

Schleswig-Holsteinischer Landtag • Postfach 7121 • 24171 Kiel

An den
Vorsitzenden
der Piratenfraktion
Herrn Torge Schmidt, MdL

-im Hause-

Ihr Zeichen:
Ihre Nachricht vom: 15.07.2015

Mein Zeichen: L 207 – 191/18
Meine Nachricht vom:

Bearbeiterin: Farina Busch

Telefon (0431) 988-1133
Telefax (0431) 988-1250
Farina.Busch@landtag.ltsh.de

17. September 2015

Einführung einer Ersatzstimme

Sehr geehrter Herr Schmidt,

gerne kommen wir Ihrer an den Wissenschaftlichen Dienst gerichteten Bitte, zu prüfen, ob der Einführung einer Ersatzstimme, wie in Umdruck 18/1916 als Alternative II. vorgeschlagen, Verfassungsrecht entgegensteht und welche Änderungen gegebenenfalls erforderlich wären, nach und nehmen wie folgt Stellung:

1. Gegenstand und Ausgestaltung der Ersatzstimme in Umdruck 18/1916

Die Einführung der Ersatzstimme soll durch eine Änderung des Landeswahlgesetzes Schleswig-Holstein¹ erfolgen, im Hinblick auf die konkrete Ausgestaltung der Einführung der Ersatzstimme wird auf den einschlägigen Umdruck verwiesen.² Hintergrund der angestrebten Gesetzesinitiative der Piratenfraktion ist der Wunsch, die sog. Sperrklausel abzuschaffen. Werde diese entgegen dem Bestreben der Piratenfraktion beibehalten, solle die Einführung der Ersatzstimme dazu dienen, die negativen Folgen der Sperrklausel zumindest abzumildern.³ Nach diesem Vorschlag erhält jede Wählerin und jeder Wähler eine zweite Listenstimme im Sinne einer Ersatzstimme (auch Hilfs-, Alternativ-, Eventual-, Neben-, oder Subsidiärstimme genannt)⁴, welche ledig-

¹ Wahlgesetz für den Landtag von Schleswig-Holstein (Landeswahlgesetz - LWahlG) v. 7. Oktober 1991, GVOBl. S. 442, zuletzt geändert durch Art. 8 LVO v. 16. März 2015, GVOBl. S. 96.

² Umdruck 18/1916, S. 3 f.

³ Umdruck 18/1916, S. 4.

⁴ Diese Begriffe werden in Rechtsprechung und Literatur allesamt verwandt. Es ist jedoch lediglich ein terminologischer und kein inhaltlicher Unterschied. Die Prüfung der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Einführung einer

lich in dem Fall als Zweitstimme berücksichtigt wird, wenn die Hauptstimme wegen Nichtüberschreitung der Sperrklausel der in erster Linie gewählten Partei verfällt.⁵

2. Verfassungsmäßigkeit der Einführung der Ersatzstimme

Zu prüfen ist, ob der Einführung einer Ersatzstimme Verfassungsrecht entgegensteht. Die Ersatzstimme könnte einen Verstoß gegen die Wahlrechtsgrundsätze der Unmittelbarkeit⁶ sowie der Gleichheit der Wahl aus Art. 38 Abs. 1 Grundgesetz (GG) bzw. Art. 4 Abs. 1 Landesverfassung (LV) darstellen. Des Weiteren könnte ein Verstoß gegen den Grundsatz der Chancengleichheit der Parteien aus Art. 21 GG, der nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) auch für die Länder unmittelbar gilt⁷, gegeben sein.

a) Wahlrechtsgrundsätze

Die in Art. 38 Abs. 1 GG normierten Wahlrechtsgrundsätze finden gemäß Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG auch Anwendung auf die Wahlen zu den Volksvertretungen der Länder. Zudem hat der schleswig-holsteinische Verfassungsgeber diese Wahlrechtsgrundsätze in Art. 4 Abs. 1 LV, wonach die Wahlen in den Volksvertretungen im Lande, in den Gemeinden und Gemeindeverbänden und die Abstimmungen allgemein, unmittelbar, frei, gleich und geheim sind, verankert. Hierdurch ist der Gestaltungsspielraum des einfachen Gesetzgebers bei der Regelung von Landtags- und Kommunalwahlen unmittelbar an landesverfassungsrechtliche Vorgaben gebunden.⁸ Das Landesverfassungsgericht Schleswig-Holstein (LVerfG) hat darüber hinaus in seinem Urteil zu den Funktionszulagen für die Parlamentarischen Geschäftsführerinnen und Geschäftsführer festgehalten, dass es dahinstehen kann, ob neben den ausdrücklichen Regelungen in der Landesverfassung die aus Art. 38 Abs. 1 GG [...] abgeleitete-

Ersatzstimme bezieht sich im Rahmen dieser Gutachtenbearbeitung auf deren Ausgestaltung wie in Umdruck 18/1916 vorgenommen.

⁵ Umdruck 18/1916, S. 4; die Idee der Einführung einer Ersatzstimme wurde politisch bereits auf Bundes- und Landesebene erörtert. So sah etwa der Entwurf des Bundeswahlgesetzes im Jahr 1953 die Abgabe einer Haupt- und einer Hilfsstimme für die Wahl im Wahlkreis vor. Der Bundesrat kritisierte den Entwurf, da das Konzept der Hilfsstimme für den Wähler unberechenbar sei und verwaltungsmäßige Schwierigkeiten bei der Auszählung zu erwarten seien, BT-Drs. 1/4090, S. 5, 18 f., 33 ff.; der Aspekt der „Praktikabilität“ der Ersatzstimme ist noch heute umstritten. Dieser wird etwa von Damm (Die Nebenstimme bei Bundestagswahlen: Wer A sagt, darf auch B sagen?, DÖV 2013, S. 913, 918), der ausführt, dass eine Hilfsstimme zwar komplexitätssteigernd, aber wohl noch praktikabel wäre, bejaht, wohingegen Morlok sie als nicht praktikabel bezeichnet (Morlok in: Dreier, GG, Bd. II, 2. Aufl. 2006, Art. 38, Rn. 107). Hierbei handelt es sich jedoch in erster Linie um eine politische und nicht um eine rechtliche Frage.

⁶ Gegebenenfalls in Verbindung mit dem Demokratieprinzip aus Art. 20 Abs. 1 GG bzw. Art. 2 Abs. 1 LV.

⁷ BVerfGE 1, 208, 223 ff; a.A. Kluth in: Beck'scher Online-Kommentar GG, Stand: 01.06.2015, Art. 21, Rn. 10.

⁸ Caspar in: ders./Ewer/Nolte/Waack, Verfassung des Landes Schleswig-Holstein, Kommentar, 2006, Art. 3, Rn. 3.

ten allgemeinen Grundsätze in Schleswig-Holstein über Art. 2 a LV (alt - Anm. d. Verf'in) oder über das Homogenitätsgebot des Art. 28 Abs. 1 GG oder sogar direkt gelten.⁹ Jedenfalls können im Ergebnis die vom BVerfG in seiner Rechtsprechung aus Art. 38 Abs. 1 GG entwickelten Grundsätze auch in der vorliegenden Konstellation herangezogen werden.

aa) Grundsatz der Unmittelbarkeit der Wahl

Die Einführung der Ersatzstimme könnte einen Verstoß gegen den Grundsatz der Unmittelbarkeit der Wahl darstellen.

Der Grundsatz der Unmittelbarkeit der Wahl erschöpft sich nicht in einem Verbot der Wahl durch Wahlmänner. Er schließt darüber hinaus vielmehr jedes Wahlverfahren aus, bei dem zwischen Wähler und Wahlbewerber nach der Wahlhandlung eine Instanz eingeschaltet wird, die nach ihrem Ermessen in der Lage ist, die Vertreter auszuwählen, und damit den Wählern die Möglichkeit nimmt, die zukünftigen Vertreter durch die Stimmabgabe selbsttätig zu bestimmen.¹⁰ Der Grundsatz der Unmittelbarkeit der Wahl verlangt, dass für den Wähler die Wirkung seiner Stimmabgabe erkennbar sein muss. Jede Stimme muss bestimmten oder bestimmbar Wahlbewerbern zugerechnet werden können.¹¹

Eine Ersatzstimme dürfte demnach also kein Mittel darstellen, das sich zwischen Wähler und gewählte Abgeordnete schiebt.

Diejenigen Stimmen, die die Einführung einer Ersatzstimme als verfassungsrechtlich unzulässig erachten, führen aus, dass der Grundsatz der Unmittelbarkeit der Wahl verlange, dass sich der Wähler vorbehaltlos und bedingungslos entscheiden müsse.¹² Einige Literaturstimmen stützen diesen Gedanken der Bedingungsfeindlichkeit der Stimmabgabe, der zur Unzulässigkeit der Ersatzstimme führe, auf den Grundsatz der

⁹ LVerfG, Urteil v. 30. September 2013, LVerfG 13/12, Rn. 52.

¹⁰ BVerfGE 7, 77, 84 f (Gegenstand der Entscheidung war § 41 Abs. 2 des schleswig-holsteinischen Gemeinde- und Kreiswahlgesetzes v. 19. Januar 1955, der vorsah, dass die Parteien und Parteiengruppen für den Fall, dass ein gewählter Vertreter die Wahl ablehnt oder durch Tod oder Verlust seines Sitzes ausscheidet, die Reihenfolge des Nachrückens der Ersatzmänner aus der von ihnen eingereichten Gemeinde- oder Kreisliste nach der Stimmabgabe der Wähler ändern konnten. Das BVerfG erklärte die Norm für mit dem Grundsatz der Unmittelbarkeit der Wahl nicht vereinbar und nichtig); Butzer in: Epping/Hillgruber, Beck'scher Online-Kommentar GG, Stand: 01.03.2015, Art. 38, Rn. 55 ff.

¹¹ BVerfGE 97, 317, 326; 121, 266, 307 f.

¹² Strelen in: Schreiber, BWahlG, 9. Aufl. 2013, § 6, Rn. 37; Schreiber in: Friauf/Höfling, Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 3, Art. 38, Rn. 132 (Stand: 41. EL VII/13).

Unmittelbarkeit der Wahl in Verbindung mit dem Demokratieprinzip aus Art. 20 Abs. 1 GG.¹³

Das taktische Wählerverhalten bei der Abgabe von Haupt- und Hilfsstimme begegne Bedenken im Hinblick auf den Grundsatz der Unmittelbarkeit der Wahl und das Demokratieprinzip, da die Stimmabgabe bedingt und unter dem Vorbehalt erfolge, dass sich genügend weitere Wähler dem mit der Hauptstimme abgegebenen Votum anschließen.¹⁴ Des Weiteren wird angezweifelt, ob ein Abgeordneter, der über die Ersatzstimme einen Sitz im Parlament erhält, als unmittelbar gewählt angesehen werden kann. Denn das erhaltene Mandat beruhe nur auf der Tatsache, dass die Hauptstimme des Wählers keinen Erfolg gehabt habe.¹⁵

Diejenigen, die die Einführung einer Ersatzstimme für zulässig erachten, argumentieren, dass der Grundsatz der Unmittelbarkeit der Wahl nicht verletzt sei, da sich keine Instanz zwischen das Wählervotum und den ins Parlament gewählten Abgeordneten schiebe. Die Zusammensetzung des Parlaments hinge weiterhin ausschließlich vom Wählervotum ab.

Sowohl Haupt- als auch Hilfsstimme würden für eine bestimmte Partei abgegeben und beide Stimmen ermöglichen die positive Beeinflussung des Wahlerfolgs der gewählten Parteien.¹⁶ So bliebe die direkte Legitimation der Abgeordneten gewährleistet.¹⁷ Denn die Ersatzstimme habe lediglich die Funktion, erfolglose Stimmen noch einmal mit Geltungskraft aufzuladen. Die Wahlhandlung des Wählers sei hierbei tatsächlich bedingungslos. Denn er möchte, dass die von ihm abgegebene Stimme (Haupt-/bzw. Hilfsstimme) auf jeden Fall gewertet wird, lediglich für den Inhalt der Hauptstimme bestimme der Wähler mit der Ersatzstimme eine Absicherung, falls die Hauptstimme an der Sperrklausel scheitere.¹⁸

¹³ Strelen in: Schreiber, BWahlG, 9. Aufl. 2013, § 6, Rn. 37; auf diese Argumentation hat der Deutsche Bundestag ergänzend hingewiesen, als er eine Petition zur Einführung einer Ersatzstimme, überwiegend aus verfassungspolitischen Gründen, zurückgewiesen hat, vgl. <http://petition24.de/wahlrecht---ersatzstimme-jeweils-fuer-erst-und-zweitstimme>; in Berlin gab es das Volksbegehren „Mehr Demokratie beim Wählen“, welches auch die Einführung einer Ersatzstimme beinhaltete, jedoch auf der zweiten Stufe abgebrochen wurde, vgl. http://bb.mehr-demokratie.de/fileadmin/pdf/2014-01-13_PI_Uebersicht_Volksbegehren.pdf.

¹⁴ Stumpf, Europawahl mal anders - von Sperrklauseln und Wahlspenden, JA 2012, S. 923, 930.

¹⁵ Stumpf, Europawahl mal anders - von Sperrklauseln und Wahlspenden, JA 2012, S. 923, 930.

¹⁶ Heußner, Die 5%-Sperrklausel: Nur mit Hilfsstimme! (Teil 1), LKRZ 2014, S. 7, 10.

¹⁷ Damm, Die Nebenstimme bei Bundestagswahlen: Wer A sagt, darf auch B sagen?, DÖV 2013, S. 913, 919.

¹⁸ Damm, Die Nebenstimme bei Bundestagswahlen: Wer A sagt, darf auch B sagen?, DÖV 2013, S. 913, 919.

Betrachtet man den Grundsatz der Unmittelbarkeit der Wahl isoliert, so erscheint ein diesbezüglicher Verstoß auf Grund der Einführung der Ersatzstimme eher fernliegend. Denn es ist nicht erkennbar, welche Instanz oder welches Mittel sich zwischen die Wahlhandlung des einzelnen Wählers und die letztliche Zusammensetzung des Parlaments schieben beziehungsweise diesbezüglich Ermessen ausüben sollte. Wird ein Wahlsystem gewählt, das die Ersatzstimme beinhaltet, so gibt der Wähler zwar für seine Zweitstimme zunächst zwei Stimmen ab, die Haupt- und die Hilfsstimme. Er gibt diese Stimmen allerdings beide selbst ab und die Entscheidung darüber, ob die Haupt-, die Hilfsstimme oder aber gar keine Stimme letztlich für die Zusammensetzung des Parlaments von Bedeutung ist, trifft nicht eine irgendwie geartete zwischen-geschaltete Instanz, sondern ist ausschließlich davon abhängig, wie hoch die Parteien, die die Haupt- bzw. der Hilfsstimme erhalten, in der Gunst der anderen Wähler stehen. Für den Wähler sind die Folgen seiner Stimmabgabe zwar nicht derart vorhersehbar, als dass er bei der Stimmabgabe wissen könnte, ob die Haupt-, die Hilfs- oder gar keine Stimme zum Zuge kommt, d.h. die gewählten Parteien die Sperrklausel überschreiten werden. Dieses Kenntnis im Hinblick auf den Erfolg der abgegebenen Stimmen ist allerdings auch in einem Wahlsystem mit Sperrklausel, das keine Ersatzstimme beinhaltet, nicht gegeben.

Aus dem Grundsatz der Unmittelbarkeit der Wahl (in Verbindung mit dem Demokratieprinzip) wird von Stimmen aus der Literatur auch gefolgert, dass die Wahlhandlung bedingungsfeindlich sei.¹⁹ Fraglich ist, ob ein Wahlsystem, das eine Ersatzstimme beinhaltet, dazu führt, dass die Wähler ihre Stimme unter einer Bedingung abgeben. In tatsächlicher Hinsicht ist es korrekt, dass die Hilfsstimme lediglich dann zum Zuge kommen kann und soll, wenn die mit der Hauptstimme gewählte Partei die Sperrklausel nicht überschreitet. Ob dies allerdings bedeutet, dass die Abgabe der Hilfsstimme unter einer (unzulässigen) Bedingung erfolgt, oder ob es sich bei der Eventualstimme um eine (zulässige) systemimmanente gestufte Stimmenabgabe handelt, ist verfassungsgerichtlich bisher noch nicht geklärt.

bb) Grundsatz der Gleichheit der Wahl

Die Einführung einer Ersatzstimme könnte einen Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichheit der Wahl darstellen.

¹⁹ Schreiber in: Friauf/Höfling, Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 3, Art. 38, Rn. 40 (Stand: 41. EL VII/13).

Der Grundsatz der Gleichheit der Wahl fordert, dass jedermann seine staatsbürgerlichen Rechte in formal möglichst gleicher Weise ausüben kann, d.h. alle Wahlberechtigten müssen bei der Wahl gleich behandelt werden, jeder Wähler muss über die gleiche Stimmkraft verfügen.²⁰ Bei Verhältnis- und Mischwahlsystemen bedeutet dies, dass jede Stimme sowohl den gleich Zähl- als auch den gleichen Erfolgswert haben muss.²¹ Ausnahmen vom Grundsatz der Gleichheit der Wahl sind nur in engen Grenzen zulässig. Die Abweichungen vom Grundsatz der Gleichheit der Wahl müssen darüber hinaus stets durch zwingende Gründe gerechtfertigt sein.²² Das Landesverfassungsgericht hat hierzu ausgeführt, dass Differenzierungen der Wahlgleichheit zu ihrer Rechtfertigung stets eines besonderen, sachlich legitimierten, „zwingenden“ Grundes bedürfen. Mit diesem Begriff sei nicht gemeint, dass sich die Differenzierung von Verfassungs wegen als notwendig darstellen muss. Differenzierungen im Wahlrecht könnten vielmehr auch durch Gründe gerechtfertigt sein, die durch die Verfassung legitimiert und von einem Gewicht sind, das der Wahlgleichheit die Waage halten kann.²³

So werden Sperrklauseln, die zwar die Stimmenverwertung einschränken und damit eine Erfolgswertungleichheit bedeuten, als grundsätzlich statthaft erachtet, da diese zur Abwehr parlamentarischer Parteienzersplitterung geboten sind. An die Sperrklauseln wird als Ausnahme vom Grundsatz der Gleichheit der Wahl zwar ein strenger Maßstab angelegt, so dass es eines zwingenden Grundes für die Rechtfertigung der Ausnahme bedarf. Im Hinblick auf die Sperrklauseln ist hierbei die Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit des Parlaments bzw. dessen drohende Funktionsunfähigkeit sowie die Sicherung des Charakters der Wahl als eines Integrationsvorgangs bei der politischen Willensbildung des Volkes anerkannt.²⁴ Das Landesverfassungsgericht hat darauf verwiesen, dass es grundsätzlich Sache des Gesetzgebers sei, das Gebot der Wahlgleichheit mit anderen verfassungsrechtlich legitimierten Zielen zum Ausgleich zu bringen.²⁵ Als verfassungsrechtlich legitimierte Gründe, die der Wahlgleichheit die

²⁰ BVerfGE 11, 266, 272; 34, 81, 98; Trute in: v. Münch/Kunig, GG, Band 1, 6. Aufl. 2012, Art. 38, Rn. 51; Magiera in: Sachs, GG, 6. Aufl. 2011, Art. 38, Rn. 90.

²¹ BVerfGE 95, 408, 417; 120, 82, 102; Butzer in: Epping/Hillgruber, Beck'scher Online-Kommentar GG, Stand: 01.03.2015, Art. 38, Rn. 63.

²² BVerfGE 95, 408, 418; 121, 266, 298; Butzer in: Epping/Hillgruber, Beck'scher Online-Kommentar GG, Stand: 01.03.2015, Art. 38, Rn. 64.

²³ LVerfG, Urteil v. 13. September 2013, LVerfG 7/12, Rn. 101.

²⁴ BVerfGE 95, 408, 417f.; 129, 300, 353; Butzer in: Epping/Hillgruber, Beck'scher Online-Kommentar GG, Stand: 01.03.2015, Art. 38, Rn. 70 m.w.N.; LVerfG, Urteil v. 13. September 2013, LVerfG 7/12, Rn. 119.

²⁵ LVerfG, Urteil v. 13. September 2013, LVerfG 7/12, Rn. 103.

Waage halten können, erkennt das Landesverfassungsgericht die Funktionsfähigkeit des Landtags und die Integrationsfunktion der Parteien an.²⁶

Die Ersatzstimme stellt zudem ein Instrument dar, welches die Erfolgswertgleichheit fördern kann. Dies allerdings nur in einem bestimmten Maß. Denn in dem Fall, in dem ein Wähler sowohl die Haupt- als auch die Hilfsstimme einer Partei gibt, die an der Sperrklausel scheitert, hilft auch das Instrument der Ersatzstimme einer Erfolgswertgleichheit der abgegebenen Stimmen nicht ab.

Gegen die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Ersatzstimme wird angeführt, dass diese einen Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichheit der Wahl bedeute. Dies wird damit begründet, dass bei einem Wahlsystem, das eine Ersatzstimme beinhalte, bereits eine Ungleichheit des Zählwerts der abgegebenen Stimmen vorliege. Denn ein Wähler, der seine Zweitstimme einer Partei gibt, die den Einzug ins Parlament schafft, gebe (lediglich) eine Stimme ab. Wohingegen ein Wähler, dessen Zweitstimme erst durch die Hilfsstimme für die Zusammensetzung des Parlaments entscheidend wird, letztlich zwei Stimmen abgebe.²⁷

Die Befürworter der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Ersatzstimme verneinen einen Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichheit der Wahl mit dem Argument, dass auch mit dem Instrument der Ersatzstimme kein Wähler mehr als eine gültige Stimme abgebe. Die Ersatzstimme Sorge lediglich dafür, den Inhalt der abgegebenen Stimme zu verändern, wenn der Inhalt der Stimme in der ursprünglichen Form nicht für die Zusammensetzung des Parlaments entscheidend war. Dies stelle keinen Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichheit der Wahl dar, da jeder Wähler, unabhängig von Alter, Geschlecht, Hautfarbe, Religion oder ähnlichem eine Hilfsstimme abgeben könne. Ob diese Hilfsstimme dann zum Zuge komme, hänge ausschließlich vom Inhalt der abgegebenen Haupt- und Hilfsstimmen ab.²⁸ Zudem werde dem Grundsatz der Gleichheit der Wahl mit der Einführung der Ersatzstimme zu größerer Entfaltung verholfen, da einer für kleine Parteien abträglichen Wahlwerbung mit der Sperrklausel Abhilfe getan wäre und mehr Stimmen neben der Zähl- auch die Erfolgswertgleichheit erhalten würden.²⁹ Die Einführung der Ersatzstimme entspreche dem verfassungsrechtlichen Postulat der Erfolgswertgleichheit.³⁰

²⁶ LVerfG, Urteil v. 13. September 2013, LVerfG 7/12, Rn. 108.

²⁷ Damm, Die Nebenstimme bei Bundestagswahlen: Wer A sagt, darf auch B sagen?, DÖV 2013, S. 913, 919.

²⁸ Damm, Die Nebenstimme bei Bundestagswahlen: Wer A sagt, darf auch B sagen?, DÖV 2013, S. 913, 919.

²⁹ Linck, Zur verfassungsnäheren Ausgestaltung der 5%-Sperrklausel, DÖV 1984, S. 884, 886; Jesse, Wahlrecht zwischen Kontinuität und Reform - Eine Analyse der Wahlsystemdiskussion und der Wahlrechtsänderungen in der

Da in einem Wahlsystem, das die Ersatzstimme beinhaltet, jeder Wähler die Möglichkeit hat, eine Ersatzstimme abzugeben und diese in der Lage ist, die Erfolgswertgleichheit zumindest zu fördern, sprechen die überwiegenden Gründe dafür, dass die Einführung der Ersatzstimme keinen Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichheit der Wahl darstellt.

b) Chancengleichheit der Parteien

Die Ersatzstimme könnte einen Verstoß gegen den Grundsatz der Chancengleichheit der Parteien darstellen. Dieser aus Art. 21 GG abgeleitete Grundsatz³¹, gilt, wie bereits oben (s. S. 2) dargelegt, auch für die Länder. Aus dem Grundsatz der Chancengleichheit der Parteien folgt, dass Parteien grundsätzlich gleich zu behandeln sind und eine Unterscheidung zwischen Parteien nur dann zulässig sein kann, wenn sie aus der Verfassung herzuleitenden Gründen gerechtfertigt ist.³² Das Landesverfassungsgericht hat festgehalten, dass die verfassungsrechtliche Rechtfertigung von Einschränkungen der Chancengleichheit der Parteien den gleichen Maßstäben folge wie die Rechtfertigung von Einschränkungen des Grundsatzes der Gleichheit der Wahl, da zwischen diesen Grundsätzen ein enger Zusammenhang bestehe.³³

Zu prüfen ist, ob die Ersatzstimme ein Instrument darstellt, das gegen den Grundsatz der Chancengleichheit der Parteien verstößt. Da die Ersatzstimme jedoch nur eine Option für den Wähler darstellt und jeder Wähler frei entscheiden kann, ob und wenn ja, welcher Partei er eine Ersatzstimme geben möchte, ist ein Verstoß gegen den Grundsatz der Chancengleichheit der Parteien nicht ersichtlich. Denn auch ein Wahlsystem, das eine Ersatzstimme beinhaltet, behandelt alle Parteien gleich, wenn keine Partei von der Vergabe der Haupt- oder Hilfsstimme ausgeschlossen ist.³⁴ Die Ersatz-

Bundesrepublik Deutschland 1949-1983, 1985, S. 258 f.; Wenner, Sperrklauseln im Wahlrecht der Bundesrepublik Deutschland, 1986, S. 412 ff.

³⁰ Köhler, Parteien im Wettbewerb - Zu den Wettbewerbschancen nicht-etablierter politischer Parteien im Rechtssystem der Bundesrepublik Deutschland, 2006, S. 140 ff.

³¹ BVerfGE 85, 264, 297 f.; Morlok in: Dreier, GG, Bd. II, 2. Aufl. 2006, Art. 21, Rn. 80 m.w.N.; zur Herleitung: Kluth in: Epping/Hillgruber, Beck'scher Online-Kommentar GG, Stand: 01.06.2015, Art. 21, Rn. 132 ff.

³² BVerfGE 111, 382, 398; Morlok in: Dreier, GG, Bd. II, 2. Aufl. 2006, Art. 21, Rn. 83.

³³ LVerfG, Urteil v. 13. September 2013, LVerfG 7/12, Rn. 102.

³⁴ Damm, Die Nebenstimme bei Bundestagswahlen: Wer A sagt, darf auch B sagen?, DÖV 2013, S. 913, 920; der einfache Gesetzgeber müsste bei der Ausgestaltung der Ersatzstimme jedoch darauf achten, dass die Ersatzstimme bei der Parteienfinanzierung außer Acht bleibt (wie in Umdruck 18/1916 geschehen); a.A. Köhler, Parteien im Wettbewerb - Zu den Wettbewerbschancen nicht-etablierter politischer Parteien im Rechtssystem der Bundesrepublik Deutschland, 2006, S. 142.

stimme verstößt daher nicht gegen den Grundsatz der Chancengleichheit der Parteien.³⁵

c) Verfassungsgerichtliche Rechtsprechung

Das Landesverfassungsgericht hat sich zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Ersatzstimme bisher nicht geäußert. Es führte in seinem Urteil zur Befreiung des SSW von der 5%-Sperrklausel im Rahmen der Prüfung der Verhältnismäßigkeit der Sperrklausel als Ausnahme vom Grundsatz der Gleichheit der Wahl lediglich aus, dass die Einführung einer Ersatzstimme kein gleich geeignetes, milderes Mittel darstelle.³⁶ Dies bedeutet, dass die Ersatzstimme nach Auffassung des Landesverfassungsgerichts kein Instrument ist, das die Erforderlichkeit der 5%-Sperrklausel entfallen ließe. Laut dem Landesverfassungsgericht handelt es sich bei der Einführung einer Ersatzstimme vielmehr um eine Änderung des Konzepts des geltenden Wahlsystems der personalisierten Verhältniswahl.³⁷

Der Gesetzgeber verfügt allerdings über eine Einschätzungsprärogative darüber, ob zur Zweckerreichung eine 5%-Klausel, eine niedrigere Sperrklausel oder aber andere Milderungsmaßnahmen in Betracht kommen.³⁸ Andere Landesverfassungsgerichte vertreten ebenfalls die Auffassung, dass das Instrument der Ersatzstimme zumindest nicht zwingend geboten sei, um die 5%-Sperrklausel als Ausnahme vom Grundsatz der Gleichheit der Wahl zu rechtfertigen.³⁹ Der Wahlprüfungsausschuss des Deutschen Bundestages hat in einer Beschlussempfehlung zur Zurückweisung einer

³⁵ Weiter geht noch Ladeur, der argumentiert, dass die Einführung der Ersatzstimme geboten sei, um die Verletzung des Grundsatzes der Chancengleichheit der Parteien und des Wahlrechtsgrundsatzes der Gleichheit der Wahl auszumerzen. Die benannten Grundsätze seien bei sog. Splitterwählern verletzt (Ladeur, Ein systemimmanenter Vorschlag zur Änderung der Fünfprozentklausel, Demokratie und Recht 1980, S. 81 f).

³⁶ LVerfG, Urteil v. 13. September 2013, LVerfG 7/12, Rn. 123; a.A. Heußner, der für das Saarland, in dem das Verhältniswahlrecht nach Art. 66 der Landesverfassung vorgegeben ist, ausführt, dass auf Grund des bei Gesetzgebung des Parlaments in eigener Sache notwendigen strengen Prüfungsmaßstabs, der Gesetzgeber greifbare Anhaltspunkte dafür darlegen müsse, dass es zumindest sehr wahrscheinlich sei, dass die Einführung der Ersatzstimme die Funktionsfähigkeit der Wahl, den Wählerwillen abzubilden, ernsthaft beeinträchtigt. Heußner erachtet die Einführung der Ersatzstimme als „verfassungsrechtliche Pflicht“ für das Saarland (Heußner, Die 5%-Sperrklausel: Nur mit Hilfsstimme! (Teil 2), LKRZ 2014, S. 52, 56 f.).

³⁷ LVerfG, Urteil v. 13. September 2013, LVerfG 7/12, Rn. 123.

³⁸ LVerfG, Urteil v. 13. September 2013, LVerfG 7/12, Rn. 124; ebenso Bayerischer Verfassungsgerichtshof, Entscheidung v. 10. Mai 2010, Vf. 49-III-09, Rn. 48 - juris; Saarländischer Verfassungsgerichtshof, Urteil v. 19. September 2011, Lv 4/11, Rn. 207 - juris.

³⁹ Bayerischer Verfassungsgerichtshof, Entscheidung v. 23. Oktober 2014, Vf. 20-III-14, Rn. 51 und Entscheidung v. 10. Mai 2010, Vf. 49-III-09, Rn. 48 ff. - juris; ebenfalls kritisch zur Erforderlichkeit der Ersatzstimme: Bull, Erfolgswertgleichheit, DVBl. 2014, S. 1213, 1216; a.A. Linck, Zur verfassungsnäheren Ausgestaltung der 5%-Sperrklausel, DÖV 1984, S. 884, 885 f; Ladeur, Ein systemimmanenter Vorschlag zur Änderung der Fünfprozentklausel, Demokratie und Recht 1980, S. 81 f.; Heußner, Die 5%-Sperrklausel: Nur mit Hilfsstimme! (Teil 1 und 2), LKRZ 2014, S. 7, 52; v. Arnim, Was aus dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur 5%-Klausel bei Europawahlen folgt, DÖV 2012, 224, 225.

Wahlprüfungsbeschwerde ebenfalls festgehalten, dass der Gesetzgeber auf Grund der verfassungskonformen Ausgestaltung der 5%-Sperrklausel im geltenden Bundeswahlgesetz nicht zur Einführung einer Ersatzstimme verpflichtet sei.⁴⁰ Der Bayerische Verfassungsgerichtshof führte ebenso aus, dass der Gesetzgeber nicht verpflichtet sei, Alternativlösungen zur 5%-Sperrklausel, wie etwa das Instrument der Ersatzstimme, einzuführen.⁴¹ Der Gerichtshof erläuterte, dass die Entscheidung des Gesetzgebers nur dann zu beanstanden sei, wenn sie dem in der Verfassung zum Ausdruck kommenden Willen des Verfassungsgebers zuwiderlaufe. Es sei hingegen nicht Aufgabe des Verfassungsgerichtshofs zu prüfen, ob eine bessere, zweckmäßigere, die Einhaltung bestimmter verfassungsrechtlicher Vorgaben in einem noch stärkeren Umfang garantierende Lösung möglich gewesen sei.⁴² So mögen zwar gesetzgeberische Alternativlösungen wie die Ersatzstimme denkbar sein, die den Grundsätzen der Wahlgleichheit und der Chancengleichheit der Parteien noch weitgehender Rechnung tragen würden als die derzeit geltende Regelung, ob diese Alternativlösungen vorzugswürdig wären, sei jedoch eine politische Frage, die der Verfassungsgerichtshof nicht zu entscheiden habe.⁴³

Aus den Einlassungen der Landesverfassungsgerichte lässt sich somit keine Schlussfolgerung darauf ableiten, ob sie die Einführung einer Ersatzstimme als verfassungsrechtlich zulässig erachten oder nicht.

3. Ergebnis

Nach alledem bleibt festzuhalten, dass sowohl für als auch gegen die verfassungsmäßige Zulässigkeit der Einführung einer Ersatzstimme gewichtige Stimmen in der Literatur streiten. In Ermangelung diesbezüglicher höchstrichterlicher Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts oder des Landesverfassungsgerichts kann die Frage nach der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Einführung einer Ersatzstimme vom Wissenschaftlichen Dienst jedoch nicht mit letzter Gewissheit beantwortet werden.

⁴⁰ BT-Drs. 18/1810, S. 10, darüber hinaus verwies der Wahlprüfungsausschuss auf die von Schreiber (vgl. die Ausführungen auf S. 3 f.) vorgebrachten Bedenken gegen die Ersatzstimme, da sie gegen den Grundsatz der Unmittelbarkeit der Wahl und das Demokratieprinzip verstoßen würde. Überdies hielt der Wahlprüfungsausschuss fest, dass die Gewährung einer Ersatzstimme keine verfassungspolitisch angezeigte Fortentwicklung des Wahlrechts darstelle.

⁴¹ Bayerischer Verfassungsgerichtshof, Entscheidung v. 23. Oktober 2014, Vf. 20-III-14, Rn. 51.

⁴² Bayerischer Verfassungsgerichtshof, Entscheidung v. 10. Mai 2010, Vf. 49-III-09, Rn. 49 - juris.

⁴³ Bayerischer Verfassungsgerichtshof, Entscheidung v. 10. Mai 2010, Vf. 49-III-09, Rn. 50 - juris.

Vor dem Hintergrund des gefundenen Ergebnisses wird zum zweiten Teil des Prüfauftrags, den gegebenenfalls erforderlichen Verfassungsänderungen, die die Einführung einer Ersatzstimme ermöglichen sollen, vom Wissenschaftlichen Dienst keine Stellung genommen. Es ist jedoch anzumerken, dass für die Einführung der Ersatzstimme gegebenenfalls eine Änderung des Grundgesetzes erforderlich wäre. Wird nämlich der Ansicht gefolgt, dass die Ersatzstimme gegen den Grundsatz der Unmittelbarkeit und bzw. oder die Gleichheit der Wahlen verstoße, müssten diese Grundsätze näher ausgestaltet bzw. geöffnet werden. Da die Wahlrechtsgrundsätze aus Art. 38 Abs. 1 GG nach Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG auch für die Wahlen in den Ländern gelten, wäre eine Änderung der Landesverfassung zur Einführung der Ersatzstimme nicht ausreichend.

Für Rückfragen stehen wir Ihnen selbstverständlich gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen
Für den Wissenschaftlichen Dienst

gez. Farina Busch