



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

Schleswig-Holsteinischer Landtag
Umdruck 19/226

27. Oktober 2017

Schriftliche Anhörung zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Verfassung des Landes Schleswig-Holstein - Stellungnahme zur Drucksache 19/79

Sehr geehrte Damen und Herren,

im Rahmen der Anhörung des Innen- und Rechtsausschusses des Schleswig-Holsteinischen Landtags nehme ich hiermit wie erbeten Stellung zum o.g. Gesetzentwurf.

I. Rechtliche Beurteilung

(1) Neue Sperrklausel vs. alte Sperrklausel

Das Bundesverfassungsgericht hat mit Urteil vom 13. Februar 2008 (2 BvK 1/07) klargestellt, dass nur die mit einiger Wahrscheinlichkeit zu erwartende Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der kommunalen Vertretungsorgane eine Sperrklausel rechtfertigen könne. Die Analyse des Gerichts, die zu diesem Urteil geführt hatte, bezog sich dabei nicht etwa auf eine abstrakte Situation oder auf die Lage in einem fremden Bundesland, sondern explizit auf die Situation im Land Schleswig-Holstein.

Durch die höchstrichterlich bereits einmal entschiedene Rechtsfrage entsteht folglich ein Rechtfertigungsdruck für jeden Versuch, die als verfassungswidrig eingestufte kommunale Sperrklausel auf diesem oder einem anderen Wege wieder einzuführen. Zwar ist es nicht so, dass ein solcher Versuch bereits von vornherein an einer sogenannten "Bindungswirkung" scheitern müsste, welche die erneute Einführung einer kommunalen Sperrklausel als verbotene Normwiederholung von vornherein ausschließe (vgl. das BVerfG-Urteil zur 3-Prozent-Sperrklausel vom 26.02.2014, 2 BvE 2/13, RZ 38); dennoch sind die Hürden, die bei einer erneuten Einführung von Sperrklauseln überwunden werden müssten, sehr hoch.

Der Landesgesetzgeber hätte insbesondere nachzuweisen, dass sich seit dem Urteil von 2008 eine Änderung der tatsächlichen Verhältnisse ergeben hat. Dafür reicht nicht aus, lediglich auf eine "merkliche Zunahme von Einzelvertreter(innen)" hinzuweisen, ohne genauere, landesweite Statistiken zu präsentieren. Es reicht auch nicht aus, vorzurechnen, wie sich die Zahl unterschiedlicher Fraktionen in den kommunalen

Parlamenten verändert hat, ohne hierbei den Anteil herauszurechnen, der auf dem allgemeinen Trend einer Schwächung der großen Volksparteien und einer verstärkten Herausbildung kleiner partizipativer Einheiten entfällt. So hat sich z.B. ja auch im Deutschen Bundestag die Zahl der Fraktionen von 3 auf 6 innerhalb der letzten 35 Jahre verdoppelt, ohne dass diese Entwicklung dem Wegfall einer Sperrklausel angelastet werden könnte.

Die in der Antragsbegründung erwähnten verlängerten Sitzungszeiten bleiben bloße Behauptung; sie werden nicht durch empirische Zahlen untermauert, geschweige denn wird ein kausaler Zusammenhang zum Wirken bestimmter Parteigruppen nachgewiesen. Auch sind es ja nicht die kleinen Fraktionen und Einzelvertreter, von denen derzeit die größten Probleme bei der Bildung von kommunalen Koalitionsgemeinschaften ausgehen. Das größere Problem besteht darin, dass zum jetzigen Zeitpunkt (mindestens) eine der größeren Parteien von allen anderen Parteien als nicht-koalitionsfähig eingestuft wird und dass auch Teile jener Partei selbst jede Zusammenarbeit mit den etablierten Parteien ablehnen. An den Kommunalwahlen im Mai 2013 konnte die im April 2013 gegründete AfD noch nicht teilnehmen; der vorliegende Gesetzentwurf scheint aber die für 2018 absehbare Entwicklung schon zu antizipieren. Die erwähnte Ausgrenzung bzw. Selbstverweigerung einer mittelgroßen Partei wird zweifellos die Anbahnung arbeitsfähiger Parteienbündnisse zukünftig beeinträchtigen; gleichwohl haben wir es hier im historischen Kontext auch nur mit einer Momentaufnahme zu tun. Es scheint schwierig, die weitere Entwicklung aufgrund hinreichend belastbarer tatsächlicher Anhaltspunkte verlässlich zu prognostizieren. Genau dies fordert aber das Bundesverfassungsgericht von einem Gesetzgeber, der eine Sperrklausel erneut einführen möchte (vgl. 2 BvE 2/13, Urteil zur 3-Prozent-Sperrklausel vom 26.02.2014, Leitsatz 2). Ist keine verlässliche Prognose möglich, darf aus der - evtl. ja nur vorübergehend problematischen - Situation keine Rechtfertigung für eine Änderung des wahlrechtlichen Rahmens gezogen werden.

Im schon zitierten Urteil von 2008 hat das Bundesverfassungsgericht konkret gefordert, dass der Gesetzgeber nicht nur die Wahrscheinlichkeit des Einzugs von Splitterparteien abzuschätzen habe, sondern auch die durch Splitterparteien künftig zu erwartenden Funktionsstörungen benennen muss und deren Gewicht für die Aufgabenerfüllung der kommunalen Vertretungsorgane anzugeben habe (BVerfGE 120, 82 [113]). Deshalb reicht es für die Begründung des Gesetzentwurfs nicht aus, lediglich auf *einzelne* Kommunen zu verweisen, in denen man eine beeinträchtigte Arbeitsfähigkeit festzustellen meint, ohne gleichzeitig zu erläutern, welche *grundlegenden*, d.h. systemischen Gründe hierfür verantwortlich sein könnten. Es wäre nötig, die behaupteten negativen Effekte auf die Funktionsfähigkeit *konkret* zu benennen und auch zu definieren, wo innerhalb des Kontinuums einer nachlassenden Funktionsfähigkeit die Grenze zur Funktionsunfähigkeit der Parlamente - oder zumindest zu einer untolerierbar geringen Funktionsfähigkeit - erreicht ist.

Schließlich hätte sich der Gesetzentwurf auch noch intensiver mit der Frage auseinandersetzen müssen, ob nicht doch alternative Instrumente existieren, um die aufgetretenen Probleme zu mildern. Zu prüfen wäre insbesondere gewesen, ob es Möglichkeiten zur Änderung der Geschäftsordnungen in den Räten und Kreistagen gibt, mit deren Hilfe eine größere Zeitdisziplin hergestellt werden könnte.

Zwischenfazit:

Der vorliegende Gesetzentwurf genügt nicht den Anforderungen an die Prognose- und Nachweispflichten des Gesetzgebers bei (Wieder-)Einführung einer Sperrklausel.

(2) Verfassungsänderung vs. einfachgesetzliche Regelung

Zu prüfen ist, inwieweit die Situation sich unter Umständen dadurch ändert, dass die Sperrklausel unmittelbar in die Verfassung aufgenommen wird, wie dies der vorliegende Gesetzentwurf anstrebt. Jedoch auch dort würden Sperrklauseln mit der verfassungsrechtlichen Vorgabe der Gleichheit der Wahl in Konflikt geraten, was die Frage nach einem möglicherweise "verfassungswidrigen Verfassungsrecht" aufwirft. Ein bewusst herbeigeführter verfassungsinterner Konflikt wäre sogar um so heikler, weil er sich nicht durch einfache Landtagsmehrheiten wieder rückgängig machen ließe. Aufgrund der geringen Fehlertoleranz sollten deshalb nur solche Regelungen in die Verfassung aufgenommen werden, die von überragender Bedeutung für das Gemeinwesen sind und deren Beurteilung auch keinen Schwankungen aufgrund wechselnder politischer Mehrheitsverhältnisse unterworfen ist.

Derzeit ist unter Verfassungsrechtlern noch umstritten, unter welchen Bedingungen ein "verfassungswidriges Verfassungsrecht" auftritt. Hierzu wäre wohl erforderlich, dass einzelnen Verfassungszielen ein inhärent höherer Rang zuerkannt wird als anderen Verfassungszielen. Die Gleichheit der Wahl würde hiernach zu den zentralen Zielen der Verfassung zählen, weil sie ein Ausfluss des Demokratie-Prinzips ist, welches wiederum zum Kern der Verfassungsidentität gehört und von der "Ewigkeitsgarantie" des Artikel 79 Abs. 3 Grundgesetz abgedeckt ist. Doch auch das Ziel der Sicherstellung der Funktionsfähigkeit von Parlament und Regierung könnte dies für sich in Anspruch nehmen.

Es wären aber nicht nur die untereinander konkurrierenden Normen innerhalb der Landesverfassung, die der im Gesetzentwurf entwickelten Lösung entgegenstehen; vor allem sind es die Vorgaben des Grundgesetzes. Insbesondere durch Art. 28 GG sind die Landesverfassungsgeber in ihren gesetzgeberischen Möglichkeiten gebunden. Absatz 1 Satz 2 dieser Norm legt eindeutig fest, dass die Volksvertretungen in den Ländern, Kreisen und Gemeinden aus allgemeinen, unmittelbaren, freien, **gleichen** und geheimen Wahlen hervorgegangen sein müssen. Das Bundesverfassungsgericht hat die Gleichheit der Wahl dabei stets streng formal als Erfolgswertgleichheit der Stimmen ausgelegt (vgl. BVerfGE 120, 82 [102 f.]). Bezüglich detaillierterer Ausführungen zu Art. 28 GG sei auf die Stellungnahmen der Professoren Hinnerk Wißmann (LT-NRW-Drs. 16/3313) und Janbernd Oebbecke (16/3334) verwiesen bezüglich des Gesetzentwurfs aus Nordrhein-Westfalen, wo ja eine kommunale Sperrklausel bereits in die Verfassung aufgenommen wurde (LT-NRW-Drs. 16/9795); das Urteil des Verfassungsgerichtshofs NRW hierzu wird für den 21. November 2017 erwartet.

Zwischenfazit:

Der vorliegende Gesetzentwurf widerspricht dem Grundgesetz (Art. 28 Abs. 1 Satz 2).

(3) Unkompensierte vs. kompensierte Sperrklauseln

Auch wenn in der Rechtsprechung und der verfassungsrechtlichen Literatur derzeit noch die Ansicht vorherrscht, dass Sperrklauseln *notwendigerweise* die Gleichheit der Wahl einschränken, so ist dieser Konflikt in Wirklichkeit nicht unausweichlich. Es existieren vielmehr Sperrklauselsysteme, die die Gleichheit der Wahl gewährleisten. Derartige Lösungen werden als "kompensierte Sperrklauseln" bezeichnet. Die bekannteste Variante ist die Ersatzstimme, wo die Wähler für den Fall, dass ihre Lieb-

lingspartei unterhalb des Sperrquorums bleibt, ihre Stimme an eine andere Partei übertragen können. Ein ganz ähnliches Instrument ist die Dualwahl bzw. "2in1-Wahl". Dieses Wahlsystem basiert auf der Vorstellung, dass ein Hauptwahlgang und ein Stichwahlgang in einer einzigen Stimmabgabe zusammengefasst werden. Der Hauptwahlgang dient dazu, zu ermitteln, welche Parteien eine Unterstützung von mindestens x Prozent der Wählerschaft haben. Nur diese Parteien qualifizieren sich für die Teilnahme am Stichwahlgang, durch den die Sitzverteilung im Parlament festgelegt wird.

Die Stimmzettel bei der "2in1-Wahl" können ihr gewohntes Aussehen nahezu unverändert behalten; lediglich die erklärenden Hinweise im Kopf des Dokuments wären anzupassen. Die Wähler kennzeichnen ihre Lieblingsparteien bzw. -kandidaten mit der Ziffer '1', alternativ auch mit dem bekannten Kreuz. Des Weiteren können sie zusätzliche Parteien bzw. Kandidaten mit aufsteigenden Ziffern ('2', '3' usw.) in der Rangfolge ihrer Präferenzen kennzeichnen. Bei der Auszählung des Hauptwahlgangs werden ausschließlich die Erstpräferenzen der Wähler (also '1' bzw. 'X') ausgewertet und danach ermittelt, welche Parteien im Stichwahlgang vertreten sind.

Dieselben Stimmzettel werden dann nochmals für die Auszählung des Stichwahlgangs herangezogen. Die Stimme zählt dort für die Partei bzw. den Kandidaten mit der höchsten Präferenz (d.h. dem niedrigsten Zahlenwert) auf dem Stimmzettel, wobei Präferenzen für (Kandidaten von) Parteien, die nicht mehr im Stichwahlgang vertreten sind, unbeachtet bleiben. In beiden Wahlgängen kommt jeder abgegebenen Stimme ein uneingeschränkter Erfolgswert zu, denn im Hauptwahlgang fließt in die Ermittlung, welche Parteien die Qualifikation für den Stichwahlgang geschafft haben, jede Stimme mit genau dem gleichen Gewicht ein. Und auch im Stichwahlgang kann jede abgegebene Stimme ihren vollen Erfolgswert entfalten, weil alle dort zur Wahl stehenden Parteien per Definition im Parlament vertreten sein werden. Auf diese Weise werden die scheinbar widersprüchlichen Verfassungsziele "Wahlgleichheit" und "Schutz vor Zersplitterung" miteinander ausgesöhnt.

Noch hat die Rechtsprechung leider nicht erkannt, welche Rolle den kompensierten Sperrklauseln zukünftig zukommen kann bzw. zukommen *muss*. Insbesondere das Urteil 2 BvC 46/14 des Bundesverfassungsgerichts vom 19.09.2017, welches sich erstmals inhaltlich mit dem Instrument der Ersatzstimme auseinandersetzt, kann hier noch kein Maßstab sein, weil es die Geeignetheit der Ersatzstimme als Milderer Mittel an einem sachfremden und damit letztlich nicht relevanten Merkmal misst.

Im vorliegenden Fall wäre noch zu beachten, dass sich die Ersatzstimme bzw. Dualwahl nicht ohne Weiteres auf ein Wahlsystem übertragen lässt, wo die Wähler in einem Wahlgang mehrere gleichwertige Stimmen abgeben können. Laut den §§ 8 und 9 des schleswig-holsteinischen Gemeinde- und Kreiswahlgesetzes (GKWG) hat jede wahlberechtigte Person so viele Stimmen, wie unmittelbare Vertreterinnen und Vertreter im Wahlkreis zu wählen sind. De facto sind das zwischen 1 Stimme in den Einmandats-Wahlkreisen (die in allen Gemeinden mit mehr als 10.000 Einwohnern eingerichtet werden müssen) bis maximal 7 Stimmen in Gemeinden mit einer Einwohnerzahl zwischen 1.251 bis 2.500. Da in allen Gemeinden mit bis zu 10.000 Einwohnern ein Verteilen der Mehrfach-Stimmen auf Kandidaten unterschiedlicher Parteien ("Panaschieren") erlaubt ist, würde die Anreicherung eines solchen Systems mit einer Ersatzstimme/Dualstimme in der Praxis zu einer derart hohen Komplexität führen, dass eine solche Maßnahme nicht mehr als vernünftig und praktikabel erscheint.

Wenn eines Tages höchsttrichterlich festgestellt werden sollte, dass eine Sperrklausel nur mit Zusatzregelungen zulässig ist, welche die Gleichheit der Wahl garantieren, würde im Falle einer in der Verfassung festgeschriebenen Sperrklausel der Landesgesetzgeber also gezwungen sein, das bestehende Kommunalwahlrecht entsprechend anzupassen und für Gemeinden mit bis zu 10.000 Einwohnern die Möglichkeit von Mehrfachstimmen abzuschaffen. Die andere theoretische Möglichkeit, die Option der Ersatzstimme/Dualwahl nur in den größeren Gemeinden einzuführen, würde vermutlich gegen den Gleichheitsgrundsatz verstoßen. Zwar würden künstliche Sperrklauseln überhaupt nur in großen Gemeinden zu einem Problem, weil in den kleineren Gemeinden bereits die sogenannten "natürlichen Sperrklauseln" wirksam sind. Die Frage ist jedoch, ob nicht *jede* Form einer unkompensierten Sperrklausel (egal ob künstlich oder natürlich) problematisch ist und die positiven Wirkungen einer Ersatzstimme/Dualstimme nicht allen Gemeinden gleichermaßen zugute kommen müssten.

Zwischenfazit:

Der vorliegende Gesetzentwurf versäumt es, die Sperrklausel mit einem geeigneten Kompensationsmechanismus zu versehen und damit ihre latente Verfassungswidrigkeit zu heilen. Mittelfristig könnte der Landesgesetzgeber deshalb durch Gerichte gezwungen werden, das schleswig-holsteinische Kommunalwahlrecht zu ändern.

II. Politische Beurteilung

(1) Renaissance der Sperrklauseln?

Es ist psychologisch und verhandlungstaktisch ein Unterschied, ob man eine bestehende Sperrklausel verteidigen oder eine neue Sperrklausel (wieder) einführen will. Solange das Bundesverfassungsgericht keinen Zweifel daran ließ, dass Sperrklauseln aller Ebenen ihren demokratischen Sinn hätten und verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden seien, galt ein Eintreten für den Status quo in der Öffentlichkeit nicht als ehrenrührig. Doch seit das oberste deutsche Gericht hier seine Meinung geändert hat und einen Verstoß bestimmter Sperrklauseln gegen das Demokratie-Prinzip diagnostizierte, werden Sperrklausel-Diskussionen zunehmend vor einem machtpolitischen Hintergrund analysiert. Unerheblich ist dabei, mit welcher Begründung neue Sperrklauseln gefordert werden - der normale Bürger vermutet hier automatisch einen Versuch der betreffenden Parteien, sich ihre Pfründe zu sichern.

Viele Bürger machen den etablierten Parteien den Vorwurf, sich mittels einer "Wagenburg-Strategie" vor unliebsamer Konkurrenz schützen zu wollen. Diese Beobachtungen führen zu wachsender Politikverdrossenheit und sind einer der Gründe, warum sich die Ergebnisse mancher ehemaligen Volkspartei im freien Fall befinden. Es ist also sehr genau abzuwägen, ob das Signal, welches durch den Wunsch nach einer neuen Sperrklausel an die Außenwelt gesendet wird, letztlich nicht einen größeren Schaden anrichten kann, als es eine Handvoll querulatorischer Einzelvertreter in bestimmten Stadträten oder Kreistagen jemals könnte. Und immer sollte man im Hinterkopf behalten, dass es bei der kommunalpolitischen Arbeit um den "Kontext der bürgerschaftlichen Selbstverwaltung [geht], die keinesfalls ausschließlich auf 'Regierungsbildung' und arrivierte Parteien ausgerichtet ist". (Wißmann, a.a.O. S. 4).

Zwischenfazit:

Der vorliegende Gesetzentwurf wird von weiten Teilen der Bevölkerung als Reflex der etablierten Parteien gelesen werden, sich durch wahlrechtliche Regelungen lästige politische Konkurrenz vom Hals zu schaffen. Auf das anvisierte Ziel einer Erleichterung kommunalparlamentarischer Arbeit könnte sich das kontraproduktiv auswirken.

(2) Zeit für ein modernes Wahlrecht?

Wie oben in Abschnitt I.3 gezeigt wurde, wäre es sehr naheliegend und auch sinnvoll gewesen, im Zusammenhang mit der Sperrklausel generelle Verbesserungen des Wahlrechts zu diskutieren, Denn egal ob man die Einführung einer Ersatzstimme bzw. Dualwahl aus *rechtlichen* Gründen als verpflichtend ansieht oder nicht - *politisch* wäre dies auf jeden Fall ein Gewinn. Die Gründe hierfür habe ich dem Innen- und Rechtsausschuss schon mehrfach in früheren Anhörungen dargelegt (vgl. Umdruck 18/2259 vom 7. Januar 2014 oder Umdruck 18/5454 vom 14. Januar 2016); sie umfassen unter anderem die folgenden Vorteile der Ersatzstimme bzw. Dualstimme:

- Garantie, dass das politische Lager mit Stimmenmehrheit auch die Sitzmehrheit hat,
- weniger Anreize für Leihstimmen und andere Formen des taktischen Wählens,
- unverzerrte Wahlergebnisse und
- eine höhere Motivation zur Stimmabgabe und damit eine höhere Wahlbeteiligung.

Zwei weitere Vorteile für die Demokratie sollen an dieser Stelle besonders hervorgehoben werden. Zum einen werden die Bindungen zwischen den großen etablierten Parteien und den bislang stiefmütterlich behandelten Anhängern von Kleinparteien durch die neuen wahlrechtlichen Instrumente gestärkt. Denn diese Wähler haben jetzt plötzlich etwas anzubieten, was für die großen Parteien interessant ist - nämlich ihre Stimme für den Stichwahlgang. Für viele eingefleischte Kleinparteien-Anhänger dürfte es das erste Mal in ihrem Leben sein, dass sie sich überlegen müssen, welcher anderen Partei sie noch ihre Sympathie schenken wollen. In der Folge wird es für die großen Parteien interessant, um diese Zielgruppe intensiver zu werben. Damit treten die Kleinparteianhänger aus dem Schattendasein ihrer bisherigen Nichtbeachtung heraus und werden mit ihren politischen Wünschen und Forderungen erstmals wirklich wahrgenommen.

Zweitens wird am bestehenden Wahlrecht beklagt, dass es im Zweifel zu einer Zementierung bestehender Verhältnisse führt und bessere Interaktionen und Rückkopplungen zwischen den Parteien und ihren Wählern verhindert. Ein Beispiel: Die Transformation der AfD von einer Lucke-AfD in eine Petry-AfD und schließlich in eine Gauland-AfD vollzog sich auf der Basis parteiinterner Machtverschiebungen, während die Wähler und Sympathisanten der AfD keine Chance erhielten, eine Auswahl zwischen alternativen AfD-Varianten treffen zu können. Jede unkompensierte Sperrklausel übt Druck auf die Parteien aus, sich unter einer einheitlichen Mehrheitsmeinung wiederzufinden. Eine Abspaltung mit dem Ziel, die Wähler entscheiden zu lassen, welche Schwerpunktsetzung und welche politische Tonlage sie bevorzugen, zieht im jetzigen Wahlrecht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit den Sturz in die Bedeutungslosigkeit nach sich. Und weil eben jeder Politiker weiß, dass abweichendes Verhalten am Ende politischer Selbstmord wäre, wird im Zweifel immer nur die aktuelle Parteiführung gestärkt und das mögliche Korrektiv durch die Wähler ausgeschaltet.

Eine Ersatzstimme oder Dualwahl hingegen würde eine differenziertere politische Meinungsäußerung erlauben, mittels derer sich ggf. personelle oder themenbezogene Präferenzen und sogar Koalitionswünsche der Wähler abbilden ließen.

Zwischenfazit:

Der vorliegende Gesetzentwurf und seine Begründung sind rückwärtsgerichtet. Es wird die große Chance verpasst, eine dringend nötige Modernisierung des Wahlrechts einzuleiten.

III. Fazit

Aus den oben genannten Gründen ist der Gesetzesentwurf der SPD (Drucksache 19/79) nicht unterstützenswert.

27. Oktober 2017



Dr. Björn Benken