesetz bereits im Jahr vor der Wahl erfolgen müsste, wohingegen die Höhe der bei der Wahl er-

⁵¹ Landtag des Saarlandes, „Evaluation der 5%-Sperrklausel und des Sitzzuteilungsverfahrens“ vom 07.10.2015, Drucksache 15/1543, S. 37 ff..

worbenen Ansprüche erst zum 15. Februar des darauffolgenden Jahres festgesetzt werden würde (§ 19a Abs. 1 Satz 1 PartG).

Zum anderen dürfte es aber sogar dann, wenn das Parteiengesetz nicht geändert werden würde, keine Zweifel geben, wie § 18 Abs. 3 Nr. 1 PartG mit Blick auf ein Ersatzstimmen-Wahlrecht teleologisch auszulegen ist. Sinn und Zweck der Norm ist es, Parteien proportional zu der von den Wähler/innen gezeigten Unterstützung mit staatlichen Zuwendungen zu bedenken. Die wahren, vorrangigen Wählerpräferenzen manifestieren sich in einem Ersatzstimmensystem in den Hauptstimmen (und sogar klarer als beim Status-quo-Wahlrecht), wohingegen sie im Zuge der Berechnung der Sitzverteilung nur teilweise abgebildet werden können, so dass die Parteienfinanzierung nicht an letztgenannter Stelle ansetzen darf, sondern vielmehr mit den Hauptstimmen verknüpft werden muss.⁵² Dass die Sitzverteilung tatsächlich keine Rolle bei der Höhe der staatlichen Zuwendungen spielen soll, hat der Gesetzgeber nicht zuletzt dadurch zum Ausdruck gebracht, dass er auch Parteien, die das Sperrquorum bei Landtagswahlen verfehlt haben, jedoch mehr als 1,0 Prozent der Stimmen erhalten haben, an der Parteienfinanzierung partizipieren lässt (§ 18 Abs. 4 Satz 1 PartG)⁵³.

Um die richtige Auslegung des Parteiengesetzes zusätzlich zu unterstützen, stünde es dem Landtag selbstverständlich frei, in einem Landesgesetz festzuhalten, welche der zur Verfügung stehenden Stimmen als Stimme im Sinne des § 18 PartG anzusehen ist. Sachdienlich wäre zum Beispiel, eine Änderung des saarländischen Gesetzes über die Erstattung der Wahlkampfkosten von Landtagswahlen (Wahlkampfkostenerstattungsgesetz) vorzunehmen. Diesen Weg schlug auch der Gesetzentwurf der Landtagsfraktion der PIRATEN zur Einführung einer Ersatzstimme im Jahr 2013 vor.⁵⁴

Im Übrigen hat es der Landtag des Saarlandes versäumt, den Blick in andere Bundesländer zu richten, wo Wähler/innen bei Landtagswahlen mehrere gültige Stimmen abgeben dürfen, ohne dass dies zu einer Ungleichbehandlung bei der Parteienfinanzierung geführt hätte. Bei den Bürgerschaftswahlen in Hamburg und Bremen beispielsweise können fünf Listenstimmen vergeben werden; und obwohl das Parteiengesetz zu einer solchen Konstellation beharrlich schweigt, wählt der Bundestagspräsident hier stets die pragmatische Lösung, die Stimmenzahlen durch fünf zu teilen, um die Höhe der Auszahlungen an die Parteien zu

⁵² So auch das Bundesverfassungsgericht im Beschluss 2 BvC 46/14 vom 19.09.2017, Rn. 81.

⁵³ Damit ist das in der Evaluation verwendete Gegenargument „Der Vorschlag ..., dass man nur die Hauptstimme zählen sollte, würde die Wahlkampffinanzierung von den am Ende tatsächlich gezählten und erfolgswirksamen Wahlergebnissen loslösen“ (S. 39) widerlegt – denn diese Loslösung gibt es bereits.

⁵⁴ Wörtlich heißt es dort: „Für die Gewährung von staatlichen Mitteln an Parteien bei Landtagswahlen sind die erzielten Hauptstimmen maßgeblich. Darüber hinaus richtet sich die Gewährung der staatlichen Mittel nach dem Parteiengesetz in der jeweils geltenden Fassung.“ (Gesetzentwurf der Landtagsfraktion der PIRATEN im Landtag des Saarlandes vom 14.11.2013, Drucksache 15/676, S. 3).

berechnen.⁵⁵ Bei Landtagswahlen in Bayern wird nicht weniger pragmatisch der Mittelwert aus Erst- und Zweitstimmen gebildet, obwohl die Erststimme ja beileibe keine „Listenstimme“ im Sinne von § 18 Abs. 3 Nr. 1 PartG ist.

Als Fazit dieses Kapitels bleibt festzuhalten, dass es dem Landtag in seiner Evaluation nicht gelungen ist, ein einziges stichhaltiges Argument vorzulegen, warum ein Ersatzstimmensystem kein gleich-geeignetes milderes Mittel im Vergleich zum Status-quo-Wahlrecht darstellt. Somit muss nun der Verfassungsgerichtshof des Saarlandes die Möglichkeit bekommen, die Arbeit des Landtags zu überprüfen und ggf. zu korrigieren – sei es im Rahmen einer abstrakten Normenkontrolle (vgl. hierzu Teil IV) oder aufgrund einer Wahlprüfungsbeschwerde.

5. Die Ersatzstimmen-Entscheidung des BVerfG von 2017

Zwei Jahre, nachdem der saarländische Landtag seinen Evaluationsbericht vorgelegt hat, erging ein Beschluss des Bundesverfassungsgerichts zu der Frage, ob die Einführung eines Ersatzstimmensystems verfassungsrechtlich geboten sei.

Wie bereits oben erwähnt lässt das Bundesverfassungsgericht die Frage letztlich unbeantwortet, ob und inwieweit einem Ersatzstimmensystem verfassungsrechtliche Bedenken entgegenstehen unter den Gesichtspunkten der Unmittelbarkeit und Öffentlichkeit der Wahl bzw. der Unvereinbarkeit eines bedingten Votums mit dem Demokratieprinzip.⁵⁶ Nach dieser Vorbemerkung handelt das Bundesverfassungsgericht dann den Themenkomplex Ersatzstimme (dort „Eventualstimme“ genannt) in gerade einmal zwei Absätzen ab, die nachfolgend in ihrem vollen Wortlaut (lediglich gekürzt um drei Quellenverweise) wiedergegeben werden:

„Einer verfassungsrechtlichen Verpflichtung zur Einführung eines Eventualstimmrechts steht jedenfalls entgegen, dass dieses zwar einerseits den mit einer Sperrklausel verbundenen Eingriff in den Grundsatz der gleichen Wahl insoweit abzumildern geeignet ist, als sich damit die Zahl der Wählerinnen und Wähler verringern ließe, die im Deutschen Bundestag nicht repräsentiert sind, wenn die von ihnen mit der Hauptstimme gewählte Partei an der Sperrklausel scheitert (...). Andererseits würde die Einführung einer Eventualstimme aber die Komplexität der Wahl erhöhen, so dass eine Zunahme von Wahlenthaltungen und ungültigen Stimmen nicht ausgeschlossen erscheint. Vor allem aber wäre die Eröffnung der Möglichkeit einer Eventualstimme ebenfalls in relevantem Umfang mit Eingriffen in den Grundsatz der Wahlgleichheit, möglicherweise auch der Unmittelbarkeit der Wahl verbunden. Dies gilt hinsichtlich der Erfolgswert-

⁵⁵ Vgl. Deutscher Bundestag: „Festsetzung der staatlichen Mittel für das Jahr 2020“, S. 6, Fußnote 1: https://bundestag.de/resource/blob/835922/0853db22122a388008ce071e287d8441/finanz_20-data.pdf

⁵⁶ Bundesverfassungsgericht: Beschluss 2 BvC 46/14 vom 19.09.2017, Rn. 80.

gleichheit, falls sowohl die Haupt- als auch die Eventualstimme an Parteien vergeben werden, die jeweils die Sperrklausel nicht überwinden. Daneben erscheint die Eröffnung der Möglichkeit einer Eventualstimme aber auch mit Blick auf die Zählwertgleichheit nicht unproblematisch: Während die Stimmen derjenigen, die eine Partei wählen, die die Sperrklausel überwindet, nur einmal gezählt werden, ist dies bei Stimmen, mit denen in erster Priorität eine Partei gewählt wird, die an der Sperrklausel scheitert, nicht der Fall. Vielmehr wären sowohl die Haupt- als auch die Eventualstimme gültig. Die Hauptstimme würde bei der Feststellung des Wahlergebnisses berücksichtigt, wäre im Rahmen der staatlichen Parteienfinanzierung relevant und bliebe lediglich bei der Mandatsverteilung ohne Erfolg. Daneben wäre auch die Eventualstimme eine gültige Stimme, die beim Wahlergebnis berücksichtigt und zusätzlich bei der Mandatsverteilung Relevanz entfalten würde. Mit Blick auf den Grundsatz der Unmittelbarkeit der Wahl kann die Eventualstimme Probleme aufwerfen, weil letztlich andere Wähler darüber entscheiden, für wen eine Stimme abgegeben wird..

Vor diesem Hintergrund lässt sich aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit keine Pflicht zur Einführung eines Eventualstimmrechts ableiten. Angesichts der ambivalenten Wirkungen einer Verbesserung der Integrationsfunktion der Wahl einerseits und einer erhöhten Komplexität und Fehleranfälligkeit des Wahlvorgangs sowie der Herbeiführung neuer Eingriffe in die Gleichheit und Unmittelbarkeit der Wahl andererseits kann das Eventualstimmrecht nicht als zweifelsfrei ‚gleich geeignetes, milderer Mittel‘ zur Erreichung des gesetzgeberischen Ziels der Erhaltung der Funktionsfähigkeit des Parlaments angesehen werden (vgl. LVerfG Schleswig-Holstein, Urteil vom 13. September 2013 - LVerfG 9/12 -, juris, Rn. 107). Vielmehr ist es Aufgabe des Gesetzgebers, im Rahmen des ihm durch Art. 38 Abs. 3 GG zugewiesenen Gestaltungsauftrags verfassungsrechtlich geschützte Rechtsgüter und Wahlrechtsgrundsätze - auch im Verhältnis zueinander - zum Ausgleich zu bringen (...). Dies gilt auch für die Abwägung zwischen den Belangen der Funktionsfähigkeit des Parlaments, dem Anliegen einer umfassenden Integrationswirkung und den Geboten der Wahlrechtsgleichheit sowie der Chancengleichheit der politischen Parteien (...). Es wäre demgemäß Sache des Gesetzgebers, die mit einem Eventualstimmrecht verbundenen Vor- und Nachteile gegeneinander abzuwägen und auf dieser Grundlage über dessen Einführung zu entscheiden.“

Unklar bleibt, was das Verfassungsgericht mit den angeblich **neuen** Eingriffen in die Gleichheit der Wahl meint. Im Text geschildert werden ausschließlich solche Eingriffe, die auch bereits im Status-quo-System vorhanden sind. Bei keinem einzigen der Wähler, die in einem Dualwahl- bzw. Ersatzstimmensystem keine erfolgswirksame Stimme abgegeben hätten (weil sie entweder auf die Abgabe einer Zweitpräferenz bewusst verzichtet haben oder weil auch ihre zweitpräferierte Partei an der Sperrklausel gescheitert ist), wäre es im bisherigen Wahlsystem zu einer erfolgswirksamen Stimme gekommen.

Warum das Bundesverfassungsgericht als einzige Unterstützung für die zentrale Aussage seines Beschlusses ausgerechnet auf eine Entscheidung des Landesverfassungsgerichts Schleswig-Holstein verweist, bleibt ebenfalls unerklärlich. Denn auch dort wird lediglich eine Behauptung aufgestellt, die nicht begründet wird bzw. nur mit einer Pseudo-Begründung versehen ist. Die vom Bundesverfassungsgericht verlinkte Stelle lautet in vollständiger(!) Wiedergabe: *„Die Einführung einer zweiten Listenstimme im Sinne einer Ersatz- bzw. Eventualstimme, die nur dann zu berücksichtigen wäre, wenn die mit der Hauptstimme gewählte Partei unter der 5%-Klausel bliebe(...), ist kein gleich geeignetes milderer Mittel. Denn dieses Modell bedeutete eine Änderung des Konzepts des geltenden Wahlsystems der personalisierten Verhältniswahl durch Verstärkung der Erfolgchancen der großen Parteien.“*⁵⁷

Verwirrend sind auch die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts zur angeblichen Beeinträchtigung der Zählwertgleichheit. Offenbar wird hier „ausgezählt“ mit „gezählt“ verwechselt. Seit jeher ist bekannt, dass *„Auszählen, Gutschreiben und Addieren“*⁵⁸ die drei Aktivitäten sind, die der Ermittlung des Wahlergebnisses dienen und der Berechnung der Sitzzuteilung vorausgehen. Der Begriff „Zählwert“ bezieht sich dabei auf das „Gutschreiben“, also auf die Frage, ob bzw. mit welchem Gewicht eine Stimme „für etwas zählt“. Unerheblich ist dabei, wie oft eine Stimme ausgezählt wird. In einem Ersatzstimmensystem sind Zählwerte teilweise nicht dauerhaft, sondern nur vorübergehend wirksam. Wenn festgestellt wird, dass die Stimme für eine Partei zwar einen Zählwert, nicht aber gleichzeitig auch einen Erfolgswert aufweist, wird der Zählwert wieder entfernt und ggf. einer anderen, von Wählerseite bestimmten Partei zugeschlagen, bei der ein Erfolgswert noch möglich ist. Die Stimme zählt dann nicht mehr für die ursprünglich präferierte Partei, sondern ihr Zählwert wird durch einen neuen Wert ersetzt (daher ja auch der Name *Ersatzstimme*). Ein solches „Anschalten“ bzw. „Ausschalten“ von Zählwerten ist typisch für Rangfolgewahlsysteme wie Single Transferable Vote (STV) bzw. Instant Runoff Voting (IRV). Ein verfassungswidriger multipler Zählwert ist bei diesen Verfahren ausgeschlossen, auch wenn der zitierte Passus des Bundesverfassungsgerichts anderes suggerieren mag.

Unklar bleibt ferner, welches der Wahlgleichheit gleichwertige Verfassungsgut betroffen sein soll, wenn sich die Zahl der Wahlenthaltungen und ungültigen Stimmen (geringfügig) erhöhen würde⁵⁹. Zwar verbietet das Demokratieprinzip

⁵⁷ LVerfG Schleswig-Holstein, Urteil vom 13. September 2013 – LVerfG 9/12, Rn. 107. Der saarländische Landtag zitiert in seiner Evaluation (S. 35) eine gleichlautende Stelle aus der Entscheidung 7/12 des LVerfG Schleswig-Holstein, die am selben Tage erging.

⁵⁸ BVerfG 95, 335 [370, Rn. 126].

⁵⁹ Ob ein solcher Effekt überhaupt in einem spürbaren Ausmaß auftreten würde, ist fraglich; vgl. Björn Benken: Wahleinspruch gegen die Gültigkeit der Wahl zum Deutschen Bundestag am 24. September 2017, eingereicht am 21.11.2017, S. 6 f., online unter <https://wahlreform.de/we2017.pdf>.

des Art. 20 Abs. 2 Satz 2 ein Wahlsystem, welches intransparent und/oder derart komplex ist, dass es von einem großen Teil der Wähler/innen nicht verstanden wird. Doch wie komplex und fehleranfällig ein Wahlvorgang sein darf, unterliegt mindestens der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers bei der Abwägung der verschiedenen mit einer Wahl verfolgten Ziele.⁶⁰ In der Realität lassen der Bundesgesetzgeber und die Landesgesetzgeber im Übrigen bemerkenswert wenig Interesse erkennen, die Verständlichkeit von Wahlsystemen zu erhöhen; und zwar selbst dort nicht, wo dies ohne Beeinträchtigungen anderer Ziele problemlos möglich wäre. Ein Beispiel ist die traditionelle Benennung in „Erststimme“ und „Zweitstimme“ bei der Bundestagswahl: Obwohl wissenschaftlich nachgewiesen ist, dass viele Wähler und Wählerinnen die Wortbestandteile „Erst-“ bzw. „Zweit-“ im Sinne einer Priorität auffassen und die Mehrheit von ihnen nicht korrekt bezeichnen kann, welche der beiden Stimmen die wichtigere ist⁶¹, kommen trotzdem weiterhin die durch die Wahlordnungen vorgegebenen unzulänglichen Stimmzettelmuster zur Anwendung⁶², statt beispielsweise eine einfach durchführbare Umbenennung in „Personenstimme“ respektive „Parteienstimme“ vorzunehmen.

In der Fachliteratur fanden die Abhandlungen des Bundesverfassungsgerichts zur Ersatzstimme kaum Widerhall. Es gab nur eine einzige umfangreichere Besprechung des Beschlusses durch Barlet, der zu dem Ergebnis kommt, dass die Einführung eines Ersatzstimmensystems bei bestehender Sperrklausel verfassungsrechtlich sehr wohl geboten sei.⁶³ Auch Lenz meint, die Bedenken des Gerichts ließen sich zerstreuen.⁶⁴ Zudem legt Benken in einem Wahleinspruch dar, dass die Argumente des Gerichts bereits nicht für ein System mit Ersatzstimme,

⁶⁰ Während das Bundesverfassungsgericht vom Gesetzgeber verlangt, die Intensität des Eingriffs in die Wahlgleichheit bei der Abwägung eines zulässigen Mittels zu berücksichtigen (BVerfGE 95, 408 (418, Rn. 45)), so lassen die urteilenden Richter in diesem Beschluss nicht erkennen, dass sie selbst eine Anstrengung unternommen hätten, den Erfolgswertverlust von vielen Millionen Stimmen abzuwägen gegen das Risiko einer Steigerung der Anzahl ungültiger Stimmen, welche grob geschätzt in einer um den Faktor 50 kleineren Größenordnung liegen würde.

⁶¹ So wurde z.B. in einer repräsentativen Befragung von 1.386 Wahlberechtigten festgestellt, dass 36% der Befragten die Zweitstimme und 23% die Erststimme als die wichtigere ansahen, während weitere 36% beide Stimmen als gleich wichtig einstufte und 5% mit „Ich weiß nicht“ antworteten. Eine weitere Frage an die Teilnehmer lautete: „Was oder wen genau wählen Sie mit Ihrer Erststimme (bzw.: Zweitstimme)?“ Hier konnten 51% für keine der beiden Stimmen die richtige Funktion benennen, nur 28% konnten beide Stimmen richtig zuordnen; vgl. Pollytix Strategic Research: „Politische Bildung: Erst- und Zweitstimme“, Online-Befragung 23.03.-04.04.2018, S. 4 und 9, online unter: https://pollytix.de/wp-content/uploads/2018/04/pollytix_Umfrage_Erst-und-Zweitstimme.pdf

⁶² Vgl. Viola Neu/ Jochen Roose: „‘Denn sie wissen nicht, was sie tun‘ – Stimmzettel zur Bundestagswahl müssen verständlicher gestaltet werden“, Diskussionspapier vom 10. Oktober 2019, online veröffentlicht unter: <https://kas.de/de/kurzum/detail/-/content/denn-sie-wissen-nicht-was-sie-tun/>

⁶³ Philipp Barlet: „BVerfG, Beschl. v. 19.9.2017 – 2 BvC 46/14, Entscheidungsbesprechung: Verfassungskonformität des Bundestagswahlrechts trotz Nichteinführung der Eventualstimme?“, Zeitschrift für das Juristische Studium (ZJS), Heft 2/2018, S. 179-188, online veröffentlicht unter: http://zjs-online.com/dat/artikel/2018_2_1206.pdf.

⁶⁴ Vgl. Stefan Lenz: „Sperrklausel und Ersatzstimme im deutschen Wahlrecht“, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ), Heft 24/2019, S. 1800 f..

aber erst recht nicht für ein Dualwahlsystem Gültigkeit beanspruchen können.⁶⁵

6. Fazit

Das Wahlrecht zu Landtagswahlen befindet sich in einem steten Spannungsfeld zwischen dem grundrechtsgleichen Recht auf gleiche und freie Wahl und dem Ziel, ein handlungsfähiges Parlament und eine stabile Regierung zu ermöglichen. Es ist Aufgabe des Landesgesetzgebers, diese beiden Normen bei der Ausgestaltung des Landtagswahlgesetzes gleichermaßen zu berücksichtigen und so gut wie möglich miteinander in Einklang zu bringen. Der saarländische Landesgesetzgeber hat dies pflichtwidrig versäumt, indem er es bisher unterlassen hat, der in Art. 66 Abs. 1 Satz 3 SVerf (und § 38 Abs 1 LWG) normierten Sperrklausel eine kompensierende Regelung an die Seite zu stellen, die die in Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG und Art. 63 Abs. 1 SVerf (sowie § 1 LWG) verbürgte Gleichheit und Freiheit der Wahl bestmöglich schützt. Für eine solche Aufgabe wären z.B. die drei in Kapitel 3 vorgestellten kompensierten Sperrklauselsysteme (eigenständige Stichwahl, Dualwahl, Ersatzstimme) geeignet gewesen.

Die Unterlassung des Gesetzgebers, für die saarländische Landtagswahl vom 27. März 2022 ein Wahlgesetz zu beschließen, welches geringere Eingriffe in das Grundrecht auf gleiche und möglicherweise auch auf freie Wahl mit sich gebracht hätte, ohne dass ein solches Wahlsystem an anderer Stelle zu verfassungsrechtlich relevanten Nachteilen geführt hätte, stellt einen Wahlfehler von erheblichem Gewicht dar.

III. Zur Mandatsrelevanz des Wahlfehlers

Der in § 46 Abs. 2 LWG enthaltene Grundsatz der Mandatsrelevanz verlangt, dass nur solche Wahlfehler zur Ungültigkeit der Wahl führen können, die sich auf die Sitzverteilung des Parlaments ausgewirkt haben oder ausgewirkt haben könnten. Wo dies nicht zweifelsfrei nachweisbar ist, muss zumindest eine nach der allgemeinen Lebenserfahrung konkrete und nicht ganz fernliegende Möglichkeit hierfür gegeben sein.⁶⁶ Diese Anforderung ist hier erfüllt.

An der Landtagswahl 2022 im Saarland haben u.a. 100.737 Wähler/innen teilgenommen, deren Stimmen bei der Sitzverteilung nicht berücksichtigt worden sind und somit in vermeidbarer Weise ihres Erfolgswertes beraubt wurden. Dies sind 22,27 Prozent aller abgegebenen gültigen Stimmen. Die Stimmen dieser Wähler/

⁶⁵ Vgl. Björn Benken: Wahleinspruch gegen die Gültigkeit der Wahl zum Deutschen Bundestag am 24. September 2017, eingereicht am 21.11.2017, S. 6 f., online: <https://wahlreform.de/we2017.pdf>.

⁶⁶ BVerfGE 89, 243 [254] sowie BVerfGE 89, 291 [304].

innen verteilten sich gemäß dem am 6. April 2022 vom Landeswahlausschuss festgestellten und am 21. April 2022 im Amtsblatt des Saarlandes veröffentlichten endgültigen amtlichen Endergebnis wie folgt auf die jeweiligen Parteien:

Parteien (mit weniger als 5% der Stimmen)	Stimmen	Prozent
GRÜNE	22.598	4,995 %
FDP	21.618	4,8 %
DIE LINKE	11.689	2,6 %
Tierschutzpartei	10.391	2,3 %
FREIE WÄHLER	7.636	1,7 %
dieBasis	6.448	1,4 %
bunt.saar	6.216	1,4 %
Die PARTEI	4.716	1,0 %
FAMILIE	3.836	0,8 %
VOLT	2.645	0,6 %
PIRATEN	1.318	0,3 %
ÖDP	613	0,1 %
SGV	412	0,1 %
Gesundheitsforschung	368	0,1 %
Die Humanisten	233	0,1 %
Summe	100.737	22,3 %

Tab. 1: Anzahl der unberücksichtigten Stimmen bei der Landtagswahl im Saarland 2022

Wäre schon bei dieser Landtagswahl eine Dualwahl oder eine Ersatzstimme oder eine andere Form einer kompensierten Sperrklausel im Wahlgesetz enthalten gewesen, so hätte das veränderte Wahlverfahren mit Sicherheit einen Einfluss auf das Wahlergebnis gehabt. Dies soll anhand der Analyse von drei typischen Verhaltensmustern von Wähler/innen gezeigt werden, wie sie allesamt anlässlich der Landtagswahl im März aufgetreten sind oder zumindest hätten auftreten können:

(A) Ein Teil derjenigen Wahlberechtigten, die die GRÜNEN oder die FDP oder Die LINKE gewählt hätten, wenn deren Einzug in das Parlament hinreichend sicher gewesen wäre, haben stattdessen am 27.3. eine der in den Landtag einziehenden Parteien gewählt, um ihre Stimme nicht zu „verschenken“.

(B) Ein Teil derjenigen Wahlberechtigten, die die Tierschutzpartei, die Freien Wähler, die Basis, bunt.saar oder irgendeine andere Kleinpartei gewählt hätten, wenn deren Einzug ins Parlament wahrscheinlicher gewesen wäre, haben stattdessen am 27.3. eine der großen Parteien oder die AfD, die GRÜNEN oder die FDP gewählt in der Hoffnung, ihre Stimme nicht zu „verschenken“.

(C) Ein Teil derjenigen Wahlberechtigten, die unter normalen Umständen die SPD oder die CDU gewählt hätten, haben stattdessen am 27.3. die GRÜNEN oder die FDP gewählt, um den Einzug eines möglichen Koalitionspartners in das Parlament wahrscheinlicher zu machen.

Laut dem endgültigen amtlichen Endergebnis hätten die GRÜNEN den Einzug in den Landtag geschafft, wenn sie 23 Stimmen mehr erhalten hätten. Dies ist ein Pönille der tatsächlich erreichten Stimmenanzahl. Wenn also bei der Landtagswahl 2022 nur ein einziger von jeweils 1.000 potentiellen GRÜN-Sympathisanten seine wahre Präferenz auf dem Stimmzettel verleugnet hätte und – aus der Befürchtung heraus, dass die GRÜNEN dieses Mal unter 5 Prozent bleiben könnten – dem Szenario (A) gefolgt wäre, dann hätte dieses Verhalten ausgereicht, um die GRÜNEN aus dem Landtag fernzuhalten. Bei einer Dualwahl oder in einem Ersatzstimmensystem hingegen hätten die Betroffenen ihre Erstpräferenz beruhigt an die GRÜNEN vergeben können, weil sie sicher gewesen wären, dank einer im Stichwahlgang ggf. relevant werdenden Zweitpräferenz so oder so eine erfolgswirksame Stimme abgegeben zu haben.

Im Hinblick auf die FDP hätte es mindestens 1.003 Sympathisanten (das wären knapp 4,5 Prozent der hypothetischen Wählerbasis der Partei) geben müssen, die trotz unsicherer Erfolgsaussichten dennoch für ihre Lieblingspartei gestimmt hätten, damit die FDP *ceteris paribus* in den Landtag eingezogen wäre. Auch bei der LINKEN wäre denkbar gewesen, dass sie in einem Wahlsystem mit kompensierter Sperrklausel doch noch Sitze im saarländischen Landtag errungen hätte.

Dass das Szenario (A) ein sehr realistisches Szenario ist, zeigt der Blick auf die Umfrageergebnisse kurz vor der Wahl. Die drei Umfrageinstitute Infratest dimap, INSA und die Forschungsgruppe Wahlen sagten bei ihren letzten Prognosen vor dem Wahltermin den GRÜNEN ein Wahlergebnis von 5 Prozent (bzw. Forschungsgruppe Wahlen: 5,5 Prozent) voraus, während für die FDP übereinstimmend ein Ergebnis von 5 Prozent prognostiziert wurde. Für Die LINKE sagten alle Institute 4 Prozent voraus.⁶⁷ Es gab somit bei vielen Anhängern dieser mittelgroßen Parteien die sehr reale Befürchtung, dass ihre bevorzugte Partei den Sprung in das Parlament nicht schaffen könnte – was sich am Ende ja auch bewahrheitete, wenn auch möglicherweise erst infolge einer sich selbst erfüllenden Prophezeiung.

Auch das Szenario (B) ist ein realistisches Szenario. In einer Simulationsstudie von Graeb/Vetter erhöhte ein Ersatzstimmensystem den Stimmenanteil der Gruppe kleiner und kleinster Parteien um 80 Prozent (nämlich von dort durchschnittlich 4,0 auf 7,2 Prozent).⁶⁸

⁶⁷ Quelle: <https://www.wahlrecht.de/umfragen/landtage/saarland.htm>.

⁶⁸ Vgl. Frederic Graeb / Angelika Vetter: „Ersatzstimme statt personalisierter Verhältniswahl – Mögliche Auswirkungen auf die Wahlen zum Deutschen Bundestag“, in: Zeitschrift für Parlamentsfragen, Heft 3/2018, S. 557; online: <https://nomos-elibrary.de/10.5771/0340-1758-2018-3-552.pdf>.

Hätte es bei der Landtagswahl 2022 ein Ersatzstimmen- oder Dualwahl-System gegeben, so hätte das Szenario (B) dazu geführt, dass auch ein Teil der an die GRÜNEN und die FDP gegangenen Stimmen im Hauptwahlgang an noch kleinere Parteien umgelenkt worden wäre.⁶⁹ Im Stichwahlgang hätten diese Wähler/innen dann aber dieselbe Wahlentscheidung getroffen, die sie auch unter der geltenden unkompensierten Sperrklausel getroffen haben.

Somit bliebe theoretisch nur noch das Szenario (C) übrig, um die massiven, mandatsrelevanten Auswirkungen des Szenarios (A) eventuell noch nivellieren zu können. Allerdings kann man davon ausgehen, dass das Thema Leihstimmen bei der Saarland-Wahl 2022 so gut wie keine Rolle gespielt hat. Die Umfrageergebnisse kurz vor der Wahl haben zu keiner Zeit die Möglichkeit angedeutet, dass eine Koalition von CDU und FDP mehr Sitze erhalten könnte als die SPD alleine.⁷⁰ Erst recht nicht hat es für Anhänger/innen der SPD einen Anreiz gegeben, mittels Leihstimmen den GRÜNEN in den Landtag zu verhelfen – denn rational gesehen wäre dies eine kontraproduktive Strategie gewesen, da sich spätestens ab Mitte März abzeichnete, dass bei einem Scheitern von FDP und GRÜNEN eine Alleinregierung der SPD möglich sein könnte.

Selbst wenn man – völlig unrealistischerweise – davon ausgehen würde, dass sich im Hauptwahlgang einer Dualwahl bzw. Ersatzstimme das Ergebnis der Landtagswahl 2022 exakt wiederholen würde, so wäre mindestens zu erwarten, dass ein gewisser Teil derjenigen, die eine am Ende erfolglose Partei gewählt haben, sich mit der Vergabe einer Zweitpräferenz gegen den Verlust des Erfolgswerts ihrer Stimme absichern würde. Hätte auf diese Weise z.B. die SPD 7.127 Stichstimmen/Ersatzstimmen erhalten (die z.B. von 61 Prozent derjenigen Wähler/innen hätten stammen können, die bei der Landtagswahl Die LINKE gewählt haben), so hätte die SPD auf Kosten der CDU einen zusätzlichen Sitz im Landtag erhalten.⁷¹ Auch auf diesem Wege hätte die Nichteinführung einer kompensierten Sperrklausel also eine Mandatsrelevanz entfalten können.

Somit kann festgestellt werden, dass dem nachgewiesenen Wahlfehler auch die geforderte Mandatsrelevanz innewohnt. Nach allgemeiner Lebenserfahrung⁷² spricht eine sehr hohe Wahrscheinlichkeit dafür, dass der Wahlfehler einen konkreten Einfluss auf die Sitzverteilung des 17. Landtages des Saarlandes gehabt hat.

⁶⁹ Ob aufgrund des Effekts (B) eine oder mehrere der „sonstigen“ Parteien den Sprung in das Parlament geschafft hätten, ist jedoch fraglich. Immerhin hätte die Tierschutzpartei ihren Stimmenanteil dafür mehr als verdoppeln, die Freien Wähler sogar fast verdreifachen müssen.

⁷⁰ Vgl. <https://www.wahlrecht.de/umfragen/landtage/saarland.htm>.

⁷¹ Für die Berechnung der Sitzverteilung nach dem Höchstzahlverfahren d'Hondt (§ 38 Abs. 2 LWG) wurde das folgende Tool verwendet: <http://www.arndt-bruenner.de/mathe/scripts/sitzverteilungen.htm>.

⁷² Zum diesbezüglichen Beurteilungskriterium vgl. BVerfGE 89, 243 (254, Rn. 45).

IV. Zum Handlungsspielraum des Landtags im Wahlprüfungsverfahren

Für den Fall, dass der Landtag eine Verfassungswidrigkeit des geltenden Wahlrechts erkennt, stellt sich die Frage, wie damit umzugehen ist. Nach herrschender Meinung in der Literatur ist der Landtag nicht legitimiert, verfassungswidrige Gesetze als nichtig zu verwerfen. Trotz dieser fehlenden Verwerfungskompetenz hat der Landtag eine Prüfkompetenz⁷³, die im Rahmen des Wahlprüfungsverfahrens auch als Prüf-Pflicht auszulegen ist⁷⁴. Kommt der Landtag bei seiner Prüfung zu der Ansicht, dass eine wahlgesetzliche Regelung verfassungswidrig ist, dürfte er dies sehr wohl in einem Beschluss festhalten; die Wahlanfechtung könnte er aber gleichwohl zurückweisen.⁷⁵

Nach einer anderen Rechtsauffassung müsste der Landtag, wenn er eine bestimmte Norm für verfassungswidrig hält, zunächst den Weg der abstrakten Normenkontrolle gemäß Art. 97 Abs. 2 der Verfassung des Saarlandes in Verbindung mit § 43 VerfGHG beschreiten und nach einer dort ergangenen Entscheidung die Wahlprüfung unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Verfassungsgerichtshofs fortsetzen.⁷⁶

Davon unabhängig stünde dem Landtag jederzeit die Option offen, Missstände, die aufgrund der Befassung mit der Wahlanfechtung offenkundig geworden sind, durch legislative Maßnahmen zu korrigieren. Dies würde sich zwar lediglich auf zukünftige Wahlen auswirken und keine Wiederholung der als verfassungswidrig angegriffenen Wahl bedeuten; doch in der Praxis dürften beide Wege oft zu denselben faktischen Konsequenzen führen. Denn auch Verfassungsgerichte ordnen in den seltensten Fällen eine Wiederholung der Wahl an, wenn sie Wahlgesetze als nicht verfassungskonform einstufen. Statt eine rückwirkende Nichtigkeit der betreffenden Norm festzustellen, konstatieren sie in aller Regel lediglich deren Unvereinbarkeit mit der Verfassung.

Falls Bedenken bestehen sollten, ein bisher noch nicht in der Praxis erprobtes Wahlsystem einzuführen, könnte der Landtag einfach eine zeitlich befristete Gesetzesänderung vornehmen, um das Wahlverfahren und dessen konkrete Auswirkungen zunächst beschränkt auf eine einzige Wahl testen zu können. Eine solche Befristung wahlrechtlicher Regelungen ist durchaus üblich (siehe z.B. die coronabedingte Absenkung der Unterstützungsunterschriften-Quoren, die aus-

⁷³ Vgl. Achterberg/Schulte in: von Mangoldt/ Klein/ Starck, „Kommentar zum Grundgesetz“, Band II, Art. 41 Rn. 36 f.. – Eine solche Prüfkompetenz nimmt z.B. der Bundestag regelmäßig in Anspruch, indem er auch bei jenen Wahleinsprüchen, die eine Verfassungswidrigkeit des Bundeswahlgesetzes behaupten, Stellungnahmen von Bundesbehörden einholt.

⁷⁴ Vgl. Tristan Barczak, „BVerfGG Mitarbeiterkommentar zum Bundesverfassungsgerichtsgesetz“, 2017, § 48 Rn. 28.

⁷⁵ Vgl. Tristan Barczak, a.a.O., § 48 Rn. 35.

⁷⁶ Eindringlich zugunsten dieses Prozederes argumentiert Rainer Lippold, „Die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit des Wahlrechts durch den Wahlprüfungsausschuss“, Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl) 1987, S. 933-936. In diesem Sinne auch Achterberg/ Schulte, a.a.O., Art. 41 Rn. 37.

schließlich für die Landtagswahl 2022 beschlossen wurde⁷⁷⁾ und würde die etwaige Befürchtung, der Landtag könne eine irreversibel nachteilige Situation schaffen, gegenstandslos machen.

[REDACTED], den 4. Mai 2022

[REDACTED]

[REDACTED]

⁷⁷⁾ Gesetzentwurf der CDU-Landtagsfraktion und der SPD-Landtagsfraktion zur Änderung des Landtagswahlgesetzes vom 9.9.2021, Drucksache 16/1787, online veröffentlicht unter: https://www.landtag-saar.de/Downloadfile.ashx?FileId=41648&FileName=Gsl6_1787.pdf