



Schriften des Hellmuth-Loening-Zentrums
für Staatswissenschaften Jena
Band 21

Torsten Oppelland (Hrsg.)

Das deutsche Wahlrecht im Spannungsfeld von demokratischer Legitimität und politischer Funktionalität



BWV · BERLINER WISSENSCHAFTS-VERLAG

Das deutsche Wahlrecht im Spannungsfeld
von demokratischer Legitimität und
politischer Funktionalität

Schriften des Hellmuth-Loening-Zentrums
für Staatswissenschaften e.V., Jena

Band 21

ISBN 978-3-8305-2958-3

Torsten Oppeland (Hrsg.)

Das deutsche Wahlrecht im Spannungsfeld von demokratischer Legitimität und politischer Funktionalität



BWV · BERLINER WISSENSCHAFTS-VERLAG

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8305-2958-3

© 2015 BWV • BERLINER WISSENSCHAFTS-VERLAG GmbH,
Markgrafenstraße 12–14, 10969 Berlin
E-Mail: bwv@bwv-verlag.de, Internet: <http://www.bwv-verlag.de>
Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen,
der photomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten.

Vorwort

Wahlrechtsfragen sind Machtfragen. In Mehrheitswahlssystemen kann der Zuschnitt der Wahlkreise das Wahlergebnis beeinflussen, in Verhältniswahlssystemen wie dem deutschen ist es eher die Umrechnung der Stimmen in Mandate, die einen Einfluss auf die Mehrheitsverhältnisse im Parlament haben kann. Dabei ist es durchaus problematisch, dass Politiker, über die Wahlgesetze entscheiden. Denn so sehr sie auch an übergeordnete Aspekte denken mögen wie beispielsweise die Fairness eines Wahlverfahrens oder dessen Beitrag zur Integration des Gemeinwesens, am Ende werden sie auch ihre persönlichen bzw. parteipolitischen Machtinteressen im Blick haben. In den USA beispielsweise entscheiden die Legislativen der Einzelstaaten über den Zuschnitt der Wahlkreise; wenn also eine Partei dort eine klare Mehrheit in beiden Häusern hat und den Gouverneur stellt, kann sie die Wahlkreise so zuschneiden, wie es für ihre Parteiinteressen am günstigsten ist. In Großbritannien versucht man durch die Institution der Royal Commissions die Wahlkreisaufteilung zu entpolitisieren. In Deutschland strebt man in der Regel an, Interessenkonflikte im Hinblick auf das Wahlrecht durch Konsenslösungen, denen alle im Bundestag vertretenen Parteien zustimmen können, zu lösen. Bei der letzten Reform ist das – mit der Ausnahme der Fraktion von Die Linke – nach mehreren Anläufen schließlich geglückt. Ansonsten ist der entscheidende überparteiliche Akteur das Bundesverfassungsgericht, auf dessen Wahlrechtsurteile von 2008 und von 2012 auch die letzte Reform des deutschen Wahlrechts von 2013 zurückging. Angesichts dieses engen Zusammenhangs von Recht und Politik ist das Wahlrecht insofern ein naheliegendes Thema für das Hellmuth-Loening-Zentrum für Staatswissenschaften e.V., bei dem der Dialog der verschiedenen staatswissenschaftlichen Disziplinen zum Programm gehört.

Dieser Band versammelt die Beiträge zu einer Tagung, die das Hellmuth-Loening-Zentrum für Staatswissenschaften in Kooperation mit der Thüringer Landeszentrale für politische Bildung im Mai 2014 durchgeführt hat. Dort ging es darum, das „neue Wahlrecht“ im Lichte des Bewährungstests, den die Bundestagswahl 2013 dafür darstellte, aus Sicht der jeweiligen Fachperspektive zu diskutieren. Wobei sich schnell zeigte,

dass diese Perspektiven gar nicht so weit auseinanderlagen und die Fachvertreter sehr wohl kommunikationsfähig waren. Der unterschiedlichen fachlichen Herkunft der Autoren entsprechend wurde in den Beiträgen an den jeweils in den Disziplinen üblichen Zitierweisen festgehalten und darauf verzichtet, diese für den ganzen Band zu vereinheitlichen.

Der Herausgeber dankt allen, die zum Gelingen der Tagung und des Bandes beigetragen haben, in erster Linie natürlich den Referenten bzw. Autoren. Herr Tim Niendorf, M.A., hat über seinen Anteil als Ko-Autor eines Beitrages hinaus die Drucklegung des Bandes in gewohnt kompetenter Weise bewerkstelligt, wofür ihm besonders zu danken ist.

Jena, im März 2015

Torsten Oppelland

Inhaltsverzeichnis

Hans-Jürgen Papier

Die Legitimität der Fünfprozentssperrklausel 9

Henner Jörg Boehl

Das neue Wahlrecht –

personalisierte Verhältniswahl reloaded 21

Florian Grotz

Der Mandatsausgleich im neuen Bundestagswahlssystem 65

Martin Morlok

Das Verhältnis von Erst- und Zweitstimme

aus juristischer Sicht 91

Eckhard Jesse

Das Zweistimmensystem in der Bundesrepublik

Deutschland – Funktionsweise, Kritik, Alternative 105

Tim Niendorf/ Torsten Oppelland

Zum Stellenwert der Persönlichkeitswahl im

deutschen Zweistimmen-Wahlssystem 125

DIE LEGITIMITÄT DER FÜNFPROZENTSPERRKLAUSEL

I. Umstrittenheit der Fünfprozentsperrklausel

Die Fünfprozentsperrklausel ist in Deutschland sowohl für die Bundestagswahl als auch für die Wahlen zu den Landtagen der Bundesländer seit Jahrzehnten fester und weitgehend akzeptierter Bestandteil des Wahlrechts. Gänzlich unangefochten ist die Sperrklausel indes nie gewesen. Immer wieder sind vor allem unter dem Aspekt der Wahlrechtsgleichheit sowie der Chancengleichheit der politischen Parteien verfassungsrechtliche Einwände vorgetragen worden, und zwar sowohl gegen eine Sperrklausel überhaupt als auch gegen die jetzige Höhe von fünf von Hundert der im Wahlgebiet abgegebenen (Zweit-)Stimmen.¹ Obwohl auch vom Bundesverfassungsgericht die Fünfprozentklausel für die nationalen Parlamentswahlen stets den verfassungsrechtlichen Segen erfahren hat,² sind doch in letzter Zeit Zweifel aufgekommen, ob dies auch künftig so bleiben wird. Der Grund dafür liegt vor allem in den beiden zum Gesetz über die Wahl der Abgeordneten des Europäischen Parlamentes aus der Bundesrepublik Deutschland ergangenen Entscheidungen vom 9. November 2011³ und vom 26. Februar 2014,⁴ in denen zunächst die Fünfprozentklausel und dann auch die neu eingefügte Dreiprozentklausel für unvereinbar mit dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Wahlrechtsgleichheit sowie der Chancengleichheit der politischen Parteien erklärt worden sind. Davon ist unmittelbar das Wahlrecht zu den nationalen Parlamenten zweifelsohne nicht betroffen, ist doch explizit auf die besondere Stellung

1 Siehe zur Kritik *H. Meyer*, Wahlgrundsätze, Wahlverfahren, Wahlprüfung, in: HStR III, 3. Aufl., 2005, § 46 Rn. 36 ff.

2 Vgl. BVerfGE 1, 208 (247 f.); 4, 31 (40); 6, 84 (92, 93 f.); 51, 222 (236); 82, 322 (338); 95, 408 (421 f.); 120, 82 (111); 129, 300 (321); 131, 316 (344).

3 BVerfGE 129, 300 ff.

4 2 BvE 2/13 u.a.; BVerfG, NVwZ 2014, S. 439 ff.

und die spezifische Funktion des Europäischen Parlamentes rekuriert worden. Gleichwohl ist die Frage nicht ganz abwegig, ob die deutsche verfassungsgerichtliche Judikatur hier nicht die verfassungsrechtlichen Maßstäbe und Anforderungen für eine zulässige Durchbrechung der Wahlrechtsgleichheit und der Chancengleichheit der politischen Parteien deutlich verschärft hat, was möglicherweise unweigerlich Konsequenzen für die Beurteilung der Sperrklauseln bei nationalen Parlamentswahlen in Deutschland haben könnte. Darauf wird noch zurückzukommen sein.

II. Verfassungsrechtliche Verankerung?

Die Unsicherheiten und Zweifel an der verfassungsrechtlichen Legitimität der Sperrklauseln beruhen darauf, dass sie jedenfalls auf Bundesebene nicht auf einer expliziten Grundlage im Grundgesetz, sondern auf einer bloßen verfassungsgerichtlichen Billigung einer einfach-gesetzlichen Normierung basiert (§ 6 Abs. 6 BWahlG). Das Grundgesetz ist schon in der Frage, nach welchem Wahlsystem der Deutsche Bundestag zu wählen ist, und welche Maßstäbe für das zugrunde zu legende Wahlsystem zu gelten haben, äußerst schweigsam. Nach welchem System, nach welchen Regeln die Volksvertretung zu wählen ist, dies ist eine der wichtigsten Fragen des Staatsrechts. Ich halte es für ein großes Manko, dass dieser bedeutende Teil des bundesdeutschen Staatsrechts nicht im formellen Verfassungsgesetz, also im Grundgesetz geregelt ist, sondern gemäß Art. 38 Abs. 3 GG sehr weitgehend dem einfachen Gesetzgeber überlassen wird.

Art. 38 Abs. 1 GG legt zwar wichtige Wahlrechtsgrundsätze fest: Die Abgeordneten des Deutschen Bundestages werden in allgemeiner, unmittelbarer, freier, gleicher und geheimer Wahl gewählt. Auch das Wahlalter für das aktive und passive Wahlrecht wird im Grundgesetz bestimmt (Art. 38 Abs. 2 GG). Aber alles andere wird der Regelung durch den einfachen Wahlrechtsgesetzgeber überantwortet, zum Beispiel auch die Frage, ob ein Mehrheits- oder ein Verhältniswahlrecht oder eine Mischform zwischen beiden Systemen gelten soll – sowie eben auch die Frage, ob und inwieweit bei einer Verhältniswahl Sperrklauseln vorgesehen werden dürfen oder gar müssen.

Diese Offenheit des Verfassungsgesetzgebers wird gerade in den letzten Jahren nicht mehr vorrangig vom einfachen Parlamentsgesetzgeber,

sondern durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts kompensatorisch geschlossen. Diese Rechtsprechung hat insbesondere den Grundsatz der Wahlrechtsgleichheit im Hinblick auf das vom einfachen Gesetzgeber eingeführte personalisierte Verhältniswahlrecht zum Anlass genommen, immer wieder die Entscheidungen des Gesetzgebers zu hinterfragen beziehungsweise zu korrigieren; zu erinnern ist hier nur an die Rechtsprechung zu den Überhangmandaten⁵ und zum so genannten negativen Stimmengewicht.⁶ Dies geschah vor dem Hintergrund, dass die Wahlrechtsgrundsätze des Art. 38 Abs. 1 GG ihrerseits durch eine relative Offenheit gekennzeichnet sind. So ist insbesondere die Wahlrechtsgleichheit, etwa im Hinblick auf den Erfolgswert der Stimmen, von ganz unterschiedlichem Gehalt je nach dem, ob der Gesetzgeber sich für die Verhältniswahl oder die Mehrheitswahl entscheidet.⁷

Man sollte mithin ernsthaft erwägen, jene eminent wichtigen und zentralen Fragen des materiellen Staatsrechts auch im formellen Verfassungsgesetz zu regeln, also insbesondere nach welchem Wahlsystem der deutsche Bundestag zu wählen und ob und inwieweit bei einer Grundentscheidung für das Verhältniswahlrecht eine Sperrklausel vorzusehen ist. So verfahren im Übrigen auch einige Landesverfassungen. Nach Art. 14 der Bayerischen Verfassung – um nur ein Beispiel zu erwähnen – wird der Landtag nach einem „verbesserten Verhältniswahlrecht“ gewählt und nach Art. 14 Abs. 4 der Bayerischen Verfassung erhalten Wahlvorschläge auf die im Land nicht mindestens fünf von Hundert der insgesamt abgegebenen gültigen Stimmen entfallen, keinen Sitz im Landtag zugeteilt. Eine ähnliche verfassungsrechtliche Absicherung der Fünfprozentklausel findet sich in der Landesverfassung von Thüringen (Art. 49 Abs. 2).

Eine solche ausdrückliche Regelung oder Klarstellung auch im Grundgesetz entspräche im Übrigen der politischen Bedeutung der Sperrklauselregelungen. Die Fünfprozentsperrklausel bei der Bundestagswahl gehört sicherlich zu den normativen Faktoren, die für die inzwischen über sechs Jahrzehnte währende Stabilität des politischen-parlamentarischen Systems der Bundesrepublik Deutschland verantwortlich sind, um die wir bisweilen weltweit beneidet werden.

5 Vgl. BVerfGE 131, 316 (357 ff.).

6 Siehe BVerfGE 121, 266 (298 ff.); 131, 316 (349 ff.).

7 Vgl. BVerfGE 131, 316 (337 f.), m.w.Nachw.

III. Wahlrechtsgleichheit

Bei vordergründiger Betrachtung scheinen die verfassungsrechtlichen Beurteilungsmaßstäbe für die Fünfprozentsperrklausel durch eine langjährige Judikatur des Bundesverfassungsgerichts geklärt. Maßgeblich ist zunächst der Grundsatz der Wahlrechtsgleichheit, der für die Wahlen zum Deutschen Bundestag unmittelbar aus Art. 38 Abs. 1 GG folgt, der aber auch für die Wahlen zu den Landtagen, für die Wahl der deutschen Abgeordneten des Europäischen Parlamentes, ja für Wahlen zu Volksvertretungen schlechthin, etwa auch für die Volksvertretungen auf kommunaler Ebene, Geltung beansprucht. Es handelt sich dabei um ein Gebot strenger formaler Wahlgleichheit, durch die das demokratiestaatliche Egalitätsprinzip verwirklicht wird. „Aus dem Grundsatz der Wahlgleichheit folgt für das Wahlgesetz, 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 Was allerdings speziell den Erfolgswert der Wählerstimmen anbelangt, differenziert auch das Bundesverfassungsgericht zwischen einem Verhältniswahlssystem und einem Mehrheitswahlssystem. Bei einer Verhältniswahl verlange der Grundsatz der Wahlrechtsgleichheit darüber hinaus, „dass jeder Wähler mit seiner Stimme auch den gleichen Einfluss auf die Zusammensetzung der zu wählenden Vertretung haben muss“. „Ziel des Verhältniswahlsystems ist es, dass alle Parteien in einem möglichst den Stimmenzahlen angenäherten Verhältnis in dem zu wählenden Organ vertreten sind. Zur Zählwertgleichheit tritt im Verhältniswahlrecht die Erfolgswertgleichheit hinzu“.⁹ Führt der Gesetzgeber hingegen ein Mehrheitswahlrecht ein, kann eine solche Gleichheit auch im Erfolgswert der Stimmen nicht verlangt werden. Das wird auch vom Bundesverfassungsgericht zweifelsohne zugestanden. Das Mehrheitswahlrecht ist geradezu dadurch gekennzeichnet, dass es von der Erfolgswertlosigkeit eines Großteils der Stimmen ausgeht.

⁸ Siehe BVerfGE 129, 300 (317 f.).

⁹ BVerfGE 120, 82 (103); 129, 300 (318); BVerfG, NVwZ 2014, S. 439 ff., Tz. 47.

IV. Chancengleichheit der politischen Parteien

Der weitere verfassungsrechtliche Maßstab ist der der Chancengleichheit der politischen Parteien. Er wird dem Art. 21 Abs. 1 sowie dem Art. 3 Abs. 1 GG entnommen, er gilt aber ebenso wie der Grundsatz der Wahlrechtsgleichheit nicht allein für die Wahlen zum Deutschen Bundestag, sondern für alle demokratischen Wahlen zu Volksvertretungen schlechthin. Es ist ferner völlig unstreitig, dass zwischen der Wahlrechtsgleichheit und der Chancengleichheit der politischen Parteien ein enger Zusammenhang besteht und dass die verfassungsrechtliche Rechtfertigung von Einschränkungen, wie sie insbesondere von Sperrklauselregelungen ausgehen, den gleichen Maßstäben folgt.¹⁰

V. Zulässigkeit von Differenzierungen

Es entspricht ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, dass beide Grundsätze, also der der Wahlrechtsgleichheit einerseits und der der Chancengleichheit der politischen Parteien andererseits nicht völlig einschränkungslos gelten. Aber schon im Hinblick auf die abstrakten Einschränkungs- und Differenzierungsmöglichkeiten des Gesetzgebers sind gewisse Unklarheiten festzustellen. So wird einerseits betont, dass aus dem strikt-formalen Charakter der erwähnten Verfassungsrechtsgrundsätze folge, „dass dem Gesetzgeber bei der Ordnung des Wahlrechts nur ein eng bemessener Spielraum für Differenzierungen“ verbleibe. Differenzierungen bedürften mithin zu ihrer Rechtfertigung stets eines „besonderen sachlich legitimierten, zwingenden Grundes“.¹¹ Auf der anderen Seite geht die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts aber davon aus, dass „zwingend“ im Sinne der eben dargestellten Judikatur nicht wirklich „zwingend“ meint. Es wird in allen einschlägigen Urteilen nämlich ausgeführt, dass die zwingenden Gründe nicht so zu verstehen seien, dass deren Durchsetzung verfassungsrechtlich geboten sei. Es

¹⁰ Vgl. BVerfGE 82, 322 (337 f.); 129, 300 (320), m.w.Nachw.; BVerfG, NVwZ 2014, S. 439 ff., Tz. 52.

¹¹ Siehe BVerfGE 6, 84 (92); 51, 222 (236); 95, 408 (418); 129, 300 (320).

reichten Gründe, die durch die Verfassung legitimiert und von einem Gewicht sind, das der Wahlgleichheit die Waage halten könne.¹² In Wirklichkeit geht es also nicht um zwingende, sondern um zureichende Gründe. Das ist doch wohl ein erheblicher Unterschied. Es macht sich letztlich in allen Entscheidungen bemerkbar, dass man in Bezug auf diese Maßstabsbildung keine endgültige Klarheit geschaffen hat.

Immerhin ist wiederum anerkannt, dass ein in diesem Sinne zureichender Grund für die Einführung einer Sperrklausel und die damit bewirkte Durchbrechung des Grundsatzes der Wahlrechtsgleichheit und der Chancengleichheit der politischen Parteien in der „Sicherung der Funktionsfähigkeit der zu wählenden Volksvertretung“ gesehen werden kann.¹³ Man verweist in diesem Zusammenhang auf das mit der Wahl verfolgte Ziel, nämlich den Charakter der Wahl als eines Integrationsvorgangs der politischen Willensbildung des Volkes zu sichern. Eine große Zahl kleiner Parteien und Wählervereinigungen in einer Volksvertretung könne zu ernsthaften Beeinträchtigungen der Handlungsfähigkeit der Volksvertretung führen. Die Wahlen hätten nicht allein das Ziel, überhaupt Volksvertretungen zu kreieren, sie sollen auch ein funktionsfähiges Vertretungsorgan des Volkes hervorbringen.

VI. Aktuelle rechtliche und tatsächliche Verhältnisse

Aber auch insoweit kann nur bei vordergründiger Betrachtung ein hinreichendes Maß an Rechtssicherheit und Rechtsklarheit in Bezug auf die Zulässigkeit einer Fünfprozentsperrklausel angenommen werden. Denn in diesem Zusammenhang erhalten die verfassungsgerichtlichen Feststellungen entscheidendes Gewicht, wonach für die verfassungsrechtliche Rechtfertigung von Sperrklauseln die jeweils aktuellen rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse maßgeblich sind. Was mit anderen Worten der Sicherung der Funktionsfähigkeit der zu wählenden Vertretung dient und was

¹² Vgl. BVerfGE 1, 208 (248); 6, 84 (92); 95, 408 (418); 120, 82 (107); 129, 300 (320); BVerfG, NVwZ 2014, S. 439 ff., Tz. 53.

¹³ Siehe BVerfGE 129, 300 (321) m.w.Nachw. aus der ständigen Rechtsprechung des BVerfG, u.a. BVerfGE 95, 408 (418); 120, 82 (111).

dafür erforderlich ist, bestimmt sich nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nach den konkreten Funktionen des zu wählenden Organs, wobei es maßgeblich auf die aktuellen, rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse ankommt. „Der Gesetzgeber hat sich bei seiner Einschätzung und Bewertung allerdings nicht an abstrakt konstruierten Fallgestaltungen, sondern an der politischen Wirklichkeit zu orientieren“.¹⁴ „Findet der Wahlgesetzgeber in diesem Sinne veränderte Umstände vor, so muss er ihnen Rechnung tragen“.¹⁵ Dies hat beispielsweise dazu geführt, dass das Bundesverfassungsgericht im Hinblick auf die Wahlen zu den kommunalen Vertretungskörperschaften¹⁶ eine Änderung des Kommunalrechts für maßgeblich erachtet hat, die darin bestand, dass in verschiedenen Bundesländern die kommunalen Vertretungen nicht mehr die Bürgermeister beziehungsweise die Landräte zu wählen hatten, diese vielmehr vom Volke gewählt werden. Das Gericht hat daraus einen Wegfall der Legitimität von Sperrklauseln bei den Wahlen zu den kommunalen Vertretungen abgeleitet. Diese Sperrklauseln seien nicht mehr erforderlich, weil die kommunalen Vertretungen nicht mehr wie die nationalen Parlamente in der Lage sein müssten, eine Exekutivspitze zu wählen, die überdies ständig vom Vertrauen der Mehrheit der Vertretung des Volkes getragen sein muss.

Im Hinblick auf die verfassungsrechtliche Rechtfertigung von Sperrklauseln trifft den Gesetzgeber also geradezu eine Beobachtungs- und gegebenenfalls eine Anpassungspflicht,¹⁷ was selbstverständlich nicht nur im Hinblick auf eine etwaige Abschaffung oder Abschwächung von Sperrklauseln, sondern auch im Hinblick auf ihre Einführung oder Wiedereinführung in modifizierter oder in alter Form gelten muss. Mit dieser Betrachtung ist zweifelsohne ein gewisses Maß an Rechtsunsicherheit und Rechtsunklarheit verbunden. Die Frage der Verfassungsmäßigkeit von Sperrklauselregelungen kann zum einen nicht für alle Volksvertretungen gleichermaßen beurteilt werden; dies zeigt sich schon ganz praktisch daran, dass nach dem gegenwärtigen Stand der Rechtsprechung die natio-

14 BVerfGE 95, 408 (418 f.); 120, 82 (107); 129, 300 (321).

15 BVerfGE 129, 300 (322).

16 Siehe BVerfGE 120, 82 (109 ff.).

17 Vgl. BVerfGE 120, 82 (108); 129, 300 (321 f.); BVerfG, NVwZ 2014, S. 439 ff., Tz. 57.