

Stellungnahme

**zur Problematik der Fünf-Prozent-Sperrklausel im Landtagswahlrecht
(Gesetzentwurf der Fraktion der PIRATEN, Drs. 18/385 vom 30.11.2012)**

*Vorlage für den Innen- und Rechtsausschuss
des Schleswig-Holsteinischen Landtags*

I. Schriftsatz des Landtags in dem Wahlprüfungsverfahren LVerfG 7/12 gegenüber dem Schleswig-Holsteinischen Landesverfassungsgericht

In dem Wahlprüfungsverfahren LVerfG 7/12 habe ich als Prozessbevollmächtigter des Landtags zur Verfassungsmäßigkeit der Sperrklausel nach § 3 Abs. 1 Satz 2 LWahlG Stellung genommen, Die einschlägigen Ausführungen in dem Schriftsatz vom 26. April 2013 lauten wie folgt:*

2. Die Sperrklausel als grundsätzlich verfassungskonforme Einschränkung der Wahlgleichheit und der Chancengleichheit

Die Landesverfassung schreibt vor, dass die Wahlen zum Landtag allgemein, unmittelbar, frei, gleich und geheim sein müssen (Art. 3 Abs. 1 LV). Vorgeschrieben ist ein Wahlverfahren, das „die Persönlichkeitswahl mit den Grundsätzen der Verhältniswahl verbindet“ (Art. 10 Abs. 2 Satz 1 LV). „Das Nähere“ regelt ein Gesetz, für dessen Inhalt die Verfassung im Hinblick auf die Rechtsprechung des Landesverfassungsgerichts nur bestimmt, dass es „für den Fall des Entstehens von Überhangmandaten Ausgleichsmandate vorsehen muss“ (Art. 10 Abs. 2 Satz 2 LV). Dieses Gesetz (Wahlgesetz für den Landtag von Schleswig-Holstein [Landeswahlgesetz – LWahlG]) in der ab 8. April 2011 gültigen Fassung sieht in § 3 Abs. 1 den Verhältnisausgleich nur für die Parteien vor, für die „in mindestens einem Wahlkreis eine Abgeordnete oder ein Abgeordneter gewählt worden ist oder sofern sie insgesamt fünf v. H. der im Land abgegebenen Zweitstimmen erzielt hat“. Diese Einschränkungen gelten jedoch nicht für Parteien der dänischen Minderheit (§ 3 Abs. 1 Satz 2 LWahlG) [...].

* In dem Auszug habe ich die Fußnotenverweise an die automatisch geänderte Zählung angepasst.

Der Beschwerdeführer meint, die in § 3 Abs. 1 LWahlG bestimmte Fünf-Prozent-Sperrklausel sei verfassungswidrig; sie stelle eine ungerechtfertigte Beeinträchtigung seines aktiven Wahlrechts und der Chancengleichheit der Parteien (Art. 21 Abs. 1 GG) dar. Diese Auffassung ist falsch. Das BVerfG und alle Landesverfassungsgerichte, die mit dieser Problematik befasst waren, haben in ständiger Rechtsprechung seit 1952¹ übereinstimmend entschieden, dass Fünf-Prozent-Sperrklauseln in aller Regel verfassungsrechtlich gerechtfertigt sind, und sie haben auch keine ausdrückliche verfassungsrechtliche Ermächtigung zu ihrer Einführung gefordert. Die legitimen Gründe, die zu diesen Regelungen geführt haben, bestehen nach wie vor; sie gelten auch für die hier zu überprüfende Vorschrift des § 3 Abs. 1 LWahlG.

a) Erfordernis ausdrücklicher Ermächtigung zur Einführung einer Sperrklausel?

Soweit sich der Beschwerdeführer darauf beruft, dass es für die Sperrklausel an einer ausdrücklichen Ermächtigung in der Landesverfassung fehle, macht er selbst sogleich mit einer Übersicht der einschlägigen Regelungen deutlich, dass dieses Monitum – wäre es begründet – auch das Grundgesetz und sieben weitere Landesverfassungen beträfe. Die Sperrklausel gilt seit der Gründung der Bundesrepublik Deutschland in allen Ländern und im Bund. Die Ansicht, sie bedürfe eines Verfassungsvorbehalts, hat sich nicht durchgesetzt und wird kaum noch vertreten. Der Beschwerdeführer beruft sich insofern auf zwei ältere

¹ BVerfG, Urteil vom 5. April 1952, BVerfGE 1, 208 (Leitsätze 10 und 11 sowie S. 248 und 256). Zuletzt BVerfGE 95, 335 (366); 95, 408 (419) sowie BVerfG, 2. Kammer des Zweiten Senats, Beschlüsse vom 17. November 2004, NVwZ 2005, 205, und vom 14. Februar 2005, NVwZ 2005, 568; VerfGH Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 28. August 2001, VerfGE 14/00 (S. 14 f.); BayVerfGH, Entscheidungen vom 18. Juli 2006, Vf. 9-VII-04, NVwZ-RR 2007, 73 ff., Rn. 24 ff., vom 10. Mai 2010, BayVBl. 2010, 531 ff. (Rn. 39) und DÖV 2010, 822, sowie vom 4. Oktober 2012, Vf. 14 VII-11 u.a.; NdsStGH, Beschluss vom 15. April 2010, NdsVBl. 2011, 77f. Rn.25 ff.; HmbVerfG, Urteil vom 15. Januar 2013; BremStGH, Urteil vom 5. November 2004, NordÖR 2005,155, und Urteil vom 14. Mai 2009, NordÖR 2009, 251, HVerfG 2/11 (S. 36); BerlVerfG, Beschluss vom 17. März 1997, LVerfGE 6, 28; VerfGH des Saarlandes, Urteile vom 29. September 2011, Lv 4/11 (S. 67 ff.) (NVwZ-RR 2012, 169), vom 22. März 2012, Lv 3/12 (S. 12 ff.) und vom 18. März 2013, Lv 12/12 (S. 11 ff.). Aus der Literatur: Hans Meyer, Wahlsystem und Verfassungsordnung, Frankfurt am Main 1973, S. 225 ff. (s. aber auch S. 234 ff.); Karl-Heinz Seifert, Bundeswahlrecht, 3. Aufl. Köln u.a. 1976, Art. 38 GG Rn. 25 (S. 54); Hans H. Klein, in: Maunz/Dürig, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 38 Rn. 126-127; Walter Pauly, Das Wahlrecht in der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 123 (1998), S. 232 (254 ff.); Hans-Peter Schneider, in: AK-GG, 3. Aufl. (Stand August 2002), Art. 38 Rn. 69; Martin Morlok, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Band II, Tübingen 1998, Art. 38 Rn. 104 (jedoch zweifelnd in Bezug auf die Höhe der Sperre); Rudolf Wendt, Sperrklauseln im Wahlrecht?, in: Matthias Ruffert (Hrsg.), Dynamik und Nachhaltigkeit des Öffentlichen Rechts. Festschrift für Meinhard Schröder, Berlin 2012, S. 431.

Quellen,² denen die Rechtsprechung und der überwiegende Teil der Literatur nicht gefolgt sind. Auch die Kritiker akzeptieren überwiegend die Legitimität einer Sperrklausel, erwägen aber eine Relativierung ihrer Höhe.³

Auch aus einem internationalen Vergleich ergibt sich kein zwingendes Argument für einen Verfassungsvorbehalt: Von zwölf europäischen Ländern haben zwar sieben den Wahlmodus in der Verfassung festgelegt, fünf aber nicht (nämlich Frankreich, Großbritannien, Italien, Griechenland und eben die Bundesrepublik Deutschland). Die Ausgestaltung des Wahlrechts führt in einigen Ländern dazu, dass die Funktion einer Sperrklausel durch die Einrichtung von Mehrmandatswahlkreisen erfüllt wird, und zwar z.T. in noch höherem Maße.⁴

Das Landesverfassungsgericht hat inzwischen klargestellt, dass der schleswig-holsteinische Verfassungsgeber dem Gesetzgeber mit dem Auftrag, „das Nähere“ des Wahlrechts zu regeln, auch die Einführung einer Sperrklausel überlassen hat.⁵ Mit den Worten des Bundesverfassungsgerichts:

„Der Verfassungsgeber hat ...bewusst darauf verzichtet, das Wahlsystem und dessen konkrete Ausgestaltung im Einzelnen verfassungsrechtlich vorzuschreiben. Er hat damit ein Stück materiellen Verfassungsrechts offen gelassen, das vom Wahlgesetzgeber in Ausübung eines weiten Gestaltungsspielraums auszufüllen ist.“⁶

Die Erwähnung der Sperrklausel in verschiedenen Landesverfassungen hat also nur klarstellenden Charakter. Soweit die Sperrklausel ausdrücklich angeordnet ist – wie in den Verfassungen von Bayern, Berlin und Bremen –

² Ulrich Wenner, Sperrklauseln im Wahlrecht der Bundesrepublik Deutschland, Frankfurt/Main 1986, S. 226 ff. (zugleich Diss. Bonn 1954) (mit weiteren Nachweisen) sowie Werner Frotscher, Die parteienstaatliche Demokratie – Krisenzeichen und Zukunftsperspektiven, DVBl. 1985, 917 (926). Als kritische Stimmen generell zur Einführung von Sperrklauseln oder zu ihrer Höhe sind u.a. zu ergänzen: Ernst Forsthoff, Zur verfassungsrechtlichen Stellung und inneren Ordnung der Parteien, Deutsche Rechts-Zeitschrift 1950, 313 (315); Ernst Becht, Die 5%-Klausel im Wahlrecht, Stuttgart u.a. 1990, S. 88 ff. (Diss. Marburg 1989); Hans Meyer, Wahlgrundsätze, Wahlverfahren, Wahlprüfung, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band III, 3. Aufl. Heidelberg 2005, § 46 Rn.36 ff.; Norbert Achterberg/Martin Schulte, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Das Bonner Grundgesetz, 4. Aufl. Band 2, München 2000, Art. 38 Rn. 138/139..

³ So u.a. Meyer und Achterberg/Schulte (s. vorige Fn.).

⁴ Angaben nach Eckhard Jesse, Wahlsysteme und Wahlrecht, in: Oscar W. Gabriel/Frank Brettschneider (Hrsg.), Die EG-Staaten im Vergleich. Opladen 1992, S. 172 ff. (175). S. a. Wolfgang Ismayr, Die politischen Systeme Westeuropas im Vergleich, in: ders. (Hrsg.), Die politischen Systeme Westeuropas, 4. Aufl. Wiesbaden 2009, S. 9 (43).

⁵ LVerfG SH, Urteil vom 30. August 2010, LVerfG 3/09, Rn. 82, und LVerfG 1/10 Rn. 133.

⁶ BVerfG, 2. Kammer des Zweiten Senats, Beschluss vom 14. Februar 2005 (ergangen auf Vorlagebeschluss des OVG Schleswig), NVwZ 2005, 568 (570 f.) mit Hinweis auf BVerfGE 95, 335 (349), wo die gleiche Formulierung für die bundesrechtliche Rechtslage verwendet wurde; ebenso wieder in BVerfGE 121, 266 (296) und 122, 304 (314).

bewahrt sie das jeweilige Landeswahlrecht vor Änderungen, die nicht von einer qualifizierten Mehrheit des Landtages getragen werden. Wenn die Wahlprüfungsbeschwerde in Bezug auf einen Verfassungsvorbehalt Erfolg hätte, würde sie auch in Schleswig-Holstein den Spielraum des Wahlgesetzgebers für die Zukunft einschränken.

b) Einschränkung der Erfolgswertgleichheit und der Chancengleichheit

Der wesentliche Einwand des Beschwerdeführers besteht darin, dass die Sperrklausel die Gleichheit der Wahl beeinträchtigt. Wenn die Parteien, die weniger als fünf Prozent der Stimmen erzielt haben, vom Verhältnisausgleich ausgeschlossen sind, werden die abgegebenen Stimmen zwar unverändert gezählt, aber sie wirken sich nicht auf das Ergebnis aus. Die entsprechenden Stimmen haben den gleichen „Zählwert“, aber keinen „Erfolgswert“. Für die betroffenen Parteien bedeutet das eine Verschlechterung ihrer Erfolgchancen.

Das Ziel, bei der Feststellung des Wahlergebnisses das *Verhältnis* zwischen den für die verschiedenen Parteien abgegebenen Stimmen *möglichst genau abzubilden*, entspricht dem verfassungsrechtlichen Gleichheitsgebot, wie es für die Wahlen in Art. 3 Abs. 1 LV und Art. 38 Abs. 1 GG festgelegt ist. Damit soll auch die Chancengleichheit der an der Wahl teilnehmenden Parteien gewahrt werden (Art. 21 Abs. 1 GG). Das BVerfG hat formuliert, der Grundsatz der Gleichheit der Wahl gebiete,

„dass alle Staatsbürger das aktive und passive Wahlrecht möglichst in formal gleicher Weise ausüben können. Er ist im Sinne einer strengen und formalen Gleichheit zu verstehen.“⁷

Aus dem Grundsatz der Wahlgleichheit folgt,

„dass die Stimme eines jeden Wahlberechtigten grundsätzlich den gleichen Zählwert und die gleiche rechtliche Erfolgchance haben muss. Alle Wähler sollen mit der Stimme, die sie abgeben, den gleichen Einfluss auf das Wahlergebnis haben.“⁸

Dieses Ziel kann aber schon nach der Natur der Sache nur annäherungsweise erreicht werden. Die Wirkung der Wählerstimmen hängt zunächst und zu einem wesentlichen Grade von dem Wahlsystem ab. Im Mehrheitswahlsystem bleibt

⁷ BVerfGE 121, 266 (295) mit Hinweis auf die frühere Rspr.: BVerfGE 51, 222 (234); 78, 350 (357 f.); 82, 322 (337); 85, 264 (315)]; 95, 408 (417).

⁸ BVerfGE 121, 266 (295).

ein wesentlich größerer Teil der abgegebenen Stimmen wirkungslos als aufgrund der Fünf-Prozent-Klausel. Da die Landesverfassung aber eine Kombination von Persönlichkeits- und Verhältniswahl vorschreibt, wäre in Schleswig-Holstein ein reines Mehrheitswahlrecht unzulässig. Das Kombinationssystem bedeutet jedoch, dass jedenfalls im ersten Schritt der Mandatsbesetzung in den Wahlkreisen einzelne Kandidatinnen und Kandidaten gewählt werden und folgerichtig die Wählerstimmen, die für andere als die gewählten Bewerber abgegeben werden, zunächst „unter den Tisch fallen“. Erst in einem zweiten Verfahrensschritt, durch den Verhältnisausgleich bei den Landeslisten, wird dieser Ausgleich und damit die Herstellung von Erfolgswertgleichheit möglich.

Verzerrungen entstehen auch durch die Anwendung der verschiedenen mathematischen Berechnungsformeln für die Sitzverteilung. Überdies gilt in Abhängigkeit von der Größe der zu wählenden Körperschaft eine „faktische Sperrklausel“. Dies zeigt auch ein Vergleich der deutschen Wahlrechtsnormen mit solchen von Staaten, in denen keine oder eine geringere Prozent-Hürde gilt. Die Erfolgswertgleichheit der Stimmen kann auch bei Fehlen einer Fünf-Prozent-Klausel beeinträchtigt sein, nämlich wenn in den Wahlkreisen jeweils mehrere Mandate zu vergeben sind.⁹ So hat *Portugal* zwar keine Sperrklausel und kraft Verfassung die Verhältniswahl, aber Wahlkreise mit zwei bis fünfzig Mandaten. Die kleineren dieser Mehrpersonenwahlkreise wirken wie Sperrklauseln und „beugen einer Fragmentierung des Parteiensystems vor, was bislang für das ‚Einfrieren‘ einer Vier- bzw. Fünf-Parteien-Landschaft sorgte“. Die durchschnittliche faktische Sperre liegt nach verschiedenen Berechnungen bei 6 bis 7 Prozent der Stimmen, doch

„in den zehn Wahlkreisen mit zwei bis fünf Mandaten ist sie viel höher, so dass kleine Parteien dort keine Erfolgchancen haben. Zugleich aber gibt es mit Lissabon und Porto auch zwei sehr große Wahlkreise mit jeweils 48 und 38 Mandaten, wo kleinere Parteien mit Stimmanteilen zwischen 1,5 und 3 % bereits Zugang ins Parlament finden können.“¹⁰

Schon die ungleiche Wirkung in ländlichen und den großstädtischen Wahlkreisen verbietet es, dieses Wahlsystem etwa deswegen als vorbildlich zu

⁹ Allgemein dazu Wolfgang Ismayr, Die politischen Systeme Westeuropas im Vergleich, in: ders., Die politischen Systeme Westeuropas (oben Fn.4), S. 9 (42 ff.). Sperrklauseln bestehen außer in Deutschland auch in Dänemark (2 %), Schweden (4 %), Österreich (4 %), Belgien (5 %) und Italien (4 %, für Wahlbündnisse 10 %).

¹⁰ Sara Claro da Fonseca, Das politische System Portugals, in: Das politische System Portugals, in: Wolfgang Ismayr (Fn. 4/9) S. 765 (788); zuvor in der 2. Auflage dieses Werkes (Opladen 1999) inhaltlich übereinstimmend Wolfgang Merkel und Volker Stiehl S. 605 (620).

bezeichnen, weil es keine normative Sperrklausel enthält. Wie es in diesem System mit der Wahlerfolgsgleichheit der Stimmen und der Chancengleichheit der Parteien aussieht, zeigt auch die Feststellung, dass die beiden großen Parteien PS und PSD bei Stimmenanteilen von 72 bis 80 Prozent im Parlament zwischen 83 und 90 Prozent der Mandate errungen haben („Disproportionseffekt“).¹¹ Ähnliches gilt für *Spanien*, wo eine Drei-Prozent-Hürde gilt, die aber nur in den größten Wahlkreisen wie in Madrid (32 Abgeordnete) und Barcelona (33 Abgeordnete) zur Anwendung kommt. Die Erfolgsgleichheit der Stimmen schwankt hier erheblich.¹²

c) Grundsätzliche Voraussetzungen der Rechtfertigung einer Einschränkung der Erfolgswertgleichheit und der Chancengleichheit

Es bedarf besonderer Gründe, um eine Abweichung von der Gleichbehandlung der Wählerstimmen und der Chancengleichheit der Parteien zu rechtfertigen. Solche Gründe sind im vorliegenden Fall, wie in den folgenden Abschnitten ausgeführt werden wird, in mehrfacher Hinsicht gegeben.

In seiner ersten Entscheidung zu der wahlrechtlichen Sperrklausel hat das BVerfG zwar ausgeführt, „die Beeinträchtigung von Parteien bei der Verhältniswahl“ sei „als eine Ausnahme zu betrachten, die nur durch zwingende Gründe gerechtfertigt werden“ könne.¹³ Gleichzeitig hat es aber an den Gesetzgeber nur geringe Anforderungen gestellt. Ihm wurde vielmehr bei der Einführung solcher Sperrklauseln und bei der Bestimmung der Höhe des Quorums ein „Spielraum für freie Entscheidung“ zugebilligt, wobei das Gericht über die Einhaltung der Grenzen nach den folgenden Grundsätzen wachen wollte: Sperrklauseln bis zu 5 Prozent sollten nur bei Vorliegen besonderer Umstände des Einzelfalls beanstandet werden, die Erhöhung über „den gemeindeutschen Satz von 5 Prozent“ hinaus nur bei „ganz besonderen, zwingenden Gründen“ erlaubt sein.¹⁴ Auch in dem zweiten Urteil zum SSW wird die Entscheidungsfreiheit des Gesetzgebers betont. Beim Erfolgswert der Stimmen können danach „im Rahmen des allgemeinen Gleichheitssatzes aus vernünftigem Grund begrenzte Differenzierungen gerechtfertigt sein“.¹⁵

¹¹ Claro da Fonseca (Fn. 10), S. 788 f.

¹² Harald Barrios, Das politische System Spaniens, in: Ismayr (Hrsg.) (Fn. 4), S. 713 (735 ff.).

¹³ BVerfGE 1, 208 (255).

¹⁴ BVerfGE 1, 208 (Leitsatz 11 und S. 256). Ebenso BVerfGE 4, 31 (40); 4, 375 (380); 6, 84 (93). Dieser Rspr. des Zweiten Senats ist auch der Erste Senat des BVerfG gefolgt, vgl. BVerfGE 3, 394; 5, 77 (83).

¹⁵ BVerfGE 4, 31 (39).

Die Bezugnahme auf „zwingende Gründe“ taucht auch später immer wieder in der Judikatur auf, aber teilweise in erkennbarer Distanzierung von ihrem strengen Sinn und regelmäßig in Verbindung mit Erläuterungen, die den Charakter der Aussage relativieren.¹⁶ Das Wort „zwingend“ wird in Anführungsstrichen zitiert, und es wird in Erläuterungen eingefügt, die einen anderen Akzent setzen.¹⁷ Im Zuge dieser Relativierungen wird auch deutlich, dass eine „strenge und formale Gleichheit“ bei der Wahlrechtsausübung – so wünschenswert sie in vielen Zusammenhängen auch sein mag –¹⁸ in Wahrheit nicht vollständig realisierbar ist.

Zusammenfassend hat das BVerfG ausgeführt, es sei nicht erforderlich, „dass sich die Differenzierung von Verfassungen wegen als zwangsläufig oder notwendig darstellen muss“, und weiter festgestellt:

„Differenzierungen im Wahlrecht können auch durch Gründe gerechtfertigt werden, die durch die Verfassung legitimiert und von einem Gewicht sind, das der Wahlgleichheit die Waage halten kann (vgl. BVerfGE 95, 408 [418]). Es genügen in diesem Zusammenhang auch ‚zureichende‘, ‚aus der Natur des Sachbereichs der Wahl der Volksvertretung sich ergebende Gründe‘ (vgl. BVerfGE 1, 208 [248]; 6, 84 [92]; 95, 408 [418]). Dazu gehören die Sicherung des Charakters der Wahl als eines Integrationsvorgangs bei der politischen Willensbildung des Volkes und die Gewährleistung der Funktionsfähigkeit der zu wählenden Volksvertretung (BVerfGE 95, 408 [418]).“¹⁹

Im Ergebnis wird das Gebot der Wahlgleichheit somit als Aufforderung an den Gesetzgeber verstanden, unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsprinzips sachgerechte Lösungen zu erarbeiten, die dem Beteiligungsinteresse der Wählerinnen und Wähler und der Parteien möglichst weit entgegenkommen, gleichzeitig aber die Integrationsfunktion der Wahlen sichern und die Funktionsfähigkeit der zu wählenden staatlichen Organe möglichst weitgehend gewährleisten.²⁰

¹⁶ Vorsichtig distanzierendes Zitat schon in BVerfGE 95, 408 (418); s. a. BVerfGE 121, 266 (297), zitiert vom LVerfG SH, Urteil vom 30. August 2010, LVerfG 1/10, Rn. 142, NordÖR 2010, 389.

¹⁷ S. etwa BVerfGE 121, 266 (297).

¹⁸ Für „strikt formale“ Wahlgleichheit – bezogen auf den Ausgleich von *Überhangmandaten* – auch das LVerfG in seinem Urteil v. 30. August 2010, NordÖR 2010, 389 (395), Rn. 79, unter Berufung auf StGH Baden-Württemberg, VBIBW 1990, 214 (dort bezogen auf die *Wahlkreiseinteilung*) sowie BVerfGE 120, 82 (105) (Landesorganstreitverfahren betr. 5 Prozent-Klausel im SH *Kommunalwahlrecht*) und 121, 266 (295) („*negatives Stimmgewicht*“).

¹⁹ BVerfGE 121, 266 (297 f.).

²⁰ In diesem Sinne auch Florian Becker, Die wahlrechtliche Privilegierung von Parteien der dänischen Minderheit in Schleswig-Holstein, Gutachten im Auftrag der FDP-Fraktion im SH Landtag, S. 27; s.a. ders./Frederik Heinz, Offene Fragen im schleswig-holsteinischen Wahlrecht, NordÖR 2010, 131 (133). Dort

Das Verhältniswahlrecht soll u.a. dazu dienen, die Stärkeverhältnisse der Parteien festzustellen. Das hat z.B. große Bedeutung, wenn es darum geht, ob Überhangmandate einer Partei durch Ausgleichsmandate für andere ausgeglichen werden müssen.²¹ Das Wahlrecht hat aber über diese Feststellungsfunktion hinaus weitere Aufgaben, die sich aus der verfassungsmäßigen Funktionenordnung ergeben und nicht vernachlässigt werden dürfen. Ein nach wie vor gültiger Kriterienkatalog für ein angemessenes Wahlrecht enthält z.B. diese Elemente: Verständlichkeit und Einfachheit des Wahlverfahrens, sinnvolle Zuordnung von Stimmen und Mandaten, Chance eines Regierungswechsels, Bildung regierungsfähiger Mehrheiten, Repräsentation der politischen Richtungen und traditionelle Verankerung.²² (Näheres dazu in dem folgenden Abschnitt II. 3.). Dass zwischen den verschiedenen Gestaltungselementen *abgewogen* werden muss, liegt auf der Hand; die Verabsolutierung eines der mehreren Kriterien wie etwa der Repräsentation der verschiedenen Richtungen verbietet sich von selbst.

Die Erfolgswertgleichheit der Stimmen und die Chancengleichheit der Parteien sind also *kein Selbstzweck* und *keine Höchstwerte*, sondern dienen ihrerseits der *Herstellung eines Gemeinwillens*, also der Entscheidungsfähigkeit des Gemeinwesens, das aus zahllosen, oft heftig miteinander streitenden Kräften besteht. Den „eigentlichen Wählerwillen“, der „unverfälscht“ zur Geltung kommen soll, gibt es nicht; denn das existierende Parteienspektrum kann nicht sämtliche im Wahlvolk vertretenen Meinungsströme und Interessenkombinationen repräsentieren, und schon gar nicht kann ein Wahlergebnis – und sei es noch so genau in Bezug auf das Verhältnis der Parteien zueinander – „den“, also einen einheitlichen Wählerwillen zum Ausdruck bringen. Das zeigt sich regelmäßig, wenn nach den Wahlen über Koalitionsmöglichkeiten diskutiert wird: Präferenzen für bestimmte Koalitionen können dem Wahlergebnis in aller Regel nicht entnommen werden; auch die Zweitstimmen schaffen insofern keine Sicherheit, sondern lassen nur mehr oder weniger begründete Spekulationen zu.

Für den vorliegenden Rechtsstreit ist besonders zu beachten, dass das BVerfG als einen wesentlichen Rechtfertigungsgrund für Differenzierungen nicht nur die

wird sogar – entgegen der späteren Entscheidung des LVerfG – das Entstehen ungedeckter Überhangmandate für zulässig erklärt (S. 136, 138).

²¹ Daher fordert das LVerfG in dem Urteil vom 30. August 2010, Rn. 79 ff. den *vollständigen* Ausgleich.

²² Jesse (Fn. 4) S. 187.

Gewährleistung der *Funktionsfähigkeit* der zu wählenden Volksvertretung bezeichnet hat, sondern auch die Sicherung der Wahl als eines *Integrationsvorgangs* bei der politischen Willensbildung des Volkes.²³ Schon hieraus folgt, dass bei der Beurteilung der konkreten Sperrklausel nicht allein auf die Möglichkeit oder Unmöglichkeit einer Regierungsbildung abgestellt werden darf, sondern eine umfassendere Sichtweise angebracht ist.

Das Landesverfassungsgericht hat diese Kernsätze der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung aufgegriffen und sich die zitierten Ausführungen zu eigen gemacht. Es hat insbesondere klargestellt, dass auch nach seiner Ansicht ein „zureichender“, „aus der Natur des Sachbereichs der Wahl der Volksvertretung sich ergebender Grund“ genügt, um eine Differenzierung zu erlauben.²⁴

Auch die anderen Landesverfassungsgerichte haben ähnlich argumentiert.²⁵ Das Hamburgische Verfassungsgericht hat festgestellt, dass Sperrklauseln bei Parlamentswahlen auch vorbeugenden Schutz vor instabilen politischen Zuständen bedeuten.²⁶ Der Saarländische VerfGH hat herausgestellt, dass die Rechtfertigung der Sperrklauseln nicht mit der Begründung bestritten werden kann, in der Vergangenheit habe es keine Konflikte gegeben, die nur mit Hilfe der Sperrklausel hätten überwunden werden können. „Nicht auf der Grundlage einer Betrachtung von Wahlergebnissen in der Vergangenheit“ könne die Rechtfertigung von Sperrklauseln geleugnet werden, sondern es bedarf „gerade einer Einschätzung von künftigen gesellschaftlichen und politischen Entwicklungen unter der Annahme ihres Fehlens“. Diese Prognose vorzunehmen sei „– zunächst – Aufgabe des Parlaments“.²⁷

Die Verfassungsgerichte haben damit letztlich anerkannt, dass es genügt, wenn die umstrittenen Regelungen mit großer Wahrscheinlichkeit dazu geeignet sind, die Funktionsfähigkeit der verfassungsrechtlichen Ordnung zu stärken. Es braucht nicht erst die Funktionsunfähigkeit einzutreten, um die Einführung einer Sperrklausel zu rechtfertigen. Es genügen vielmehr die Beeinträchtigung der Integrationswirkung der Wahl und die Wahrscheinlichkeit einer Funktionsstörung durch Zersplitterung des Parteienspektrums (dazu unten 3.).

²³ BVerfGE 121, 266 (297 f.), oben bei Fn. 19.

²⁴ LVerfG SH, Urteil vom 30. August 2010, Rn. 143.

²⁵ Fundstellen oben in Fn. 1.

²⁶ HmbVerfG, Urteil vom 15. Januar 2013, HVerfG 2/11, S. 36.

²⁷ SaarlVerfGH, Urteil vom 18. März 2013, Lv 12/12, S. 12.

Diese Wahrscheinlichkeit ist heute ebenso gegeben, wie sie bei der Einführung der Fünf-Prozent-Klausel gegeben war (unten zu 4.).

3. Der Sinn von Sperrklauseln vor dem Hintergrund der Demokratietheorie

a) Vorsorge gegen die „Zersplitterung“ der Parteien und daraus folgende Funktionsstörungen

Als unmittelbare Wirkung einer Sperrklausel ist intendiert, eine zu weit gehende Zersplitterung der Parteien-„Landschaft“ zu verhindern, d.h. die ganz kleinen Gruppierungen aus den Parlamenten herauszuhalten. Dahinter steht zunächst der Gedanke, dass die „Splitterparteien“ die notwendige Einigung der größeren politischen Gruppen behindern und im schlimmsten Fall das Parlament entscheidungsunfähig machen, die Regierungsbildung verhindern und die Gesetzgebung blockieren können.²⁸ Unter den kleinen Parteien finden sich immer wieder solche, die eine Fundamentalopposition betreiben wollen und sich einer konstruktiven Zusammenarbeit verweigern, etwa weil sie das „System“ insgesamt ablehnen. Regierungen, die aus allen nicht-obstruktiven Parteien gebildet werden, garantieren keine stabilen Mehrheiten, und Große Koalitionen sind unerwünscht, weil dann die notwendige parlamentarische Opposition zu schwach ist.

Die Legitimität dieses Ziels ist unumstritten. Unklarheit und teilweise Streit besteht nur darüber, welche Funktionen wie hoch einzuschätzen sind (s. sogleich zu b)) und inwieweit Sperrklauseln geeignet, erforderlich und angemessen sind, es zu erreichen (dazu unten 4.).

b) Die Integrationsfunktion der Wahlen und die Mitwirkung der Parteien an der Willensbildung des Volkes

Die Berücksichtigung zu kleiner Parteien bei der Bildung einer Vertretungskörperschaft erschwert die Integration des Volkes zu einem entscheidungs- und handlungsfähigen Ganzen.

Die politischen Parteien sollen Interessen und Meinungen vor der Beratung im Parlament bündeln und filtern. Die „Mitwirkung an der politischen Willensbildung des Volkes“, von der Art. 21 Abs. 1 Satz 1 GG spricht, beginnt

²⁸ Entschieden in dieser Richtung z.B. BVerfGE 51, 222 (236) (erste Entscheidung zu den Europawahlen).

notwendigerweise nicht erst im Parlament, sondern schon im vorparlamentarischen Raum, in der Gesellschaft. Von den Parteien wird erwartet, dass sie sich nicht nur um einzelne Interessen kümmern und für einzelne Gruppen der Bevölkerung einsetzen, sondern schon in ihren Programmen und Beschlüssen die Vielfalt der vorhandenen Interessen und die Gegensätze zwischen ihnen berücksichtigen. Der Staat kann den Parteien zwar nicht vorschreiben, sich schon intern, im Vorfeld der parlamentarischen Auseinandersetzungen um einen Ausgleich der Kräfte zu bemühen. (Einen Schritt in diese Richtung stellt das in Art. 21 Abs. 1 Satz 2 GG enthaltene Gebot innerparteilicher Demokratie dar - es setzt ja voraus, dass es unterschiedliche Strömungen innerhalb der Parteien gibt.) Das Idealbild der politischen Partei unterscheidet sich jedenfalls von Interessenverbänden dadurch, dass sie gerade nicht nur einen einzigen („partikulares“) oder einige wenige Interessen vertreten.

Es kann dahingestellt bleiben, ob die Vorstellung vom „Parteienstaat“, wie sie Gerhard Leibholz vertreten hat²⁹ und wie sie durch ihn auch in die Rechtsprechung des BVerfG Eingang gefunden hat,³⁰ heute noch ein rechtlich relevantes Staats- und Demokratieverständnis vermittelt. Ein Monopol der politischen Parteien auf die vorparlamentarische politische Meinungsbildung gibt es jedenfalls nicht; vielmehr sind für die heutige Demokratie auch Elemente unmittelbarer Beteiligung des Volkes prägend, wie sie z.B. auch in der schleswig-holsteinischen Landesverfassung ausgebaut sind (Art. 41/42 LV). Sicher ist jedoch, dass die Rousseau'sche Vorstellung, der Wille des Volkes dürfe nicht durch „intermediäre Instanzen“ vermittelt werden, die *volonté générale* müsse vielmehr durch unmittelbare Äußerung aller Bürger gebildet werden,³¹ in der heutigen Massengesellschaft und Massendemokratie nicht realisierbar ist.³² Intermediäre Instanzen sind unverzichtbar, um ein Staatsvolk zu gemeinsamen Beschlüssen zu befähigen, und neben anderen Kräften – gesellschaftliche Vereinigungen aller Art, Bürgerinitiativen, unabhängigen

²⁹ Gerhard Leibholz, *Das Wesen der Repräsentation und der Gestaltwandel der Demokratie im 20. Jahrhundert*, 3. Aufl. Berlin 1966; kritisch dazu u.a. Wilhelm Hennis, *Der „Parteienstaat“ des Grundgesetzes. Eine gelungene Erfindung*, in: Gunter Hofmann/Werner A. Perger (Hrsg.), *Die Kontroverse: Weizsäckers Parteienkritik in der Diskussion*, Frankfurt am Main 1992, S. 25 ff., und in: Hennis, *Auf dem Weg in den Parteienstaat*, Stuttgart 1998, S. 107.

³⁰ Vgl. schon BVerfGE 1, 208 (224) („jede Demokratie ist zwangsläufig ein Parteienstaat“).

³¹ Jean Jacques Rousseau, *Der Gesellschaftsvertrag*, 2. Buch, 3. Kapitel (Ausgabe Reclam 1975 S. 32 f.).

³² Zur Funktion der intermediären Instanzen in der modernen Gesellschaft s. schon Ernst Rudolf Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, Band IV, Stuttgart u. a. 1969, S. 988 ff.; Hans Peter Bull, „Freiheit der Arbeit“ als Unterdrückung der Koalitionsfreiheit – Die *loi Le Chapelier* von 1791 und ihre Folgen, in: Gilbert H. Gornig/Urs Kramer/Uwe Volkmann (Hrsg.), *Staat – Wirtschaft – Gemeinde. Festschrift für Werner Frotzcher*, Berlin 2007, S. 129 (140 ff.).

Medien usw. – sind gerade die Parteien dazu bestimmt, diese Integrationsleistung zu erbringen oder wenigstens zu unterstützen. Andernfalls würden in den Parlamenten die Vertretungen einzelner Interessen unmittelbar um die Macht ringen und all die Interessen verdrängen oder überwältigen, die schwach oder gar nicht vertreten sind.

Das ist gemeint, wenn das BVerfG von der *Integrationsfunktion* der Wahlen spricht – sie ist ohne hinreichend starke politische Parteien nicht gewährleistet. Damit ist keineswegs ausgeschlossen, dass immer wieder neue Gruppierungen sich am politischen Wettbewerb beteiligen und unter günstigen Umständen stark genug werden, um an dieser Integration des Volkes auf ihre Weise teilzunehmen. Es ist im Gegenteil vielmehr dringend wünschenswert, dass immer wieder neue Gruppen politisch aktiv werden und sich in den Prozess der gesellschaftlichen und staatlichen Willensbildung einbringen. Es kann für diese neuen Kräfte aber keine Garantie der Parlamentsbeteiligung geben.

Die hier referierten Überlegungen zur Funktion der Parteien müssen sich auf verfassungsrechtliche Abwägungen zwischen unterschiedlichen Ausgestaltungen der institutionellen Rahmenbedingungen auswirken, z.B. eben auch auf die Untersuchung, inwieweit Abweichungen von der grundsätzlichen Gleichheit der Erfolgchancen politischer Parteien zulässig sein sollen.

4. Die Abwägung zwischen der Wahlerfolgsgleichheit und der Sicherung der Funktionen der Wahl

Bei der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Sperrklauseln wird vor allem auf die Aufgaben und Funktionen der Parlamente und die Art und Weise der Beteiligung der einzelnen Abgeordneten bzw. der Fraktionen abgestellt. So wird von Kritikern der Sperrklauseln bezweifelt, dass ohne den Ausschluss zu kleiner Parteien die Bildung von Regierungen erschwert oder unmöglich sei. Auch die Gesetzgebungsfunktion des Parlaments könne weiter erfüllt werden, wenn die Fünf-Prozent-Hürde entfalle.

a) Die Eignung der Sperrklauseln zu den bezeichneten Zwecken

Der Beschwerdeführer weist darauf hin, dass die Bildung einer Landesregierung in einigen Fällen schwierig war, *obwohl* eine Sperrklausel angewendet worden war. Die Sperrklausel biete also keine sichere Gewähr für stabile Mehrheitsverhältnisse im Parlament und die Verhinderung von

„Koalitions-Krach“ (S. 31). Das trifft zu, spricht aber nicht gegen die Eignung der Sperrklausel, (weitere) Störungen zu verhindern.³³ Es lässt sich nachträglich nicht ermitteln, wie die Abläufe gewesen wären, wenn eine oder mehrere „Splitterparteien“ zu den vorhandenen politischen Kräften hinzugekommen wären. Mit einiger Sicherheit lässt sich aber voraussagen, dass eine Sperrklausel schwere politische Krisen verhindern oder zumindest deren Folgen abmildern kann. Das betrifft sowohl die Regierungsbildung wie die Gesetzgebung und insbesondere die Aufstellung des Haushalts.

aa) Der internationale Vergleich

Den deutlichsten Beleg für die Schwierigkeiten, die das Fehlen einer Sperrklausel in angemessener Höhe mit sich bringt, liefert die Geschichte des Staates *Israel*.³⁴ Dort gilt eine Zwei-Prozent-Sperrklausel (bis 1992 sogar nur eine Ein-Prozent-Klausel). Im Parlament, der Knesset, waren daher meist mehr als zehn Listenverbindungen vertreten. Nur einmal, nämlich in der achten Amtsperiode von 1973 bis 1977, bestand die Knesset „lediglich“ aus neun Fraktionen. Es ist allgemein bekannt, dass die Regierungsbildung unter diesen Umständen stets außerordentlich schwierig war. Viele vom Staatspräsidenten mit der Regierungsbildung beauftragte Politiker scheiterten, weil sie infolge der Parteienzersplitterung keine Koalition zustande bringen konnten. Nach langen Verhandlungen mit zahlreichen kleinen Parteien wurden regelmäßig sehr große Kabinette (mit bis zu dreißig Mitgliedern aus sechs Parteien) gebildet.³⁵ Immer wieder musste das Parlament vor Ablauf der Legislaturperiode aufgelöst werden. In den Jahren 1948 bis 2013 amtierten in Israel in 19 Wahlperioden 33 Regierungen. Die Zahl der Rücktritte war größer als die eines normalen Amtsendes.

In der gegenwärtigen (19.) Knesset, die am 22. Januar 2013 gewählt wurde, verteilen sich die insgesamt 120 Sitze auf zwölf Parteien, von denen die größten 31, 19, 15 und 12 Sitze innehaben. Mehr als fünf Prozent der Stimmen haben noch zwei andere Parteien errungen (11 bzw. 7 Mandate). Darüber hinaus sind aber sechs weitere Parteien mit jeweils zwei bis sechs Sitzen in der Knesset vertreten, davon die kleinste mit 2,08 Prozent der Wählerstimmen. Die

³³ Vgl. dazu nochmals die Ausführungen des SaarVerfGH in seinem Urteil vom 18. März 2013 (oben bei Fn. 27).

³⁴ Die folgenden Angaben sind den Wikipedia-Seiten „Politisches System Israel“ und „Knesset“ entnommen (Abruf 27. 2. 2013). Dort finden sich u.a. Zusammenstellungen der früheren Regierungen und detaillierte Wahlergebnisse sowie genaue Angaben über die gegenwärtige Knesset.

³⁵ So das Beispiel der Regierung Netanjahu 2009.

Grundsätze und Programme der Parteien behandeln z. T. unterschiedliche Themenfelder. Während sich die Mehrzahl der Wählerinnen und Wähler vor allem für wirtschaftliche und soziale Fragen zu interessieren scheint – wie sich in den jüngsten Demonstrationen zu sozialen Problemen zeigte –, streiten die großen Parteien vor allem über Sicherheitspolitik und die Siedlungen im Westjordanland und andere über religiöse Fragen oder Säkularisierung. Es liegt auf der Hand, dass es bei diesem Parteienspektrum überaus schwer ist, eine in sich geschlossene, langfristig wirkende Regierungspolitik verbindlich zu beschließen. Die derzeitige, im März 2013 gebildete Regierung kam erst nach siebenwöchigen Verhandlungen zustande.³⁶ Regelmäßig können ganz kleine Gruppen Forderungen durchsetzen, die in vollständigem Gegensatz zu der Politik anderer Koalitionspartner stehen, relativ unbekannte Politiker können mit ihrer Abstimmung zum Zünglein an der Waage werden.

Aus anderen Ländern ohne Fünf-Prozent-Klausel sind weniger dramatische Entwicklungen berichtet worden, aber auch dort sind Besonderheiten zu beobachten. Insbesondere ist in Ländern ohne oder mit niedriger Sperrklausel die Regierungsbildung häufig schwierig, langwierig und für die Bürger schwer nachvollziehbar.

In den Niederlanden reicht mangels einer Sperrklausel bereits ein Stimmenanteil von 0,67 Prozent für einen Parlamentssitz aus. Dieses Wahlsystem dürfte – neben anderen Besonderheiten des niederländischen Staatsrechts – dazu beitragen, dass die Regierungsbildung „äußerst schwierig, langwierig und intransparent“³⁷ war und ist, dass es lange Perioden der Unsicherheit und eine Zeit der Duldung einer Regierung durch den Rechtspopulisten Geert Wilders gegeben hat. Die Wahlentscheidungen der Bürger wirken sich nach Ansicht von Experten auf die Regierungsbildung nicht hinreichend aus.³⁸

In Italien werden geltende Sperrklauseln durch die Bildung von Wahlbündnissen unterlaufen. Das italienische Wahlrecht hat darauf reagiert, indem es für solche Parteienbündnisse eine höhere Sperrklausel (10 Prozent statt 4 Prozent wie für Einzelparteien) vorschreibt.³⁹ Diese „Wahlkoalitionen“ sind – anders als die

³⁶ Peter Münch, Mitte-rechts in Israel, Süddeutsche Zeitung vom 15. März 2013.

³⁷ Norbert Lepzsy/Markus Wilp, Das politische System der Niederlande, in: Ismayr (Hrsg.) (Fn 4), 4. Aufl. 2010 S. 405 (413, 417).

³⁸ Lepzsy/Wilp (Fn. 37) S. 414.

³⁹ Dazu Hartmut Ullrich, Das politische System Italiens, in: Ismayr (Hrsg.) (Fn. 4), 4. Aufl. S. 643 (665) mit ausführlicher Beschreibung des überaus komplizierten italienischen Parteiensystems auf S. 669 ff.

großen Parteien und insbesondere die deutschen „Volksparteien“ – nicht in der Lage, Interessen- und Meinungskonflikte schon intern zu überwinden und nach außen wirklich geschlossen für ein politisches Programm einzutreten. So bestanden die bei der Wahl im Februar 2013 aufgetretenen Parteienbündnisse z.B. aus 7 (Mitte-Links-Block) bzw. 9 Parteien (Mitte-Rechts-Block).⁴⁰ Sie sind schon intern so zerstritten, dass sie nach der Wahl vielfach wieder getrennte Wege gehen – d.h. eigene Parlamentsfraktionen bilden –⁴¹ und die Formierung einer Koalitionsregierung außerordentlich schwierig ist. Eine erhebliche Abweichung von der Gleichwertigkeit der Stimmen ergibt sich in Italien auch aus der Mehrheitsprämie (die Partei mit der relativen Mehrheit erhält 340 der 630 Sitze in der Abgeordnetenversammlung).⁴² Überdies wird der größere Teil der Sitze in Abgeordnetenversammlung und Senat nach dem Prinzip relativer Mehrheit in Einer-Wahlkreisen vergeben, so dass ein großer Teil der Stimmen ohne Erfolgswert bleibt.⁴³

(2) Die Lage in Deutschland

Das alles spricht aber nicht gegen, sondern gerade für die Notwendigkeit einer (einfach handhabbaren) Sperrklausel im Rahmen eines klaren Verhältniswahlsystems. In Italien verfügen „auch Klein- und Kleinstparteien“ über „nicht unbedeutende *bargaining power*“.⁴⁴ Ihnen wird nicht nur eine „starke Verhandlungsmacht“, sondern sogar eine „Schlüsselstellung“ zugesprochen.⁴⁵ Die Lage wäre noch einmal komplizierter, wenn die diversen Bündnispartner als selbstständige Wahlbewerber angetreten wären. Die deutschen Parteien sind zwar insgesamt weniger aufgesplittert als die italienischen. Aber auch in Deutschland wäre zu beachten, dass die Sperrklausel nicht durch Wahlbündnisse heterogener Gruppen umgangen werden darf. Nur durch eine auf die einzelnen Parteien bezogene Sperrklausel wird der Einfluss von Splitterparteien hinreichend zurückgedrängt und zugleich

⁴⁰ Bei den Wahlen 2006 umfasste die siegreiche Koalition sogar 18 Listen, die unterlegene 17 (Ullrich [Fn. 39] S. 665). Solche Listenverbindungen als reine Zählgemeinschaften wären nach deutscher Auffassung unzulässig, „weil der Erfolgswert der für eine solche Listenverbindung abgegebenen Stimmen größer ist als der für unverbundene Parteien“ (Morlok, in: Dreier [Fn. 1], Art. 38 Rn. 105 unter Hinweis auf BVerfGE 82, 322 [345 f.]).

⁴¹ So auch Roland Höhne, Zwischen Repräsentativität und Stabilität. Wahlsystem und Wahlrechtsreform in Italien, Zeitschrift für Politik 2/2012, S. 217 (228).

⁴² Einzelheiten in den Wikipedia-Artikeln „Politisches System Italien“ und „Parlamentswahlen in Italien 2013“ (Abruf 2.3.13).

⁴³ Ullrich (Fn. 39) S. 665) hält für passend auch die Formel „Mehrheitssystem mit sukzessiver anteiliger Verteilung der Sitze unter die Koalitionspartner“ und „Resteverteilung unter die Verlierer“.

⁴⁴ Ullrich (Fn. 39) S. 665.

⁴⁵ Höhne (Fn. 41) S. 228.

Transparenz und ein gewisses Maß an Vorhersehbarkeit des Wahlausgangs hergestellt.

Trotz Fünf-Prozent-Klausel sind aber auch in Deutschland immer wieder erhebliche Schwierigkeiten sowohl bei der Regierungsbildung wie bei den laufenden Gesetzgebungsverfahren und bei der Haushaltsaufstellung aufgetreten, wenn vier oder mehr Parteien in einem Parlament vertreten waren und eine davon sich nicht an einer Regierung beteiligen wollte oder von keiner der anderen als Koalitionspartner akzeptiert wurde.

Es geht bei der Fünf-Prozent-Klausel nicht um die Abwehr einer „abstrakten“ Gefahr oder um die bloße Erleichterung oder Vereinfachung der Beschlussfassung, wie der Beschwerdeführer meint (S. 32), sondern es geht um die Verhinderung durchaus konkreter, häufig ganz überraschend auftretender Störungen des parlamentarischen Entscheidungsprozesses, die auf dem Verhalten kleiner, noch nicht mit den Notwendigkeiten der Parlamentsarbeit vertrauter oder sich davon abgrenzender Fraktionen (besonders: „Ein-Thema-Parteien“) beruhen. Konflikte gehören zwar zum politischen Alltag, aber die Verfassung und das Wahlrecht müssen Vorsorge dafür treffen, dass sie in angemessener Zeit und mit angemessenen Ergebnissen gelöst werden können.

Entscheidend fällt ins Gewicht, dass solche Parteien in einem zersplitterten Parlament „eine besondere Durchschlagskraft“ entfalten können. Sie haben als Folge der Zersplitterung ein „*unverhältnismäßiges strategisches Gewicht*“⁴⁶ und *verfälschen* damit im Ergebnis geradezu den „Wählerwillen“, wie er sich in dem Zahlenverhältnis der Parteien ausdrückt. Der Saarländische VerfGH hat diesen Zusammenhang jüngst wie folgt beschrieben:

„Der Einzug vieler kleinerer politischer Gruppierungen in ein Parlament führt ... nicht nur zu einer Bereicherung der parlamentarischen Arbeit durch neue, zu nächst nur von einer kleinen Minderheit der Wählerschaft gebilligte, gleichwohl aber vielleicht wichtige politische Vorhaben, Ideen und Auffassungen. Er kann zugleich dazu führen, dass deren Verwirklichung mit einer vergleichsweise größeren Macht verfolgt werden kann als jene, die von einer wesentlich breiteren Mehrheit getragen werden. Die rechtliche Erfolgswertgleichheit der Stimmen kann so zu einer faktischen Erfolgswertungleichheit führen.“⁴⁷

⁴⁶ So der SaarlVerfGH in seinem Urteil vom 22. März 2012, Lv 3/12, S. 14, und erneut in seinem Urteil vom 18. März 2013, S. 13. S. u.a. auch Wendt, in: FS Meinhard Schröder (Fn. 1), Zusammenfassung S. 456.

⁴⁷ SaarlVerfGH, Urteil vom 18. März 2013, Lv 12/12, S. 13.

Das ist eine klarsichtige Beschreibung der Verhältnisse. Bei der darauf aufbauenden Prognose künftiger Situationen, in denen sich eine Sperrklausel bewähren soll, müssen auch Entwicklungen außerhalb des Parlaments bedacht werden. Insbesondere die künftige Haushaltslage des Landes, die ihrerseits von wirtschaftlichen Konjunkturen, vom Bundeshaushalt und vom Länderfinanzausgleich beeinflusst wird, kann die Gefahr der Zersplitterung der politischen Parteien und der entsprechenden Störung der Parlamentsfunktionen noch verstärken. Der VerfGH des Saarlandes hat darauf hingewiesen, dass sich für sein Land

„strukturelle Reformen als nicht nur politisch, sondern auch verfassungsrechtlich notwendig erweisen“ werden, „die mit tiefen finanziellen Einschnitten, der Versagung erhobener Ansprüche und der nachhaltigen Begrenzung des Gestaltungsspielraums von Parlament und Regierung verbunden sein können. Das verlangt in besonderem Maße die Fähigkeit zum Verzicht auf die Umsetzung politischer Wünsche und die Fähigkeit zum Kompromiss. Wer nur Einzelinteressen oder die Interessen Einzelner oder nur verhältnismäßig kleine, sich aus Protest bildende Gruppen der Wählerschaft vertritt, könnte sich als in wesentlich geringerem Maße kompromissfähig zeigen als derjenige, der sich auf eine breitere Zustimmung im Volk berufen und stützen kann. Die Entwicklung in europäischen ‚Krisenländern‘ könnte dafür ein Anzeichen sein“.⁴⁸

Es ist nicht ausgeschlossen, sondern muss als Möglichkeit im Rahmen der notwendigen Prognosen berücksichtigt werden, dass krisenhafte Entwicklungen zumindest im finanziellen Bereich auch in anderen Ländern als im Saarland und auf Bundesebene eintreten. Auf solche Lagen muss das Land auch rechtlich eingerichtet sein. Wenn erst einmal eine kritische Situation besteht, können die Instrumente zu ihrer Überwindung nicht mehr geschaffen werden.

b) Abgrenzung zum Kommunal- und Europawahlrecht

Gegen die Notwendigkeit und Angemessenheit einer Sperrklausel im Landtagswahlrecht kann nicht eingewendet werden, dass Sperrklauseln im Kommunalwahlrecht und im Wahlrecht zum Europäischen Parlament inzwischen überwiegend für verfassungswidrig gehalten werden. Die einschlägige Rechtsprechung des BVerfG⁴⁹ ist ausdrücklich auf diese beiden

⁴⁸ SaarIVerfGH, ebd. S. 14.

⁴⁹ BVerfGE 120, 82 (Kommunalwahl); 129, 300 (Europawahl) – in Abweichung von der früheren Rspr.: BVerfGE 51, 222 (s. oben bei Fn. 28). Dem BVerfG folgt für das Wahlrecht zur Stadtverordnetenversammlung

Bereiche bezogen und kann nicht auf die Landtagswahlen übertragen werden. Das BVerfG hat darauf hingewiesen, dass „Gemeindevertretungen und Kreistage nicht Parlamente im staatsrechtlichen Sinne sind“.⁵⁰

„Die Gemeindevertretung ist ein Organ der Verwaltung, dem in erster Linie verwaltende Tätigkeiten anvertraut sind. Anders als staatliche Parlamente üben Gemeindevertretungen und Kreistage keine Gesetzgebungstätigkeit aus. Hieran ändern auch die kollegiale Struktur des Vertretungsorgans sowie die Befugnis zur Satzungsgebung nichts [...] Die kommunalen Vertretungsorgane haben auch keine Kurationsfunktion für ein der Regierung vergleichbares Gremium. Schließlich unterliegen die Entscheidungen der kommunalen Vertretungsorgane der Rechtsaufsicht (§ 123 GO SH).“⁵¹

Das BVerfG hält es für möglich, dass bei Wegfall der Sperrklausel auch in den kommunalen Organen „Mehrheitsbildung und Beschlussfassung erschwert werden“.⁵² Die Entscheidungsfähigkeit der Kommunalvertretungen sei aber durch Regelungen der Gemeinde- und der Kreisordnung auch dann sichergestellt, wenn „das übliche Quorum der Beschlussfähigkeit (etwa durch Obstruktion) nicht zu erreichen ist“.⁵³ Für die Wahl der hauptamtlichen Bürgermeister und der Landräte seien „stabile Mehrheitsverhältnisse, die durch das Auftreten von Splitterparteien in Kommunalvertretungen und Kreistagen gefährdet werden könnten, nicht mehr notwendig“.⁵⁴

Im Gegensatz dazu hat das BVerfG für die Landtage die Möglichkeit anerkannt, dass infolge der Verhältniswahl

„im Parlament viele kleine Gruppen vertreten sind und hierdurch die Bildung einer stabilen Mehrheit erschwert oder verhindert wird. Würde der Grundsatz der getreuen Abbildung der politischen Meinungsschichtung in der Wählerschaft bis zur letzten Konsequenz durchgeführt, bestünde die Gefahr, dass die gesetzgebenden Körperschaften funktionsunfähig werden, insbesondere nicht mehr in der Lage sind, eine politisch aktionsfähige Regierung zu schaffen (BVerfGE 1, 208 [248]). Die umfangreiche Gesetzgebungsarbeit im Rechtsstaat erfordert in besonderem Maß ein Zusammenwirken von Regierung und Parlament. Die Regierung muss

Bremerhaven der BremStGH, Urteil vom 14. Mai 2009, NordÖR 2009, 251 (dort auch eine Übersicht über die Rechtslage, wonach in keinem Flächenland mehr eine kommunalwahlrechtliche Sperrklausel gilt).

⁵⁰ Hier folgen u. a. Hinweise auf Entscheidungen des BVerfG selbst (BVerfGE 65, 283 [289]; 78, 344 [348]) und solche des Bayerischen Verfassungsgerichtshofes. Die zitierte Feststellung ist unstrittig.

⁵¹ BVerfGE 120, 82 (112).

⁵² BVerfGE 120, 82 (114).

⁵³ BVerfGE 120, 82 (116).

⁵⁴ BVerfGE 120, 82 (116 f.) mit Hinweisen auf von Arnim und Hans Meyer. Mit der Abschaffung der Direktwahl der Landräte durch das Gesetz vom 16. September 2009 (GVObI. S. 572) ist ein Element dieser Argumentation hinfällig geworden. Zur Einschätzung der Kreistage s.a. den Kommentar von Andy Groth zu BVerfGE 120, 82 (NordÖR 2008, 117 [118]).

möglichst fortlaufend durch das Vertrauen der Mehrheit des Parlaments unterstützt werden, um bei der Verabschiedung von dringlichen Gesetzen nicht ständig Gefahr zu laufen, ihre Gefolgschaft zu verlieren (BVerfGE 6, 84 [94]). Klare Mehrheiten in einer Volksvertretung sind für eine Bewältigung der ihr gestellten Aufgaben unentbehrlich. Deshalb darf der Gesetzgeber Differenzierungen in dem Erfolgswert der Stimmen bei der Verhältniswahl vornehmen, soweit dies zur Sicherung des Charakters der Wahl als eines Integrationsvorganges bei der politischen Willensbildung im Interesse der Einheitlichkeit des ganzen Wahlsystems und zur Sicherung der mit der Wahl verfolgten Ziele unbedingt erforderlich ist (BVerfGE 51, 222 [236]).⁵⁵

Diese Entscheidung ist am 13. Februar 2008 ergangen; sie belegt, dass das BVerfG im Kern unverändert an seiner ständigen Rechtsprechung seit dem ersten Jahr seiner Tätigkeit festhält und dass es die große Bedeutung der Sperrklausel für das demokratische System anerkennt. Der Umkehrschluss zugunsten der Sperrklauseln bei Bundestags- und Landtagswahlen wird auch in der Literatur gezogen.⁵⁶

Auch das HmbVerfG betont in seinem Urteil vom 15. Januar 2013⁵⁷ zur Verfassungsmäßigkeit der Drei-Prozent-Klausel bei den Bezirksversammlungenwahlen die Unterschiede zwischen Hamburger Bezirken, Kommunen in den Flächenländern und Parlamenten: Während die Bezirke und Kommunen einer Aufsicht unterstehen, die dazu in der Lage ist, Funktionsstörungen zu beseitigen oder ihre Folgen abzumildern, fehlen den Parlamenten und Landesregierungen entsprechende rechtliche Kompensationsinstrumente. Der VerfGH NRW hat den Unterschied zwischen Kommunalvertretungen und Landtag in einem Beschluss vom 28. August 2001⁵⁸ damit begründet, dass bei den Kommunen durch die Einführung der Direktwahl der Hauptverwaltungsbeamten ein Funktionsverlust eingetreten sei, während der Landtag keine Aufgaben verloren habe.

In seiner Entscheidung vom 9. November 2011 hat das BVerfG die zitierten Grundsätze auf das Wahlrecht zum Europäischen Parlament (EP)

⁵⁵ BVerfGE 120, 82 (111). Im Ergebnis u.a. ebenso BremStGH, NordÖR 2009, 251 (252); SaarVerfGH, Urteil vom 18. März 2013, Lv 12/12, S. 11; früher schon VerfGH NRW, Urteil vom 28. August 2001, S. 14 f. („keine wesentliche Veränderung der Verhältnisse“).

⁵⁶ Hans Herbert von Arnim, Was aus dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur 5-Prozent-Klausel bei Europawahlen folgt, DÖV 2012, 224 (225 f.) – mit dem Vorbehalt, für die Landtagswahlen sei insofern „das letzte Wort noch nicht gesprochen“; Dirk Ehlers, Sicherung der Funktionsfähigkeit des Europäischen Parlaments mittels einer Sperrklausel im deutschen Wahlrecht, ZG 2012, 188 ff.; Urs Kramer/Vanessa Bahr, Die verschiedenen Sperrklauseln im Wahlrecht auf dem Prüfstand, ZJS 2012, 184 ff.; Martin Morlok/Hana Kühr, Wahlrechtliche Sperrklauseln und die Aufgaben einer Volksvertretung, JuS 2012, 385 ff.

⁵⁷ HmbVerfG, Urteil vom 15. Januar 2013, HVerfG 2/11, S. 33.

⁵⁸ VerfGH NRW, Beschluss vom 28. August 2001, VerfGH 14/00, S. 14.

angewendet.⁵⁹ Die Fünf-Prozent-Sperrklausel sei auf dieser Ebene nicht gerechtfertigt.⁶⁰ Im Europäischen Parlament seien bereits mehr als 160 Parteien vertreten, viele davon nur mit einem oder zwei Abgeordneten. Die Integration der vielen „Kulturen, Nationalitäten, Sprachen und politischen Bewegungen“ obliege im EP den Fraktionen. Auch etwa hinzutretende Kleinparteien könnten sich den bestehenden Fraktionen anschließen.⁶¹ Diese Strukturen und die darauf gegründeten parlamentarischen Praktiken sind den deutschen Landtagen fremd. Der saarländische VerfGH sieht daher den Grund der BVerfG-Entscheidung „allein in einer unterschiedlichen Lage der europäischen parlamentarischen Ebene einerseits und der nationalstaatlichen andererseits“.⁶² Auch die EP-Entscheidung ändert also nichts an der Rechtfertigung der Fünf-Prozent-Klausel im schleswig-holsteinischen Landtagswahlrecht.

c) „Milderes Mittel“?

Der Beschwerdeführer meint, die Sperrklausel stelle jedenfalls nicht das nach dem Verhältnismäßigkeitsprinzip zu fordernde „mildere Mittel“ dar, um den legitimen Zweck zu erreichen, sie müsse vielmehr durch die Möglichkeit abgemildert werden, „Folgepräferenzen für den Fall anzugeben, dass der primär gewählte Wahlvorschlag an der Sperrklausel scheitert und deshalb nicht zum Zuge kommt“ (S. 38). Der Wähler könne eine subsidiär wirksame „Ersatz-“ oder „Eventualstimme“ erhalten, die zum Zuge komme, wenn die „Hauptstimme“ infolge der Sperrklausel ausfalle. Damit verlangt der Beschwerdeführer eine gewichtige Änderung des Wahlsystems, für die er als Beispiel nur Irland anführt (S. 39).⁶³ Die irische Regelung des *Single Transferable Vote* ist jedoch ein Element eines sehr speziellen *Mehrheitswahlsystems*⁶⁴ und daher nicht ohne weiteres mit dem deutschen Verhältniswahlsystem kompatibel. In Malta, wo ebenso die übertragbare Einzelstimme mit Präferenzangabe vorgesehen ist, wird sie kaum genutzt.⁶⁵ Ob

⁵⁹ BVerfGE 129, 300 (320 f.) mit Abweichender Meinung der Richter Di Fabio und Mellinshoff S. 346 ff.

⁶⁰ BVerfGE 129, 300 (324 ff.). Anders noch BVerfG, B. v. 22. Mai 1979, BVerfGE 51, 222 (249) mit Hinweis auf normative und faktische Sperrklauseln anderer EG-Staaten (S. 250 f.).

⁶¹ BVerfGE 129, 300 (327 ff.).

⁶² SaarlVerfGH, Urteil vom 22. März 2012, Lv 3/12, S. 12.

⁶³ Darstellung bei Jürgen Evert, Das politische System Irlands, in: Ismayr (Fn. 4), S. 307 (319 ff.).

⁶⁴ Evert (Fn. 63) S. 334 f. spricht von einem „Klientel- und Patronagesystem“. David M. Farrell, *Electoral Systems*, 2nd ed. 2011 (Palgrave Macmillan), bestätigt dem System des STV viele Vorzüge, hält aber seine Übertragung auf andere Länder für problematisch, weil es unerprobt ist (S. 151 f.).

⁶⁵ Anita Bestler/Arno Waschkuhn, Das politische System Malτας, in: Ismayr (Fn. 4), S. 869 (883) (aufgrund einer empirischen Untersuchung, vgl. a. den allgemeinen Einleitungsartikel von Ismayr, Die politischen Systeme Westeuropas im Vergleich, ebd. S. 44).

diese (in der Durchführung recht komplizierte und daher fehleranfällige) Möglichkeit in der ganz anderen politischen Kultur Deutschlands dazu beitragen könnte, das Verhältnis von Kandidaten und Parteien zu Wählerinnen und Wählern zu verbessern, ist ungewiss.⁶⁶ Jedenfalls kann ein solches Experiment⁶⁷ nicht als zwingende verfassungsrechtliche Folgerung daraus hergeleitet werden, dass die gut begründete geltende Regelung als zu „hart“ empfunden wird.

d) Verhältnismäßigkeit der Einschränkung

Die für die Sperrklausel sprechenden Gründe haben unter den dargelegten Umständen hinreichend großes Gewicht, um „der Wahlgleichheit die Waage zu halten“.⁶⁸ Anders ausgedrückt: Die Einschränkung der Erfolgsgleichheit ist auch unter dem Aspekt der Verhältnismäßigkeit von Zweck und Mittel gerechtfertigt.

Fragt man nach der Bedeutung des gleichen Erfolgswertes der Parteien für die Wähler der kleinen Parteien, so ist zu bedenken, dass die noch so genaue Abbildung ihres Stärkeverhältnisses für die Parteien und Kandidaten, die in der Minderheit bleiben, stets nur einen geringeren Wert hat als für diejenigen, die eine Regierung bilden können. Regierungsfähigkeit aber kann durch das gleiche Wahlrecht allein nicht garantiert werden. Wichtig ist statt dessen, dass bei der Bewertung nicht nach verbotenen Kriterien wie „Bildung, Religion, Vermögen, Klasse, Rasse oder Geschlecht“ oder „nach der Art der politischen Meinung“ differenziert wird, „für die der Wähler sich entschieden hat“⁶⁹ – alles materielle Kriterien, die gleichmäßig eingehalten werden müssen, damit auch die *Freiheit* der Wahl garantiert ist. Die geltende Sperrklausel lässt diese Grundsätze unberührt.

Wohl aber sind – wie ausgeführt – Sperrklauseln für die Funktionsfähigkeit des parlamentarischen Systems und damit für die Erfolgchance der modernen Demokratie von großer Bedeutung. „Von diesem Standpunkt aus hängt die Richtigkeit eines Wahlsystems nicht davon ab, dass es jedem einzelnen Menschen im Staatsgebiet den gleichen Einfluss verschafft“.⁷⁰ In diesem Sinne hat auch das LVerfG die „Arbeits- und Funktionsfähigkeit des Landtags“ als

⁶⁶ Zweifelnd insofern auch Morlok, in: Dreier (Fn. 1), Art. 38 GG Rn. 104.

⁶⁷ Die mögliche Ausgestaltung einer Eventualstimme behandelt Joachim Linck, Zur verfassungsnähren Gestaltung der 5%-Klausel, DÖV 1984, 884.

⁶⁸ So die bereits zitierte Formulierung aus der st. Rspr. des BVerfG, vgl. zuletzt BVerfGE 95, 408 (418) und 121, 266 (297).

⁶⁹ BVerfGE 6, 84 (91).

⁷⁰ BVerfGE 1, 208 (248).

einen „verfassungsrechtlichen Belang von höchstem Rang“ anerkannt.⁷¹ Es hat die seinerzeit zu überprüfende Begrenzung des Mehrsitzausgleichs sorgfältig von der Zulässigkeit der Sperrklausel getrennt – im einen Fall war die Wahlgleichheit verletzt, im anderen aber, der hier zu entscheiden ist, hat das LVerfG die Zulässigkeit der Sperrklausel ausdrücklich betont.

Die Gefahr der Zersplitterung der Wählerstimmen und der dadurch verursachten Funktionsstörungen des Parlaments ist nicht bloß theoretischer Art und liegt nicht so fern, wie der Beschwerdeführer glauben machen möchte. Wenn eine Volksvertretung sich nicht auf eine Regierung oder einen Landeshaushalt einigen kann oder wenn dafür monatelange Verhandlungen nötig sind, tritt ein erheblicher Schaden für das Land ein. Wenn sehr kleine Parteien unverhältnismäßig großes Verhandlungspotential gewinnen, leidet unter Umständen die ganze Landespolitik. Wenn Maßnahmen, die den Wählern von den größeren Parteien versprochen sind – seien sie inhaltlich gleich oder kontrovers – nicht durchgeführt werden können, wenn langfristig projektierte, von einer (früheren oder aktuellen) Mehrheit der Volksvertreter beschlossene bzw. unterstützte Vorhaben nicht fortgesetzt werden können, kann das einen zeitweisen Stillstand der Landesentwicklung bedeuten. Solche Gefahren sollten nicht erst dann bekämpft werden, wenn eine derartige Situation eintritt.

Die Behauptung, Sperrklauseln dienen nur der Machterhaltung der etablierten Parteien, ist falsch. Zwar ist unbestreitbar, dass solche Versuche immer wieder einmal unternommen werden; sie sind aber meist erfolglos oder sogar kontraproduktiv. Trotz der Sperrklauseln führen die Wähler immer wieder Regierungswechsel herbei, reagieren auf Machtmissbrauch („Machtversessenheit“) oder Versäumnisse („Machtvergessenheit“ im Sinne von Richard von Weizsäcker)⁷² durch „Bestrafung“ einzelner Parteien und befördern neue Gruppen aus dem Zustand der Unbekanntheit zur Prominenz und zum Machtgewinn. Selbst kleine Parteien, die nach ihrer Ausrichtung und Organisationsstärke überwiegend als Splitterparteien am Rande des politischen Spektrums existieren, haben durchaus die Chance, die Fünf-Prozent-Hürde zu überwinden und Parlamentssitze zu erringen. Wie sich Politiker täuschen können, die das Wahlrecht zu ihren Gunsten manipulieren wollen, zeigt ein Beispiel aus Italien: Das dort im Jahre 2006 eingeführte Wahlrecht galt als

⁷¹ LVerfG SH, Urteil vom 30. August 2010, LVerfG 3/09, Rn. 105 (unter Hinweis auf Becker/Heinz, NordÖR 2010, 131 [132], oben Fn. 20). S. a. die dortige Rn. 106 m. w. H. (insbes. auf die bereits zitierte Rspr. des VerfG).

⁷² Richard von Weizsäcker im Gespräch mit Gunter Hofmann und Werner A. Perger, Frankfurt am Main 1992, S. 164 und 178.

„maßgeschneidert“ zugunsten des damaligen Regierungschefs Berlusconi, führte aber zum Wahlsieg seines Konkurrenten Prodi.⁷³

5. Die zulässige Höhe der Sperrklausel

Die Sperrklausel muss nach der Rechtsprechung des BVerfG und des LVerfG geeignet sein, den legitimen Zweck zu erfüllen, und sie darf nicht übermäßig hoch sein. Das BVerfG hat entschieden, dass Sperrklauseln in der Regel nicht höher als fünf Prozent sein dürfen.⁷⁴ Diese Höhe ist andererseits angemessen,⁷⁵ weil Parteien, die weniger als diesen Stimmenanteil erzielen, sich meist auf die Vertretung einiger weniger Interessen beschränken und im Allgemeinen kaum in der Lage sind, eine Mehrzahl von Interessen zu integrieren, d.h. in ein Verhältnis zueinander zu setzen; eben dies aber ist – wie ausgeführt (oben zu 2.) – eine wesentliche, von der Verfassung vorausgesetzte Funktion politischer Parteien. Mit aller Vorsicht – wegen des Unterschiedes der politischen Kulturen – kann auch der internationale Vergleich für diese Einschätzung herangezogen werden: Die z.B. in Israel und in Italien geltenden Sperrklauseln sind mit 2 bzw. 4 Prozent⁷⁶ offenbar zu niedrig.

6. Vereinbarkeit der Sperrklausel mit dem allgemeinen Gleichheitssatz, mit der Europäischen Menschenrechts-Konvention und mit dem Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte

In einem anderen Zusammenhang (S. 45 der Wahlprüfungsbeschwerde) behauptet der Beschwerdeführer, auch der allgemeine Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 2a LV) sei verletzt. Diese Überlegung ist nicht weiter zu verfolgen, weil die Materie „Wahlsystem“ als Teil der Staatsorganisation speziell geregelt ist.⁷⁷ Die Abweichung von der strikten Erfolgswertgleichheit ist durch die dargelegten Gründe gerechtfertigt.

Zu Unrecht hält der Beschwerdeführer (S. 44) auch Art. 3 des Zusatzprotokolls zur EMRK⁷⁸ für verletzt. Nach diesem Artikel sind die Vertragsstaaten verpflichtet, „freie und geheime Wahlen unter Bedingungen abzuhalten, welche

⁷³ Wikipedia-Artikel „Politisches System Italien“ (Abruf 2.3.13). S. a. Ullrich (Fn. 39), S. 643 (664 f.).

⁷⁴ BVerfGE 1, 208 (256); st. Rspr.

⁷⁵ A.A. jedoch u. a. Frotscher (Fn. 2), DVBl. 1985, 917 (926) (für eine 3%-Klausel).

⁷⁶ S. oben zu II. 4. a). Die neue Koalition in Israel plant eine Heraufsetzung der Sperrklausel von 2 auf 4 Prozent, vgl. Münch, SZ vom 15. 3. 2013 (oben Fn. 36).

⁷⁷ BVerfGE 95, 408 (417 f.); 99, 1 (8 ff.).

⁷⁸ Zusatzprotokoll zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 20. März 1952, BGBl. 1956 II S. 1880, Sartorius II Nr. 131.

die freie Äußerung der Meinung des Volkes bei der Wahl der gesetzgebenden Körperschaften gewährleisten“. Diese Verpflichtung wird offensichtlich erfüllt; die Beschwerde greift insoweit ins Leere.

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) hat überdies ausdrücklich erklärt, dass die Konventionsstaaten Sperrklauseln für Wahlen zu ihren Parlamenten festlegen können.⁷⁹ Aus der grundsätzlichen Gleichheit hat der EGMR „weder die Erfolgswertgleichheit aller Stimmen noch die Erfolgchancengleichheit aller Kandidaten“ abgeleitet; er hat vielmehr „akzeptiert, dass es in jedem Wahlsystem Stimmen gibt, die auf das Wahlergebnis keinen Einfluss haben“.⁸⁰

Ebenso unbegründet ist die Berufung auf Art. 25 Buchstabe b) des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte.⁸¹ Diese Bestimmung garantiert jedem Staatsbürger „das Recht und die Möglichkeit, ohne Unterschied nach den in Artikel 2 genannten Merkmalen und ohne unangemessene Einschränkungen [...] bei echten, wiederkehrenden, allgemeinen, gleichen und geheimen Wahlen [...] zu wählen und gewählt zu werden“. Zur Interpretation des Gleichheitsbegriffs in dieser Vorschrift müssen dieselben Erwägungen angestellt werden, die oben zu 2. zur grundsätzlichen Zulässigkeit von Sperrklauseln dargelegt wurden, wobei der Text des Internationalen Pakts sogar ausdrücklich auf die Zulässigkeit „angemessener“ Einschränkungen hinweist.⁸²

Eine Unterscheidung nach den in Artikel 2 Abs. 1 des Paktes unzulässigen Kriterien liegt nicht vor; denn die Sperrklausel ist in Bezug auf „Rasse“, „nationale oder soziale Herkunft“ usw. neutral. Die Vertragsstaaten haben auch nach dem Internationalen Pakt bei der Gestaltung ihres Wahlsystems einen weiten Ermessensspielraum.⁸³

In den anderen Wahlprüfungsverfahren (LVerfG 9/12, 10/12, 11/12 und 12/12), die vom Landesverfassungsgericht unter dem Aktenzeichen LVerfG 9/12 verbunden wurden, sind die

⁷⁹ EGMR (Große Kammer), Urteil vom 8. Juli 2010, NVwZ-RR 2010, 81 (Leitsatz 6 und S. 85); ihm folgend SaarlVerfGH, Urteil vom 29. September 2011, S. 71.

⁸⁰ Christoph Grabenwarter/Katharina Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, 5. Aufl. München/Basel/Wien 2012, S. 375 Rn. 110.

⁸¹ Vom 19. Dezember 1966, BGBl. 1973 II S. 1534, Sartorius II Nr. 20.

⁸² S. a. Manfred Nowak, U.N. Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary, 2nd ed. Kehl 2005, Art. 25 Rn. 31 ff.

⁸³ SaarlVerfGH, Urteil vom 29. September 2011, S. 71.

vorstehenden Ausführungen stark verkürzt vorgetragen worden, da die Beschwerdeführer die Sperrklausel nicht angegriffen hatten.

II. Die Auffassung des Landesverfassungsgerichts

Das Landesverfassungsgericht hat in seinen Urteilen vom 13. September 2013 – LVerfG 7/12 und 9/12 – die folgende wesentliche Feststellung getroffen (übereinstimmend: LVerfG 7/12 Seite 35= Rdnr. 93; LVerfG 9/12: Seite 29 = Rdnr. 77):

„Die in § 3 Abs. 1 Satz 1 LWahlG geregelte 5%-Klausel ist mit der Landesverfassung vereinbar. Sie verletzt weder den Grundsatz der Gleichheit der Wahl (Art. 3 Abs. 1 und Art. 10 Abs. 2 LV) noch das Gebot der Chancengleichheit der Parteien (Art. 3 Abs. 1 LV in Verbindung mit Art. 21 Abs. 1 GG.“

Das Urteil ist im Internet zugänglich und braucht deshalb hier nicht ausführlich zitiert zu werden. Soweit sich das LVerfG mit der Befreiung der Parteien der dänischen Minderheit von der 5%-Klausel (§ 3 Abs. 1 Satz 2 LWahlG) befasst, sind seine Feststellungen für die hier zu behandelnde Frage nicht von zentraler Bedeutung. Anzumerken ist aber, dass auch insoweit der von den Beschwerdeführern gerügte Verstoß gegen die „Wahlrechtsgleichheit“ und gegen die Chancengleichheit der Parteien vom Gericht als „durch zwingende Gründe gerechtfertigt“ angesehen worden ist (Rdnr. 93 a.E. = 77 a.E.).

Kernsätze der Begründung des Landesverfassungsgerichts sind:

„Differenzierungen der Wahlgleichheit bedürfen zu ihrer Rechtfertigung stets eines besonderen, sachlich legitimierten, ‚zwingenden‘ Grundes. Mit diesem Begriff ist nicht gemeint, dass sich die Differenzierung von Verfassungs wegen als notwendig darstellen muss. Differenzierungen im Wahlrecht können vielmehr auch durch Gründe gerechtfertigt werden, die durch die Verfassung legitimiert und von einem Gewicht sind, das der Wahlgleichheit die Waage halten kann.“ (Rdnr. 101 = 85; m.w.N.)

„Verfassungsrechtlich legitimierte Gründe, die der Wahlgleichheit die Waage halten können, sind die Funktionsfähigkeit des Landtages und die Integrationsfunktion der Parteien.“ (Rdnr. 108 = 92)

Das Landesverfassungsgericht weist darauf hin, dass die Sperrklausel „bundesdeutsche Verfassungstradition im Bund und in allen Ländern“ ist (Rdnr. 110 = 94) und dass ihre Zulässigkeit für den Deutschen Bundestag und die Landtage durch die Verfassungsgerichte bestätigt worden ist (Rdnr. 111 = 95, wiederum mit zahlreichen Nachweisen). Das Gericht führt sodann aus:

„Die Sperrklausel kann auch in Schleswig-Holstein weiter gelten. Denn die Annahme des Gesetzgebers ist hinreichend plausibel, dass die Funktionsfähigkeit des Parlaments nur gewährleistet ist, wenn durch stabile Mehrheiten die Regierungsbildung, Gesetzgebung und Aufstellung des Haushalts sichergestellt sind. Ohne Sperrklausel wäre zwar ein genaueres Abbild des Wählervotums im Parlament gegeben, es zögen aber mit größerer Wahrscheinlichkeit partikuläre Interessen und nur einzelne Programmpunkte vertretende kleine Parteien in den Landtag ein. Bei einer Aufsplitterung der im Parlament vertretenen Kräfte war es hinreichend wahrscheinlich, dass die Handlungs- und Funktionsfähigkeit beeinträchtigt würde, weil stabile Mehrheiten, die kontinuierliches Arbeiten ermöglichen, nicht gewährleistet wären. Dadurch könnte die Demokratie gefährdet werden, in der Meinungen und Willensäußerungen des Volkes nicht nur zum Ausdruck kommen, sondern auch in staatliches Handeln umgesetzt werden müssen.

Soweit dagegen angeführt wird, auch unter Einbeziehung von Kleinstparteien sei eine effektive Staatstätigkeit – ggf. mit stets wechselnden Mehrheiten – möglich, trifft dies auf den Landtag nicht zu. Insbesondere bei der Bildung und Tätigkeit der Regierung, die das dauernde Vertrauen des Landtages benötigt (Art. 35, 36 LV), und bei der Haushaltswirtschaft kommt es darauf an, dass sich im Landtag längerfristig verlässliche Mehrheiten mit einem kohärenten Programm

bilden können. Auch aus diesem Grund ist eine fünfjährige Wahlperiode festgesetzt (Art. 13 Abs. 1 Satz 1 LV).“ (Rdnr. 112/113 = 96/97)

Das Landesverfassungsgericht setzt sich sodann auch mit den Urteilen des Bundesverfassungsgerichts zu den Sperrklauseln im Kommunalwahlrecht und im Europawahlrecht auseinander und lehnt die Übertragbarkeit dieser Entscheidungen auf das Landtagswahlrecht ausdrücklich ab (Rdnr. 114-118 = 98-102).

Die Sperrklausel ist nicht nur durch das Ziel gerechtfertigt, die Funktionsfähigkeit des Parlaments zu bewahren, sondern:

„Legitimer Zweck der 5%-Klausel ist zudem die Sicherung des Charakters der Wahl als eines Integrationsvorgangs bei der politischen Willensbildung des Volkes [Hinweis auf BVerfGE 95, 408 ff.], um der Parteienzersplitterung vorzubeugen und funktionsfähige Verfassungsorgane bilden zu können [...]. Insoweit wird die Integrationsfunktion der Parteien unterstützt, die durch die Sperrklausel angehalten werden sollen, Interessen und politische Strömungen zu bündeln und zu strukturieren.“ (Rdnr. 119 = 103)

Schließlich erklärt das Landesverfassungsgericht die Vorschrift des § 3 Abs. 1 Satz 1 LWahlG auch für verhältnismäßig (Rdnr. 120 = 104). Die Sperrklausel sei geeignet, die mit ihr verfolgten legitimen Ziele zu fördern, und „auch in Zukunft erforderlich, um einer zu erwartenden Funktionsstörung des Landtages entgegenzuwirken“ (Rdnr. 121 f. = 105 f.). Die als Alternative empfohlene „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“, sei kein gleich geeignetes milderes Mittel; „denn dieses Modell bedeutete eine Änderung des Konzepts des geltenden Wahlsystems der personalisierten Verhältniswahl durch Verstärkung der Erfolgchancen der großen Parteien“ (Rdnr. 123 = 107):

„Es unterliegt vielmehr dem Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers, ob zur Zweckerreichung eine 5%-Klausel, eine niedrigere Sperrklausel oder

aber andere Milderungsmaßnahmen in Betracht kommen.“ (Rdnr. 124 = 108 mit Hinweis u.a. auf von Arnim)

Die Sperrklausel ist nach der Rspr. des Landesverfassungsgerichts auch angemessen; das wird unter Auswertung der Rspr. des Bundesverfassungsgerichts begründet (Rdnr. 125 = 109). Allerdings sei der Gesetzgeber verpflichtet,

„die politische Wirklichkeit zu beobachten und unter Berücksichtigung der rechtlichen und tatsächlichen Gegebenheiten die Bedingungen und Gründe für die Aufrechterhaltung der bestehenden und nicht explizit in der Verfassung verankerten 5%-Hürde zu überprüfen; er hat eine die Gleichheit der Wahl berührende Norm des Wahlrechts gegebenenfalls zu ändern, wenn die verfassungsrechtliche Rechtfertigung dieser Norm durch neue Entwicklungen in Frage gestellt wird, etwa durch eine Änderung der vorausgesetzten tatsächlichen oder normativen Grundlagen oder dadurch, dass sich die beim Erlass der Norm hinsichtlich ihrer Auswirkungen angestellte Prognose als irrig erwiesen hat [Hinweis auf BVerfGE 129, 300 und 131, 316].

Der Prüfpflicht kommt der Schleswig-Holsteinische Landtag auf Gesetzesinitiative der PIRATEN zur Abschaffung der 5%-Klausel (vgl. Landtags-Drucksache 18/385) derzeit nach, obwohl er noch im Rahmen der Novellierung des Kommunalwahlrechts im Jahre 2008 die 5%-Klausel bei Landtagswahlen bewusst unangetastet gelassen hatte ...“ (Rdnr. 126 = 110)

Für die gegenwärtige Diskussion ist auch die weitere Feststellung des Gerichts von Bedeutung, dass nämlich die Erforderlichkeit und Angemessenheit einer Sperrklausel empirisch nicht allein mit den Mitteln der politischen Wissenschaften oder der Mathematik überprüft werden können. Denn:

„Die Ergebnisse vergangener Wahlen ermöglichen keine gesicherte Aussage über den Ausgang zukünftiger Wahlen. Das geltende Wahlrecht wirkt auf die Wahlergebnisse und das Wahlverhalten zurück. Insoweit

bleibt die Entscheidung über die Aufrechterhaltung einer Sperrklausel eine wertende Prognoseentscheidung.“ (Rdnr. 127 = 111)

Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass das Landesverfassungsgericht auch die Vereinbarkeit der Sperrklausel mit der Europäischen Menschenrechtskonvention und dem Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte festgestellt hat. Es hat darauf hingewiesen, dass der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte „einen weiten Spielraum der nationalen Wahlgesetzgebung anerkennt und unter anderem Sperrklauseln von 10 % in der Türkei, 6 % in Spanien und 5 % in Lettland als vereinbar mit Art. 3 des Ersten Zusatzprotokolls zur EMRK angesehen“ hat (Rdnr. 128 f. = 112 f.).

III. Zu einigen Argumenten aus der gegenwärtigen Diskussion

1. Die PIRATEN-Fraktion und einige andere, die für eine Abschaffung oder wesentliche Senkung der Fünf-Prozent-Sperrklausel eintreten, gehen von einer vordergründigen, bisweilen geradezu mechanistischen Vorstellung des alltäglichen politischen Prozesses aus und übersehen dabei die Erkenntnisse der vergleichenden Politikwissenschaft. Sie nehmen an, dass die kleinen Parteien, die nach geltendem Recht keine Parlamentsmandate erreichen, „*neue Ideen*“ und Forderungen vertreten, die von den „etablierten“ Parteien nicht berücksichtigt werden, und dass sie dadurch den *politischen Wettbewerb* beleben und zu größerer *Vielfalt* der politischen Programme beitragen.⁸⁴ Schon das ist keineswegs sicher. Die größeren Parteien sind ständig darum bemüht, alle wichtigen Meinungen und Strömungen in der Bevölkerung aufzugreifen und – soweit sie mit ihrer Grundlinie vereinbar sind – in ihre Programme und Aktionen zu integrieren. Die kleinen hingegen konzentrieren sich oft auf ein einziges oder einige wenige Themen und sind manchmal gar nicht bereit, manchmal aber auch nicht in der Lage, die daraus abgeleiteten Forderungen in ein Verhältnis zu anderen Interessen zu setzen. Sie sind also – jedenfalls teilweise – nicht konsensbereit (und damit nicht „integrationsbereit“ im Sinne der Ausführungen des Landesverfassungsgerichts zur Integrationsfunktion der Sperrklausel). Ohne diese Bereitschaft aller Parteien ist politische und staatliche Willensbildung nicht möglich.

⁸⁴ Vgl. die Begründung zum Gesetzentwurf der PIRATEN, Drucksache 18/385, S. 2.

2. Es gibt auch Parteien, die alles andere als originelle Ideen vertreten, sondern – wie die rechtsextremistischen Gruppierungen – an längst überholte Ideen anknüpfen. Der Klarheit wegen sei aber betont, dass die Sperrklausel nicht dazu bestimmt und nur bedingt dazu geeignet ist, verfassungsfeindliche Kräfte vom Parlament fernzuhalten. Extremistische Parteien sind ebenso wie andere Parteien eben deshalb „Splitterparteien“, weil sie nur relativ wenige Wähler ansprechen; sie werden nicht um ihrer Ziele oder Aktivitäten willen vom Parlament ferngehalten und müssen ohnehin mit anderen verfassungsmäßigen Mitteln bekämpft werden.

3. Es ist auch keineswegs so, dass die Sperrklausel sich stets zugunsten der Parteien auswirkt, die bereits in den Parlamenten vertreten sind. So lehrt die jüngste Geschichte, dass sogar eine Partei, die jahrzehntlang am „Machtkartell“ der Bundespolitik beteiligt war, unter bestimmten Umständen daraus herausfallen kann. Keine Partei kann sich auf einer vermeintlichen Garantie des Wahlerfolges ausruhen. Umgekehrt überspringen manche neue Parteien die Fünf-Prozent-Hürde ohne Schwierigkeiten. Die Wähler sind offensichtlich in höherem Maße als früher bereit, ihre Parteipräferenz zu wechseln. So kommt es, dass bei der letzten Bundestagswahl sowohl die „neue“ AfD wie die „alte“ FDP nur knapp unter fünf Prozent der Stimmen erzielten.

Die Positionen, die im Wahlkampf von den gescheiterten Parteien propagiert wurden, gehen nicht ohne weiteres am Abend des Wahltages verloren; sie werden außerparlamentarisch, aber teilweise auch innerhalb der gewählten Fraktionen weiter vertreten und können durchaus die Entscheidungen von Parlament und Regierung beeinflussen.

4. Die Gefahr für die Funktionsfähigkeit der Volksvertretung resultiert aus der geschilderten Eigenart vieler kleinerer Parteien, dass sie sich auf einige wenige Themenfelder konzentrieren (müssen) und widerstreitende Interessen aus ihren Überlegungen ausklammern. Wenn solche Gruppen in die Lage kommen, zwischen den großen Meinungsblöcken zu entscheiden, besitzen sie mehr Einfluss als diejenigen, die von der überwiegenden Mehrheit des Volkes gewählt worden sind. Sie haben bisweilen eine besonders starke Verhandlungsmacht und können das „Zünglein an der Waage“ sein. Das ist nur hinnehmbar, solange die

Zustimmungsquote eine gewisse Mindesthöhe – wie eben nach geltendem Recht fünf Prozent – erreicht oder besondere Gründe – wie in Schleswig-Holstein die Vertretung der dänischen Minderheit durch den SSW – es rechtfertigen, eine geringere Zahl genügen zu lassen.

5. Bei der Betrachtung der politischen Rahmenbedingungen und der gebotenen wertenden Prognoseentscheidung, wie sie auch vom Landesverfassungsgericht gefordert wird (s. oben Seite 28 f.), kann nicht darauf abgestellt werden, ob auch ohne eine Sperrklausel eine Landesregierung gebildet und ob Gesetze und Haushaltspläne überhaupt beschlossen werden können, sondern es muss auch eine Rolle spielen, mit welchem Aufwand und in welchen Fristen diese Entscheidungen zustande kommen. Eine Funktionsstörung kann es auch darstellen, wenn die Regierungsbildung erst nach langen und schwierigen Verhandlungen gelingt, wenn der Haushaltsplan nicht rechtzeitig aufgestellt werden kann oder wenn wichtige Gesetzesvorhaben wegen des Widerstandes einzelner Gruppen scheitern oder in einer Form beschlossen werden, die durch unstimmige oder gar widersprüchliche Konzessionen an einzelne Interessen geprägt ist. Dass diese Gefahr besteht, ist wohl kaum zu bestreiten. Es kann nicht abgewartet werden, bis sie sich realisiert, sondern es muss Vorsorge dagegen getroffen werden, dass Schaden eintritt.

Mit einem „Diskurs zur Erreichung politischer Ziele“, der nach Ansicht der PIRATEN-Fraktion im Landtag leichter zu führen ist als im Europäischen Parlament, für das eine Drei-Prozent-Klausel ausreichen soll,⁸⁵ ist die Parlamentsarbeit nicht getan. Kleine wie große Parteien verfolgen das Ziel, ihre Programm durchzusetzen, und wollen dazu Macht erringen und erhalten. Deshalb wird – unabhängig von der Größe der Vertretungskörperschaft – auf allen Ebenen hart gerungen.

Es ist der richtige und legitime Zweck von Sperrklauseln, die Entscheidungsprozesse zu verbessern. Wenn damit die Qualität der Entscheidungen steigt, liegt das auch letztlich im Interesse der Wähler, die bei der Wahl für die an der Fünf-Prozent-Klausel gescheiterten Parteien votiert haben. Das Gegeninteresse, ein genaues Abbild der Kräfteverhältnisse zwischen allen politischen Parteien zu erhalten, ist nicht

⁸⁵ Umdruck 18/1916 v. 4.11.2013 S. 2.

die einzig zulässige Erwägung und wird durch die Vorteile, die eine Sperrklausel für die Funktionsfähigkeit des politischen Systems mit sich bringt, mehr als aufgewogen.

Darüber hinaus ist es auch legitim, Vorsorge für langfristig verlässliche Mehrheiten zu treffen (vgl. nochmals die Formulierungen des Landesverfassungsgerichts oben S. 26). Diese sind schon deshalb dringend erforderlich, damit die großen politischen Projekte, die zur Erhaltung der natürlichen Ressourcen nötig sind, zumindest über die jeweilige Legislaturperiode hin durchgeführt werden können. Auch die finanziellen Rahmenbedingungen des staatlichen und kommunalen Handelns dürfen nicht ständig in kurzen Abständen geändert werden.

6. Von einer Senkung der Sperrklausel auf drei oder zwei Prozent ist abzuraten. Die Fünf-Prozent-Hürde ist von den Gerichten als verfassungskonform bestätigt worden. Wichtige neue Gruppen haben sich schon bisher durchgesetzt, und es ist nicht ersichtlich, dass das politische System sich bei einer niedrigeren Sperre besser entwickelt hätte. Was bei einer zu niedrigen Sperrklausel geschehen kann, ist oben am Beispiel Israel dargestellt (S. 13). Solche Folgen sind auch in Deutschland nicht ausgeschlossen.

7. Zu dem Vorschlag, den Wählern Ersatz- oder Eventualstimmen zu geben, verweise ich auf die Ausführungen in dem oben zitierten Schriftsatz des Landtages (S. 20 f.) und in dem Auszug aus dem Urteil des Landesverfassungsgerichts (S. 27). Die Folgen der von der PIRATEN-Fraktion (Umdruck 18/1916) vorgeschlagenen Regelung, dass jede Wählerin und jeder Wähler „neben der Zweitstimme eine Ersatzstimme“ abgeben kann, wären geringere Transparenz der Wahlentscheidungen und größere Mehrdeutigkeit des in der Wahl bekundeten „Wählerwillens“. Vermutlich würden von dieser Wahlmöglichkeit vor allem die großen Parteien profitieren. Das wäre gerade das Gegenteil dessen, was die Initiatoren beabsichtigen.