



Dr. Björn Benken (Aktion Wahlreform)
An der Wabe 5, D-38104 Braunschweig
Tel.: 0531-3789500, info@wahlreform.de

Dr. Björn Benken, An der Wabe 5, 38104 Braunschweig

An den
Schleswig-Holsteinischen Landtag
Innen- und Rechtsausschuss
Düsternbrooker Weg 70
24105 Kiel

7. Januar 2014

Sperrklausel-Absenkung und Ersatzstimme - schriftliche Stellungnahme zur Drucksache 18/385 bzw. zum Umdruck 18/1916

Sehr geehrte Damen und Herren,

hiermit nehme ich - wie erbeten - Stellung zu den Themenkomplexen
Sperrklausel und Ersatzstimme.

I. Die Sperrklausel - Abschaffung, Absenkung oder Beibehaltung?

Kann man die "richtige" Höhe einer Sperrklausel auf rein analytischem Wege bestimmen? Mit Sicherheit nicht. Man kann allerdings versuchen, gute - nämlich plausible - Argumente für oder gegen die Absenkung der Sperrklausel von schlechten Argumenten zu trennen. Zunächst möchte ich deshalb spotlichtartig einzelne Stimmen aus der Plenardebatte vom 14. Dezember 2012 im schleswig-holsteinischen Landtag (*veröffentlicht unter http://landtag.ltsh.de/export/sites/landtagsh/infothek/wahl18/plenum/plenprot/2012/18-015_12-12.pdf*) herauspicken und diese kommentieren.

"Die PIRATEN haben einen Gesetzentwurf eingebracht, den man ohne große Übertreibung auch als ein Dokument der Angst verstehen könnte, denn wie sonst sollte man es verstehen, wenn die PIRATEN einen solchen Vorschlag einbringen, der ihnen in der jetzigen Stimmungslage zugutekommen würde, von dem sie also im Lichte der aktuellen Entwicklung selbst profitieren würden?" (a.a.O., Seite 54).

Wahlrechtsfragen sind Machtfragen. Deshalb gerät jedes Argument, welches ein Vertreter einer Partei für oder gegen die Sperrklausel vorträgt, in den Verdacht, parteiisch zu sein und in letzter Konsequenz nur dem eigenen Machterhalt zu dienen. Deshalb soll die Frage des "Cui bono?" am Anfang meines Kommentars zur Sperrklausel-Diskussion stehen.

Unzweifelhaft würde die Abschaffung oder Absenkung der Sperrklausel einer kleinen Partei nützen, deren erwartetes Wahlergebnis bei Existenz der geltenden 5%-Sperrklausel deutlich unterhalb dieses Sperrquorums liegt. Ebenso unzweifelhaft würde die Abschaffung oder Absenkung der Sperrklausel einer großen und etablierten Partei etwas von ihrer bestehenden politischen Macht wegnehmen. Selbst eine nur mittelgroße Partei wie die FDP, die in der Vergangenheit oft genug mit der Sperrklausel zu kämpfen hatte und gelegentlich an ihr gescheitert ist, dürfte ein Interesse daran haben, dieses Konstrukt beizubehalten. So hat die FDP bei der niedersächsischen Landtagswahl 2013 in hohem Maße von der Sperrklausel profitiert, da laut demoskopischer Studien 80 Prozent aller FDP-Stimmen bei dieser Wahl von CDU-Anhängern stammten (vgl. http://www.forschungsgruppe.de/Wahlen/Wahlanalysen/News1_Nied_2013.pdf).

Angesichts der aufgezeigten **Interessenlagen** müsste also die zitierte Aussage dahingehend modifiziert werden, dass **jede** Debatte über das Thema Sperrklausel stark angstbehaftet ist - und zwar für **alle** Parteien.

"Die Sperrklausel ist eine Lehre aus der Weimarer Republik. Damals gab es eine solche Regelung nicht. ... Dadurch bedingt saßen in den Parlamenten nicht - wie heute - fünf oder sechs, sondern zum Teil weitaus mehr als zehn Fraktionen. ... Die Vielzahl der Parteien hat die Mehrheitsbildung erheblich erschwert und vielfach auch gänzlich verhindert." (a.a.O., Seite 50)..

Die Ansicht, dass vorrangig die fehlende Sperrklausel für das Scheitern der **Weimarer Republik** verantwortlich war, hält sich hartnäckig, ist aus historischer Sicht jedoch falsch. Zwar ist zutreffend, dass im damaligen Reichstag und auch in manchen Landtagen mehr - und teilweise auch sehr kleine - Parteien Sitze innehatten im Vergleich zu bundesrepublikanischen Parlamenten. Nicht aber die kleinen Parteien waren das eigentliche Problem, sondern dass drei große Parteien (nämlich die NSDAP, die KPD und die DNVP, die zeitweise ca. 60 Prozent der Stimmen auf sich vereinigten) die Verfassung rundheraus abgelehnt haben.

"Wir sehen in unserer bundesrepublikanischen Parlamentskultur eben nicht den pragmatisch-nüchternen Politikstil verankert, der einen weitgehenden Verzicht auf eine Sperrklausel wie zum Beispiel in Dänemark ermöglicht und erlaubt." (Seite 54).

Hier stellt sich die Frage, was Ursache und was Wirkung ist und ob nicht die Absenkung des Sperrquorums erst jene Verbesserung der **demokratischen Kultur** bzw. jene Partizipation der Bürger hervorbringen würde, deren behauptetes Fehlen als Argument für ein Unterlassen dieser Maßnahme angeführt wird.

"Das politisch schwerwiegendste Gegenargument ist sicherlich, dass wir antidemokratische Parteien aus dem Landtag heraushalten wollen. Das ist ganz klar unser gemeinsames Ziel." (a.a.O., Seite 49).

Dieses angebliche Argument gegen eine Senkung der Sperrklausel ist in Wirklichkeit - zumindest aus verfassungsrechtlicher Sicht - ein Null-Argument. Laut Bundesverfassungsgericht kann ein Eingriff in die Chancengleichheit der Parteien nicht durch das Ziel gerechtfertigt werden, damit sogenannte "**radikale**" **Parteien** aus dem Parlament fernzuhalten. Vielmehr verbietet die Sperrwirkung des Art. 21 Abs. 2 GG jede staatliche Bekämpfung einer politischen Partei, solange das Bundesverfassungsgericht sie nicht durch Urteil für verfassungswidrig erklärt und aufgelöst hat (vgl. BVerfGE 111, 382 [410] und ständige Rechtsprechung).

"[Mir fällt auf], dass Sie eigentlich immer nur diejenigen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts heranziehen, von denen Sie glauben, dass Sie Ihre Vorlagen stützen. Sie verschweigen jedoch schlicht, dass es andere Entscheidungen gibt, die das genaue Gegenteil von dem aussagen, was Sie vorlegen. Das Bundesverfassungsgericht hat am 23. Januar 1957 wörtlich judiziert..." (Seite 55).

Hiermit kommen wir zur verfassungsrechtlichen Dimension der Sperrklausel-Debatte. Weil gewichtige sachliche Argumente sowohl für die Beibehaltung wie auch für die Abschaffung oder zumindest Absenkung der Sperrklausel ins Feld geführt werden können und weil andererseits die nötige Abwägung dieser Argumente nicht allein in die Hände der von Eigeninteressen dominierten Parteien gelegt werden sollte, ist das Bundesverfassungsgericht gefordert, die Frage aus juristischer Sicht zu bewerten und ein Geländer zur Orientierung bereitzustellen.

Grundsätzlich gilt: Enthalten zwei Urteile widerstreitende Aussagen, so gibt das zeitlich jüngere Urteil die aktuelle Rechtsposition des Verfassungsgerichts zutreffender wieder und "entwertet" damit die Aussagekraft des älteren Urteils (es sei denn, die Argumentation des älteren Urteils ist durch ein noch jüngeres Urteil ausdrücklich bestätigt worden). Ist eine in einem Sperrklausel-Urteil enthaltene Aussage schon mehr als 50 Jahre alt und ist sie kein einziges Mal in der neueren Rechtsprechung aufgegriffen worden, so darf sie getrost als veraltet bezeichnet werden.

Obwohl die Rechtsprechung in Sachen Sperrklausel über die Jahrzehnte im großen und ganzen relativ konstant blieb, gab es im Detail doch durchaus bedeutsame Nuancen. Deshalb sollte bei jedem zitierten Urteil auch dessen Entstehungszeit mit berücksichtigt werden. Im folgenden möchte ich zwei Beispiele nennen, bei denen sich die Einschätzung des Bundesverfassungsgerichts im Laufe der Zeit (etwas) geändert hat:

(a) Noch im Europawahl-Urteil von 1979 warnte das Bundesverfassungsgericht davor, dass eine fehlende Sperrklausel es erleichtern würde, dass auch solche kleinen Gruppen eine Vertretung erlangen könnten, die nicht ein am **Gesamtwohl** orientiertes politisches Programm, sondern im We-

sentlichen nur einseitige Interessen vertreten (*BVerfGE 51, 222 <236>*). Diese Ansicht wurde später insoweit relativiert, als das Gericht in Bezug auf kleine Parteien, die nur Partikularinteressen vertreten, feststellte: "Es ist nicht Aufgabe der Wahlgesetzgebung, die Bandbreite des politischen Meinungsspektrums - etwa im Sinne besserer Übersichtlichkeit der Entscheidungsprozesse in den Volksvertretungen - zu reduzieren. Vielmehr ist ... die Offenheit des politischen Prozesses zu wahren. Dazu gehört, dass kleinen Parteien die Chance eingeräumt wird, politische Erfolge zu erzielen. Neue politische Vorstellungen werden zum Teil erst über sogenannte Ein-Themen-Parteien ins öffentliche Bewusstsein gerückt. Es ist gerade Sinn und Zweck der parlamentarischen Debatte, entsprechende Anregungen politisch zu verarbeiten und diesen Vorgang sichtbar zu machen." (*BVerfG 2 BvC 4/10 vom 9.11.2011. Rn. 126, mit Bezugnahme auf BVerfGE 111, 382 [403 ff.]*).

(b) Die sogenannte "Sicherung des Charakters der Wahl als eines **Integrationsvorgangs** bei der politischen Willensbildung des Volkes" wurde anfangs als ein die Sperrklausel legitimierendes Argument verstanden, neben der Sicherung der Funktionsfähigkeit des Parlaments. Seit dem Urteil zur Grundmandatsklausel 1997 allerdings hat das Gericht hier eine kleine Kehrtwende vollzogen und sieht beide Effekte nunmehr offenbar als Gegenspieler. Im genannten Urteil wird zwar einerseits noch die bisherige Interpretation aufgegriffen (*BVerfGE 95, 408 [418], [421 f.]*), doch wird andererseits auch schon klargelegt: "Die Grundmandatsklausel dient dem von der Verfassung legitimierten Zweck des Ausgleichs teils gegenläufiger Ziele, nämlich ein funktionsfähiges Parlament zu schaffen und eine effektive Integration des Staatsvolkes zu bewirken." (*BVerfGE 95, 408 [421]*). An einer anderen Stelle dieses Urteils bezeichnet das Gericht die "Grundmandatsklausel als Mittel des Ausgleichs zwischen Funktionsfähigkeit und Integration." (*BVerfGE 95, 408 [424]*).

Verfassungsrechtlich gesehen gibt es quasi **zwei Waagschalen**, mit denen die Zulässigkeit einer bestimmten Sperrklauselhöhe zu messen ist. In der einen Waagschale, die tendenziell gegen die Etablierung einer Sperrklausel spricht, befinden sich die Eingriffe in die verfassungsrechtlich verankerten Wahlgrundsätze; insbesondere die Verletzung der **Gleichheit der Wahl**, die aus Sicht der Verfassungsrichter immer unbestritten war. Ferner gibt es Anzeichen dafür, dass auch die **Freiheit der Wahl** durch Sperrklauseln verletzt wird (vgl. Benken, *Wahleinspruch 2013*, <http://wahlreform.de/we2013.pdf> = <http://wahleinspruch.de>, S. 7 ff.), wenngleich das Bundesverfassungsgericht eine solche Verletzung bisher noch nicht explizit festgestellt hat. Schließlich kommt in der ersten Waagschale noch der Eingriff in die **Chancengleichheit der Parteien** zum Tragen. Dieser ergibt sich sowohl aus der Verletzung der Gleichheit der Wahl wie auch der Freiheit der Wahl, speist sich darüber hinaus aber auch aus

weiteren Quellen. So schreibt z.B. Christoph Schönberger zutreffend: "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." (<http://verfassungsblog.de/de/schoenberger-lob-der-fuenfprozenthuerde>).

Das, was sich in der ersten Waagschale befindet, darf in seinem Gewicht nicht unterschätzt werden, denn es berührt den **Kern jeder Demokratie**. Die Frage "Wer darf mitwählen, und dürfen bestimmte Stimmen mehr Gewicht bekommen als andere?" wurde in einem jahrhundertelangen Kampf zugunsten des Grundsatzes des "One man, one vote" entschieden. Heutzutage wird es z.B. als selbstverständlich angesehen, dass nicht nur Männer, sondern auch Frauen mitwählen dürfen; und die Vorstellung, dass Stimmen von bestimmten Personen ein höheres Gewicht bei der Auswertung zugeteilt bekämen, würde zu Recht als sehr befremdlich angesehen werden. Letztlich führt eine unkompensierte Sperrklausel aber zu genau diesem Effekt, indem die von bestimmten Wählergruppen stammenden Stimmen bei der Umrechnung in Mandate so behandelt werden, als wären sie gar nicht abgegeben worden. Damit wird eklatant gegen den Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 Abs. 3 GG verstoßen, demzufolge niemand wegen seiner politischen Anschauungen benachteiligt werden darf. Das, was eine Demokratie zur Demokratie macht, wird durch die Existenz einer unkompensierten Sperrklausel mit Füßen getreten - und es muss wirklich sehr, sehr gute, übergeordnete Gründe geben, um diese schwerwiegenden Grundrechtseingriffe zu rechtfertigen.

Werfen wir deshalb einen Blick in die zweite Waagschale. Darin befinden sich verschiedene Aspekte, die die Stabilisierung der parlamentarischen Demokratie betreffen. Hier ist zum einen der Schutz vor einer zu großen **Parteienzersplitterung** im Sinne einer Sicherung der Funktionsfähigkeit von Parlament und Regierung zu nennen. Der Begriff der Funktionsfähigkeit darf jedoch nicht zu weit gefasst werden, wie das Bundesverfassungsgericht insbesondere in neueren Urteilen betont hat: "Beschlüsse [im Parlament] können umso leichter gefasst werden, je weniger Fraktionen aufeinander treffen und je weniger Standpunkte verarbeitet werden müssen. Andererseits reicht die bloße 'Erleichterung' oder 'Vereinfachung' der Beschlussfassung nicht aus, um den mit der Fünf-Prozent-Sperrklausel verbundenen Eingriff in die Wahlgleichheit und die Chancengleichheit der politischen Parteien zu rechtfertigen ([...]). Denn Demokratie setzt das Aufeinandertreffen verschiedener Positionen und das Finden von Kompromissen voraus ([...]). Nicht jeder Konflikt und nicht jede politische Auseinandersetzung ... kann als Störung der Funktionsfähigkeit angesehen werden." (BVerfGE 120, 82 [114 f.]; vgl. dazu auch: Jan Köhler, *Parteien im Wettbewerb*, Düsseldorf 2005, S. 137).

Ein schärferer Ton in den Debatten oder ein erhöhter Zeitbedarf, um auch kleineren Parteien im Parlament Gehör zu verschaffen, beeinträchtigen demnach die Funktionsfähigkeit noch nicht stark genug, um ein ausreichendes Gegengewicht zu all jenen Nachteilen der Sperrklausel zu bilden, welche sich in der ersten Waagschale befinden. Dort, wo es z.B. eine absolute Mehrheit einer Partei gibt, könnten Mini-Fraktionen relativ problemlos in das Parlament integriert werden. Erst wenn die Bildung einer Regierung von einer oder mehreren kleinen Parteien abhängt, kommt erstmals ein wenig Bewegung in Waagschale Nr. 2. Denn je mehr Parteien sich auf die Bildung einer Regierung einigen müssen, desto schwieriger wird das Finden kleinster gemeinsamer Nenner und die verbindliche Festlegung einer gemeinsamen Politik. Und: Je kleiner die Parteien sind, die als "Zünglein an der Waage" in eine Regierungskoalition eintreten, desto stärker verzerrt sich die Relation zwischen ihrer eigentlichen Bedeutung (gemessen in Wählerstimmen) und ihrer faktischen Macht. Dadurch werden große Parteien in einem gewissen Sinn "erpressbar". Gehen sie auf die Forderungen ein, erhalten die von den Kleinparteien vertretenen Klientel-Interessen ein weit überproportionales Gewicht; verweigern sich die großen Parteien hingegen einer (weiteren) Zusammenarbeit, werden Neuwahlen unumgänglich, was die Gefahr einer langfristigen Destabilisierung des politischen Systems erhöht.

Das Argument, dass sich bei zunehmender Parteienzersplitterung **Regierungsmehrheiten schwieriger bilden lassen**, nimmt - zu Recht - eine ganz zentrale Stellung in der verfassungsrechtlichen Diskussion um die Zulässigkeit von Sperrklauseln ein. Folgerichtig hatte die Tatsache, dass weder das Europaparlament noch die Kommunalparlamente eine Regierung zu wählen haben, einen ganz maßgeblichen Anteil an der Einschätzung des Bundesverfassungsgerichts, dass auf diesen Ebenen Sperrklauseln eben gerade nicht verfassungsrechtlich legitimiert sind. Damit verwandt ist das technische Argument, dass die Handlungsfähigkeit des Parlaments dort in ganz besonderer Weise gesichert werden muss, wo die zu wählende Institution mit der wahlgesetzgebenden Entität identisch ist (was wiederum ebenfalls nicht auf Europa- und Kommunalwahlen, jedoch auf Bundes- und Landtagswahlen zutrifft). Das Argument der Funktionsfähigkeit der Regierung schafft es also quasi im Alleingang, die zweite Waagschale mit einem gewissen Gewicht zu versehen. Weit und breit ist kein anderes Argument zugunsten der Sperrklausel zu sehen, dem ein ähnlicher verfassungsrechtlicher Rang zukäme. Allenfalls der Vollständigkeit halber sollte erwähnt werden, dass nicht nur die Funktionsfähigkeit der Regierung, sondern unter Umständen auch die **Funktionsfähigkeit der Opposition** durch die Sperrklausel gestärkt werden kann. Wo sich die Parteienlandschaft immer mehr zersplittert, ergibt sich eine Tendenz zur Bildung von lagerübergreifenden "Großen Koalitionen".

Dies kann zum Problem werden, wenn die Opposition dadurch in der Summe so klein wird, dass sie bestimmte (Veto-)Rechte wie die Einberufung parlamentarischer Untersuchungsausschüsse oder die Verhinderung von Grundgesetzänderungen nicht mehr wahrnehmen kann.

Andererseits wurde bisher viel zu wenig Augenmerk auf die Frage gerichtet, ob man nicht das übergeordnete Ziel der Stabilität der parlamentarischen Demokratie als das eigentlich verfassungsrechtlich relevante Kriterium ansehen müsste und ob nicht die Funktionsfähigkeit von Parlament und Regierung lediglich eines von mehreren Unterzielen ist, die in diesem Zusammenhang zu beachten sind. Ein ganz wichtiges Unterziel politischer Stabilität ist beispielsweise die Identifikation des Bürgers mit den demokratischen Grundprinzipien und dem herrschenden parlamentarischen System. Hier zeigt sich, dass die Sperrklausel eine Vielzahl von Nebenwirkungen entfaltet, die allesamt negativ auf dieses Unterziel einwirken. Beispielhaft seien die folgenden Effekte genannt:

- Unverhältnismäßig starke **Sklerose- und Konzentrationswirkung**, weil neue Parteien schon frühzeitig am Wachsen gehindert werden, indem Wählern dieser Parteien mit dem Verlust ihrer Stimme gedroht wird.
- Gefahr der **Mehrheitsumkehr**, weil wegen der Strafwirkung der Sperrklausel nicht sichergestellt ist, dass ein politisches Lager, welches eine Mehrheit der Wählerstimmen hinter sich vereinigt, auch tatsächlich die Regierung stellen kann. (Im Fall der Mehrheitsumkehr würden nicht nur kleine *und* große Parteien bestraft werden, sondern auch das Vertrauen der Bürger in die Integrität des demokratischen Systems würde erschüttert werden).
- **Verzerrung des Wählerwillens**, weil aus den Wahlergebnissen teilweise nicht die wahren Präferenzen der Wähler herausgelesen werden können (Stichworte: Argument der verschenkten Stimme, Leihstimmen, taktisches Wählen, resignierte Nichtwähler, Protestwähler).
- **Sinkende Partizipation** und eine geringere Identifikation der Bürger mit ihrem Staat (messbar z.B. durch eine geringere Wahlbeteiligung).

All diese Aspekte wurden in der Rechtsprechung bisher kaum gewürdigt. Sie sind in ihrer Summe geeignet, das (Vor-)Urteil, dass Sperrklauseln systemstabilisierend wirken, grundlegend in Frage zu stellen, zumindest aber stark zu relativieren. In der Vergangenheit hat das Bundesverfassungsgericht stets eine Sperrklausel in Höhe von 5 Prozent als verfassungskonform angesehen, dabei allerdings versäumt, die tendenziell destabilisierenden Nebenwirkungen der Sperrklausel in die verfassungsrechtliche Abwägung mit einzubeziehen. Wie unten gezeigt werden soll, gibt es Möglichkeiten, diese systembelastenden Nebenwirkungen zu beseitigen oder zumindest zu reduzieren, ohne die Höhe der Sperrklausel

anzutasten. Gäbe es jedoch diese Instrumente nicht und wäre die Höhe der Sperrklausel der einzige Parameter, an dem der Gesetzgeber Änderungen vornehmen könnte (genau dies hat das Bundesverfassungsgericht ja bisher immer implizit unterstellt), so würde eine Überprüfung und Neubeurteilung der *tatsächlichen* Auswirkungen der Sperrklausel auf die Stabilität der parlamentarischen Demokratie erforderlich werden. Zusätzlich müsste die Tatsache, dass in letzter Zeit bei immer mehr Wahlen auf Bundes- und Landesebene der Anteil der unberücksichtigt gebliebenen Stimmen einen zweistelligen Wert erreicht hat, dringend Anlass für eine solche Diskussion geben. Und es ist durchaus denkbar, dass am Ende der verfassungsrechtlichen Neubewertung das Ergebnis steht, dass das mit der Verfassung gerade noch zu vereinbarende Sperrquorum zukünftig deutlich niedriger angesetzt wird.

Noch allerdings ist der **Ermessensspielraum**, den die Rechtsprechung dem Gesetzgeber bezüglich der Höhe der Sperrklausel einräumt, sehr groß. Der schleswig-holsteinische Landtag könnte sich auf der derzeitigen verfassungsrechtlichen Grundlage - im Spannungsdreieck zwischen der Stabilität der Regierungsbildung, der Offenheit des demokratischen Prozesses und der Verletzung von Grundrechten - frei zwischen Werten von **0 bis 5 Prozent** entscheiden. Politisch-realistisch gesehen dürfte sich der Spielraum allerdings eher auf den Bereich zwischen 2 und 5 Prozent beschränken. Die Beibehaltung des **5-Prozent**-Wertes könnte mit einer jahrzehntelangen Gewohnheit und dem Gefühl, damit "auf der sicheren Seite" zu sein, begründet werden. Eine Absenkung auf **3 Prozent** könnte ein innovativer Schritt hin zu einem modernen Wahlrecht sein, welches Schleswig-Holstein eine Vorreiterrolle für die gesamte Bundesrepublik einnehmen ließe. Eine Absenkung der Hürde auf **2 Prozent** schließlich würde den Parlamentariern - im Rahmen der genannten drei Alternativen - den meisten Mut abverlangen, könnte allerdings gerade in Schleswig-Holstein überzeugend mit den positiven Erfahrungen begründet werden, die im Nachbarstaat Dänemark mit einer 2-Prozent-Sperrklausel gemacht worden sind.

II. Die Ersatzstimme

Das Instrument der Ersatzstimme (auch Eventualstimme, Alternativstimme oder Dualwahl genannt) versteht sich explizit als Variante eines Sperrklauselsystems zur Minimierung der negativen Nebenwirkungen einer reinen Sperrklausel. Insbesondere können mit ihr die folgenden Verbesserungen erzielt werden:

- Die **Gleichheit der Wahl** wird weitgehend wiederhergestellt.
- Die **Freiheit der Wahl** wird weitgehend wiederhergestellt.
- Die **Chancengleichheit der Parteien** wird zu einem großen Teil wiederhergestellt.
- Die **Durchlässigkeit des politischen Systems** erhöht sich.
- Die **Partizipation** (u.a. die Wahlbeteiligung) erhöht sich.
- Die **Gefahr der Mehrheitsumkehr** wird reduziert und
- Die **Aussagekraft der Wahlergebnisse** erhöht sich.

Die obengenannten Verbesserungen laufen allerdings dort ins Leere, wo

- (a) der Wähler nur eine einzige nachrangige Präferenz vergeben kann und Unsicherheit besteht, ob auch seine zweitpräferierte Partei am Sperrquorum scheitern wird,
- (b) der Wähler nur eine einzige Partei für wählbar hält, die vermutlich nicht die Sperrklausel überspringen wird, oder
- (c) der Wähler einer kleinen Partei sich nicht der Möglichkeit bewusst ist, eine Ersatzstimme zu vergeben.

Bemerkenswert ist, dass die Minimierung von Grundrechtseingriffen und die Steigerung der politischen Stabilität erzielt werden können, *ohne* dass der eigentliche **Regelungszweck** der Sperrklausel - nämlich nur Parteien ab einer gewissen Mindest-Anhängerschaft im Parlament zuzulassen - in irgendeiner Form beeinträchtigt werden würde. In verfassungsrechtlicher Sicht ist deshalb die auf einer Sperrklausel aufbauende Ersatzstimme das mildere Mittel im Vergleich zur unkompensierten Sperrklausel des Status quo (vgl. dazu der ausführliche Nachweis bei Benken, *Wahleinspruch 2013*, <http://wahlreform.de/we2013.pdf> = <http://wahleinspruch.de>). Hinsichtlich der Frage, ob ein Ersatzstimmensystem einzuführen ist, gibt es dieser Argumentation zufolge keinen Ermessensspielraum für den Gesetzgeber - die Einführung einer Ersatzstimme ist vielmehr verfassungsrechtlich **zwingend geboten**. Ein höchstrichterliches Urteil hierzu steht allerdings bislang noch aus.

Der häufigste Einwand gegen die Ersatzstimme besteht darin, dass das Wahlsystem als angeblich nicht **praktikabel** bezeichnet wird. Würden sich diese Bedenken tatsächlich als zutreffend erweisen, so würde die oben dargelegte verfassungsrechtliche Beurteilung in sich zusammenfallen. Deshalb ist es von großer Wichtigkeit, genau zu untersuchen, welche technisch-praktischen Implikationen die Einführung der Ersatzstimme mit sich bringen würde.

Zunächst soll analysiert werden, wie aus Sicht der Wähler die Stimmabgabe ablaufen würde und ob es hier zu Einschränkungen der Praktikabilität käme. Es sollen dabei folgende Ziele angestrebt werden:

- Alle äußeren Aspekte, die mit der Stimmabgabe verbunden sind, sollten so wenig wie möglich verändert werden. So könnten z.B. **Stimmzettel** das gewohnte Aussehen behalten, lediglich die Erläuterungen im Seitenkopf müssten angepasst werden.
- Das System sollte vollständig "**abwärtskompatibel**" sein, d.h. auch Wähler, die von den Änderungen im Wahlsystem nichts mitbekommen haben, geben trotzdem eine vollgültige Stimme ab. Dies wird erreicht, indem ein (einziges) Kreuz für die Lieblingspartei als wirksame Erstpräferenz zählt. Niemand ist verpflichtet, die zusätzlichen Optionen, die das neue Wahlsystem bietet, tatsächlich zu nutzen.
- Für diejenigen Wähler, die nach dem neuen Modus wählen, sollte sich das Wahlsystem so **einfach und verständlich** wie möglich darstellen. Ein Anstieg bei den ungültigen Stimmen sollte vermieden werden (wobei sich beim derzeitigen Wahlrecht nicht klar trennen lässt, inwieweit ungültige Stimmen eine Ablehnung aller Wahlalternativen bedeuten oder Ausdruck mangelnder Vertrautheit mit dem Wahlsystem sind).

Letztere Forderung würde dafür sprechen, nicht beliebig viele nachrangige Präferenzen vom Wähler vergeben zu lassen, sondern dem Wähler nur **maximal eine Ersatzstimme** zur Verfügung zu stellen. Dies kann jedoch den Wähler unter bestimmten Bedingungen (siehe oben) wieder in das selbe Entscheidungsdilemma wie vorher zurückwerfen, so dass ein Teil des Verbesserungspotentials wieder verschenkt werden würde. Ob dies als Preis für eine höhere Praktikabilität zu rechtfertigen wäre, müsste sorgfältig abgewogen werden.

Bei der Frage, wie in Ersatzstimmensystemen der **Wählerwille zum Ausdruck gebracht** werden soll, gibt es mehrere Varianten:

- Die Partei, der die Ersatzstimme zukommen soll, wird mit dem **Buchstaben 'E'** gekennzeichnet. Vorteil wäre, dass diese Kennzeichnung sich deutlich von dem **'X'** für die Hauptstimme abheben würde.
- Die Partei, der die Ersatzstimme zukommen soll, wird mit der **Ziffer '2'** gekennzeichnet, wohingegen die Erstpräferenz die Ziffer **'1'** oder das gewohnte Kreuz bekommt. Auch hier wären die verschiedenen Kennzeichnungen deutlich genug voneinander unterscheidbar. Zusätzlich wäre eine Nummerierung gemäß der Präferenzrangfolge auch intuitiv sehr gut verständlich. Last but not least würde diese Lösung Raum für eventuelle Erweiterungen geben, wenn die Wähler später einmal mehr als nur eine nachrangige Präferenz abgeben dürfen (dies wäre

sinnvoll für jene Fälle, wo sowohl die Erstpräferenz wie auch die Zweitpräferenz an der Sperrklausel scheitern).

- Die Partei, der die Ersatzstimme zukommen soll, wird mit einem eigenen Kreuz an einer bestimmten Stelle des Stimmzettels gekennzeichnet (z.B. in einer farblich unterlegten **Spalte** rechts neben der Spalte für die Hauptstimme). Auf den ersten Blick könnte diese Lösung als die beste erscheinen, weil sie es erlaubt, vollständig beim System des Ankreuzens zu bleiben. Gerade dies aber könnte bei Wählern auch zu Verwirrung führen, weil sich die Neuartigkeit des Wahlsystems nicht schon vordergründig aus neuen Symbolen für die Stimmabgabe erschließt; gleichzeitig jedoch hat der Stimmzettel ein anderes Aussehen, was wiederum diejenigen Wähler verwirren könnte, die die neuen Optionen gar nicht nutzen wollen. Außerdem bietet diese Variante kaum Erweiterungsmöglichkeiten, weil eine Matrix mit mehr als zwei Präferenz-Spalten schnell sehr unübersichtlich wird.

Im übrigen müsste man sich vor der Einführung einer Ersatzstimme auf eine einheitliche **Terminologie** einigen. Um unnötige Verwirrung zu vermeiden, sollte es nicht möglich sein, dass ein- und dieselbe Stimme zu unterschiedlichen Zeitpunkten einen unterschiedlichen Zählwert annehmen kann. Die von den PIRATEN vorgeschlagene Formulierung im Gesetzentwurf ("Im amtlichen Wahlergebnis wird sowohl die Stimmenverteilung vor und nach der Auszählung der Ersatzstimme angegeben", <http://landtag.ltsh.de/infothek/wahl18/umdrucke/1900/umdruck-18-1916.pdf>, S. 3) ist in diesem Sinne suboptimal. Die abgegebenen Stimmen würden folglich in wechselnden Zuständen vorliegen, je nachdem ob man sie vor oder nach der letzten Auszählung anschaut. Besser wäre es, von der Vorstellung einer "Übertragung" von Stimmen wegzugehen und statt dessen eine gedankliche Aufteilung des Prozesses in zwei Wahlgänge vorzunehmen, in denen **jeweils eine eigene Stimme** zur Verfügung steht. (Dem stünde auch nicht die Tatsache entgegen, dass beide Stimmen zeitgleich abgegeben werden). Jeder Wähler hätte also genau zwei (Zweit-)Stimmen: eine Hauptstimme (oder "Primärstimme") und eine "Finalstimme" für den zweiten Wahlgang. Ist eine Ersatzstimme abgegeben, so ist dies die Finalstimme des Wählers, falls die mit der Hauptstimme gewählte Partei an der Sperrklausel scheitert. Wurde keine Ersatzstimme angegeben oder wird sie nicht wirksam, weil die mit der Hauptstimme gewählte Partei die Sperrklausel übersprungen hat, so zählt die Hauptstimme als Finalstimme. Auf diese Weise kann zu jedem Zeitpunkt bequem unterschieden werden zwischen den **Primärstimmen** (die u.a. für die Höhe der Wahlkampfkostenerstattung von Bedeutung wären) einerseits und den **Finalstimmen** (die für die Sitzverteilung im Parlament relevant sind) andererseits.

Kommen wir schließlich zu den Veränderungen, die sich im Zusammenhang mit der **Auszählung der Stimmen** ergeben würden. In der Literatur wird teilweise behauptet, dass ein Ersatzstimmensystem "[die Wahlvorstände] bei der Vielfalt möglicher Verbindungen vor fast unlösbare Aufgaben stellen [würde]" (*Wolfgang Schreiber et al., Kommentar zum Bundeswahlgesetz, 9. Auflage, 2013, § 6 Rn. 37*). Diese Einschätzung ist allerdings eine reine Spekulation und entbehrt jeder sachlichen Grundlage.

Bei der Analyse der organisatorisch-praktischen Auswirkungen ist immer auch zu berücksichtigen, dass es bestenfalls nur 10 bis 20 Prozent der Wähler sein werden, die mehr als eine Präferenz vergeben. Nur für einen kleinen Teil aller Stimmzettel erhöht sich folglich der Auszählaufwand. Einer Beispielrechnung zufolge würde sich die Auszählung in einem durchschnittlichen Wahllokal um nicht mehr als 60 Minuten verzögern (zu den Einzelheiten vgl. Benken, *Wahleinspruch 2013*, <http://wahlreform.de/we2013.pdf> = <http://wahleinspruch.de>, S. 22 ff.). Das bedeutet im übrigen nicht, dass sich die Bekanntgabe des Wahlsiegers ebenfalls verzögern muss. Im Gegenteil: Unter Umständen kann der Wahlsieger schon viel früher als im derzeitigen System feststehen, weil der Ausgang einer Wahl z.B. nicht mehr davon abhängen müsste, ob eine bestimmte Partei 4,98% oder 5,02% der Erstpräferenzen erhalten hat.

Die letztendliche Umrechnung der erfassten Präferenzketten in Mandate würde ohnehin durch die **EDV** durchgeführt werden. Ob dies in einem **einstufigen** oder **mehrstufigen Auszählverfahren** erfolgt, wäre somit unter organisatorischen Gesichtspunkten nebensächlich. Allerdings haben beide Varianten unterschiedliche politische bzw. wahltaktische Auswirkungen (vgl. Benken, *Wahleinspruch 2013*, <http://wahleinspruch.de>, S. 28 f., oder Wikipedia: http://de.wikipedia.org/wiki/Ersatzstimme_%28Wahlrecht%29#M.C3.B6gliche_Verfahren).

"Die verwaltungsmäßigen Erschwerungen, die sich durch die Einführung der Hilfsstimme bei der Auszählung ergeben, fallen nicht entscheidend ins Gewicht und sind in anderen Ländern mit noch stärker ausgebautem Alternativstimmrecht auch überwunden worden." (*BT-Drucksache 1/4090*, <http://dipbt.bundestag.de/doc/btd/01/040/0104090.pdf>, S. 34). Dies war die Einschätzung der Bundesregierung unter Konrad Adenauer, die sich 1953 in einem Gesetzentwurf stark machte für ein Rangfolgewahlverfahren zwecks Ermittlung der Wahlkreisgewinner (heutzutage würde man hier von einer "Integrierten Stichwahl" sprechen). Abgesehen davon, dass auch die damalige Bundesregierung bei ihrem Vorstoß sicherlich machtpolitische Interessen im Hinterkopf hatte, dürfte ihre Beurteilung des angeblichen Auszählungsproblems doch sehr zutreffend sein. In Australien, Irland und Malta wird schon jahrzehntelang mit Rangfolgewahlssystemen gearbeitet, ohne dass dies als inpraktikabel aufgefallen wäre. In all diesen Staaten sind sogar noch viel komplexere Aufgaben für die Wahlhelfer

zu bewältigen. So muss z.B. in **Australien** *jeder* Wähler (es besteht zudem *Wahlpflicht*) *alle* auf dem Stimmzettel aufgeführten Parteien in eine Reihenfolge bringen; andernfalls ist der Stimmzettel ungültig. Selbst in Deutschland sind weitaus kompliziertere Wahlsysteme bekannt. Man denke nur an das in diversen kommunalen Wahlgesetzen enthaltene Element des **Kumulierens und Panaschierens**. Dort muss jeder Stimmzettel hinsichtlich dreier Dimensionen (gewählte Partei, gewählter Kandidat und Anzahl der Stimmen) erfasst und ausgewertet werden; bei der Ersatzstimme sind es nur zwei Dimensionen (gewählte Partei und zugewiesener Rangplatz).

Politisch gesehen verspricht die Ersatzstimme eine **Belebung der Parteienlandschaft**, ohne dass der Schutzzweck der Sperrklausel dabei aufgeweicht wird. Je mehr eine kleine Partei in der politischen Mitte der Gesellschaft verankert ist, d.h. je größere Übereinstimmungen es zwischen ihrem Wählerpotential und den Wählern der etablierten Parteien gibt, desto mehr würden diese Parteien von der Einführung einer Ersatzstimme profitieren. Für **radikale Parteien**, deren Wählerbasis mit etablierten Parteien wenig kompatibel ist, wird die Ersatzstimme von entsprechend geringerem Nutzen sein.

In einem sich verändernden verfassungsrechtlichen Umfeld ist die Ersatzstimme der ideale Partner für die Sperrklausel. Sie sichert ihr die politische Legitimation und verfassungsrechtliche Legitimität, während ansonsten die Sperrklausel immer stärker unter den Druck politischer und juristischer Veränderungen geraten würde. Man muss kein Prophet sein, um vorherzusagen, dass das Bundesverfassungsgericht nicht umhin kommen wird, sich ab 2016 erneut intensiv mit der Frage zu befassen, inwieweit Sperrklauselsysteme in ihrer jetzigen, unkompenzierten Form noch verfassungsgemäß sind. Nach der Bundestagswahl 2013 (bei der es eine "Stimmenentwertung" in Rekordhöhe gab: 15,7% aller abgegebenen Stimmen blieben bei der Berechnung der Sitzverteilung unberücksichtigt!) wurden zu diesem Themenkomplex viele Wahleinsprüche eingereicht. Ein großer Teil hiervon wird sicherlich als Wahlprüfungsbeschwerde vor dem Verfassungsgericht landen, zumal das bisherige Erfordernis, für Wahlprüfungsbeschwerden 100 Unterstützungsunterschriften beizubringen, seit 2013 entfallen ist.

Man braucht auch kein habilitierter Staatsrechtler zu sein, um zu erkennen, dass das Bundesverfassungsgericht vom Bundestag eine intensive Prüfung der Ersatzstimme und anderer kompensierter Sperrklauselsysteme verlangen wird bzw. verlangen *muss*, wenn es seine eigene bisherige Rechtsprechung ernst nimmt. Denn es gilt: **Wenn** ein Instrument Grundrechtseingriffe verursacht **und wenn** ein zweifelsfrei milderes Mittel (d.h. ein anderes Instrument, welches den angestrebten Zweck in min-

destens gleichem Umfang, aber bei einer deutlich geringeren Intensität der Grundrechtseingriffe erreicht) verfügbar ist, **dann muss** dieses Instrument anstelle der ursprünglichen Lösung eingeführt werden. Somit steht zu erwarten, dass wohl spätestens mit Beginn der nächsten Dekade eine höchstrichterliche Entscheidung zu kompensierten Sperrklauselsystemen vorliegen wird, welche nicht nur für den Deutschen Bundestag bindend ist, sondern in der Folge nach und nach auch auf die Wahlgesetzgebung der Bundesländer durchschlagen wird. Der Verfasser dieser Zeilen rechnet damit, dass die Verfassungsgerichte spätestens in 12 bis 15 Jahren den Bund sowie die Länder vor die Wahl stellen werden, entweder eine Ersatzstimme einzuführen oder aber die Sperrklausel abzuschaffen (mindestens aber ganz erheblich zu senken), um der Verfassung Genüge zu tun.

III. Die Kombination aus Sperrklausel-Absenkung und Ersatzstimme

Auch wenn die Einführung einer Ersatzstimme und die Absenkung der Sperrklausel teilweise in die gleiche Richtung wirken, so muss dennoch der Blick dafür bewahrt werden, dass beide Instrumente an recht unterschiedlichen Punkten ansetzen. Eine Ersatzstimme sorgt für ein gerechteres und ehrlicheres Wahlrecht, eine geringere Sperrklausel erlaubt auch Parteien mit kleinerer Anhängerschaft eine parlamentarische Repräsentation. Die Ersatzstimme stellt Verbesserungen für *alle* Parteien her (Beispiel: Mehrheitsumkehr), die Sperrklauselsenkung wirkt vor allem zugunsten der Gruppe der kleinen Parteien. (Es gibt allerdings auch hier Ausnahmen - so stände z.B. die CDU in Niedersachsen möglicherweise besser da, wenn bei der Landtagswahl 2013 statt einer 5%-Hürde nur eine 3%-Hürde gegolten hätte).

Die Ansicht, dass die Einführung einer Ersatzstimme eine zuvor als sinnvoll angesehene Absenkung der Sperrklausel überflüssig machen würde, ist genauso irrig wie die Annahme, dass bei einer niedrigeren Sperrklausel eine Ersatzstimme weniger wichtig werden würde. Egal wie hoch die unkompenzierte Sperrklausel ist, das generelle Problem ihrer Verfassungswidrigkeit würde bestehen bleiben, nur eben in einem geringeren Ausmaß. Lediglich wenn der Gesetzgeber sich entschließen sollte, die Sperrklausel gänzlich abzuschaffen, würde eine Ersatzstimme überflüssig werden. Zwar gäbe es auch dann noch die sogenannte "natürliche Sperrklausel" (das ist jene Schwelle, die eine Partei in einem Verhältniswahlsystem überspringen muss, um ihren ersten Sitz zu erreichen - in Schleswig-Holstein liegt diese Hürde bei knapp 0,8%), doch käme der

natürlichen Sperrklausel keine verfassungsrechtliche Relevanz zu, weil es keine Differenzierungen im Erfolgswert der Stimmen mehr gäbe.

Zweifellos wäre es möglich, das Instrument der Ersatzstimme einzuführen und gleichzeitig die Sperrklausel zu senken. Doch ist eine solche Kombination beider Verfahren tatsächlich vorzugswürdiger, wie im Umdruck 18/1916 behauptet wird? Nicht unbedingt. Bevor sich diese Frage befriedigend beantworten lässt, müssten negativ bzw. positiv wirkende Interdependenzen zwischen beiden Maßnahmen identifiziert und bewertet werden. Da jedoch die politischen Auswirkungen beider Instrumente nicht leicht zu prognostizieren sind, empfiehlt es sich, nicht an beiden Stellschrauben gleichzeitig zu drehen, sondern lieber erst genaue Wirkungsanalysen nach Implementierung einer der beiden Maßnahmen abzuwarten. Auch sollte man zur Schonung der Wähler und der Wahlbehörden nicht zu viele Änderungen gleichzeitig einführen.

Wenn der Landtag in Schleswig-Holstein tatsächlich dem Vorschlag der PIRATEN folgte und sich dafür ausspräche, früher oder später *beide* Instrumente zum Einsatz kommen zu lassen, empfiehlt es sich, mit der Einführung einer Ersatzstimme zu beginnen (aufgrund ihrer vielfältigen und zumeist unbestrittenen Vorteile) und erst anschließend eine (gemäßigte) Absenkung der Sperrklausel in Angriff zu nehmen. Die umgekehrte Reihenfolge wäre weniger sinnvoll, denn wo eine Sperrklauselsenkung allenfalls politisch **gewünscht** sein kann (und dies auch nur von einem Teil der Parteien - bei den etablierten Parteien dürfte diese Maßnahme auf ziemlich heftige Gegenwehr stoßen), kann sich die Ersatzstimme auf eine größere Akzeptanz stützen und ist vor allem verfassungsrechtlich **geboten**.

Braunschweig, den 7. Januar 2014

Björn Benken