

FACHBEREICH
RECHTSWISSENSCHAFTEN
Institut für Kommunalrecht und
Verwaltungswissenschaft

Professor Dr. Jörn Ipsen
Niedersachsenprofessur

Universität Osnabrück
49069 Osnabrück
Tel.: (0541) 969-6169 / 6158
Telefax: (0541)969-6170
e-mail: instkr@uos.de

**Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Abschaffung der Fünf-Prozent-
Sperrklausel bei Landtagswahlen in Schleswig-Holstein**

– Gesetzentwurf der Fraktion der PIRATEN, Drucks. 18/385 –

Die Fraktion der PIRATEN im Schleswig-Holsteinischen Landtag hat am 30.11.2012 einen „Entwurf eines Gesetzes zur Abschaffung der Fünf-Prozent-Sperrklausel bei Landtagswahlen in Schleswig-Holstein“ (Drucks. 18/385) eingebracht. Hiernach soll § 3 Abs. 1 des Wahlgesetzes für den Landtag von Schleswig-Holstein (Landeswahlgesetz – LWahlG) vom 7. Oktober 1991 (GVBl. Schl.-H., S. 442), zuletzt geändert durch Gesetz vom 29. März 2011 (GVBl. Schl.-H., S. 96), wie folgt geändert werden:

„An dem Verhältnisausgleich nimmt jede Partei teil, für die eine Landesliste aufgestellt und zugelassen worden ist.“

§ 3 Abs. 2 LWahlG soll wie folgt gefasst werden:

„Von der Gesamtzahl der Abgeordneten (§ 1 Abs. 1 Satz 1) werden die Zahl der in den Wahlkreisen erfolgreichen Bewerberinnen und Bewerber einer Partei, für die keine Landesliste zugelassen ist, sowie die Zahl der in den Wahlkreisen erfolgreichen parteilosen Einzelbewerberinnen und Einzelbewerber (§ 24 Abs. 1) abgezogen.“

§ 3 Abs. 1 LWahlG gilt gegenwärtig in folgender Fassung:

„An dem Verhältnisausgleich nimmt jede Partei teil, für die eine Landesliste aufgestellt und zugelassen worden ist, sofern für sie in mindestens einem Wahlkreis eine Abgeordnete oder ein Abgeordneter gewählt worden ist oder sofern sie insgesamt

fünf v.H. der im Land abgegebenen gültigen Zweitstimmen erzielt hat. Diese Einschränkungen gelten nicht für Parteien der dänischen Minderheit.“

§ 3 Abs. 2 LWahlG lautet wie folgt:

„Von der Gesamtzahl der Abgeordneten (§ 1 Abs. 1 Satz 1) werden die Zahl der in den Wahlkreisen erfolgreichen Bewerberinnen und Bewerber einer Partei, für die keine Landesliste zugelassen oder die nicht nach Absatz 1 zu berücksichtigen ist, sowie die Zahl der in den Wahlkreisen erfolgreichen parteilosen Einzelbewerberinnen und Einzelbewerber (§ 24 Abs. 1) abgezogen.“

Der Innen- und Rechtsausschuss des Schleswig-Holsteinischen Landtags ist an den Unterzeichnenden mit der Bitte herangetreten, eine schriftliche Stellungnahme zu dem Gesetzentwurf abzugeben.

Sperrklauseln als Gegenstand der Landesverfassungen und Landeswahlgesetze

In **Baden-Württemberg** sieht die Landesverfassung in Art. 28 Abs. 3 Satz 2 vor, dass die Zuteilung von Sitzen davon abhängig gemacht werden kann, dass ein Mindestanteil der im Lande abgegebenen gültigen Stimmen erreicht wird. Der geforderte Anteil darf fünf vom Hundert nicht überschreiten (Art. 28 Abs. 3 Satz 3 BaWüVerf.) Nach § 2 Abs. 1 Satz 2 des Landeswahlgesetzes werden Parteien, die weniger als 5 Prozent der im Land abgegebenen gültigen Stimmen erreicht haben beim Verhältnisausgleich nicht berücksichtigt.

In **Bayern** wird durch Art. 14 Abs. 4 der Landesverfassung bestimmt, dass Wahlvorschläge, auf die im Land nicht mindestens fünf vom Hundert der insgesamt abgegebenen gültigen Stimmen entfallen, keinen Sitz im Landtag erhalten. Entsprechend ist in § 42 Abs. 4 Satz 1 des Landeswahlgesetzes geregelt, dass Wahlvorschläge, auf die im Land nicht mindestens fünf v.H. der insgesamt abgegebenen gültigen Stimmen entfallen, keinen Sitz zugeteilt erhalten.

Art. 39 Nr. 2 der Landesverfassung **Berlins** bestimmt, dass Parteien, für die im Gebiet von Berlin insgesamt weniger als fünf vom Hundert der Stimmen abgegeben werden, keine Sitze erhalten, es sei denn, dass ein Bewerber der Partei einen Sitz in einem Wahlkreis errungen hat. Entsprechend bestimmt § 18 des Landeswahlgesetzes, dass Parteien, die im Wahlgebiet weniger als fünf vom Hundert der abgegebenen Zweitstimmen erhalten haben, bei Berechnung und Zuteilung der Sitze nicht berücksichtigt werden.

Die Verfassung **Brandenburgs** enthält keine Bestimmung über die Sperrklausel. In § 3 Abs. 1 des Wahlgesetzes ist bestimmt, dass bei der Verteilung der Sitze auf die Landeslisten nur Parteien berücksichtigt werden, die mindestens fünf vom Hundert der im Wahlgebiet

abgegebenen gültigen Zweitstimmen erhalten oder mindestens in einem Wahlkreis einen Sitz errungen haben.

Art. 75 der Landesverfassung **Bremens** bestimmt, dass auf Wahlvorschläge, auf die weniger als fünf vom Hundert der Stimmen im Wahlbereich Bremen bzw. im Wahlbereich Bremerhaven abgegeben werden, keine Sitze entfallen. Eine entsprechende Regelung enthält § 7 Abs. 7 des Landeswahlgesetzes.

§ 5 Abs. 2 des Landeswahlgesetzes **Hamburg** bestimmt, dass bei der Verteilung der nach Landeslisten zu vergebenden Sitze nur Landeslisten berücksichtigt werden, die mindestens fünf vom Hundert der insgesamt abgegebenen gültigen Gesamtstimmen erhalten haben.

Art. 75 Abs. 3 Satz 2 der Landesverfassung **Hessens** bestimmt, dass die Mindestzahl von Stimmen zur Vertretung von Wählergruppen im Landtag nicht höher als fünf vom Hundert der abgegebenen gültigen Stimmen sein darf. § 10 Abs. 1 des Landeswahlgesetzes bestimmt, dass bei der Verteilung der Sitze auf die Landeslisten nur Parteien und Wählergruppen berücksichtigt werden, die mindestens fünf vom Hundert der abgegebenen gültigen Landesstimmen erhalten haben.

§ 58 Abs. 1 des Landeswahlgesetzes **Mecklenburg-Vorpommerns** bestimmt, dass bei der Verteilung der Landtagssitze auf die Landeslisten nur Parteien berücksichtigt werden, die mindestens fünf Prozent der abgegebenen gültigen Stimmen erhalten haben.

Art. 8 Abs. 3 der Landesverfassung **Niedersachsens** bestimmt, dass Wahlvorschläge, für die weniger als fünf vom Hundert der Stimmen abgegeben werden, keine Mandate erhalten. Entsprechend bestimmt § 33 Abs. 3 des Landeswahlgesetzes, dass bei der Verteilung der Sitze auf die Landeswahlvorschläge nur Parteien berücksichtigt werden, die mindestens 5 vom Hundert der im Land abgegebenen gültigen Zweitstimmen erhalten haben.

§ 33 Abs. 2 des Landeswahlgesetzes **Nordrhein-Westfalens** bestimmt, dass der Landeswahlausschuss feststellt, welche Parteien weniger als 5 vom Hundert der Gesamtzahl der Zweitstimmen erhalten haben (Satz 2). Diese Parteien bleiben bei der Sitzverteilung unberücksichtigt (Satz 3).

Nach Art. 80 Abs. 4 Satz 2 der Landesverfassung **Rheinland-Pfalz** kann das Wahlgesetz bestimmen, dass Landtagssitze nur solchen Wahlvorschlägen zugeteilt werden, die mindestens 5 vom Hundert der im Lande abgegebenen gültigen Stimmen erreicht haben. Eine entsprechende Regelung enthält § 29 Abs. 1 Satz 2 des Landeswahlgesetzes.

§ 38 Abs. 1 des Landeswahlgesetzes des **Saarlandes** bestimmt, dass bei der Verteilung der Sitze nur die Wahlvorschläge berücksichtigt werden, die mindestens fünf vom Hundert der im Wahlgebiet abgegebenen gültigen Stimmen erhalten haben.

Nach § 38 Abs. 1 des Landeswahlgesetzes **Sachsens** werden bei der Verteilung der Sitze nur die Wahlvorschläge berücksichtigt, die mindestens fünf vom Hundert der im Wahlgebiet abgegebenen gültigen Stimmen erhalten haben.

Nach § 35 Abs. 3 des Landeswahlgesetzes **Sachsen-Anhalts** werden bei der Verteilung der Sitze auf die Landeswahlvorschläge nur Parteien berücksichtigt, die mindestens fünf v.H. der im Lande abgegebenen gültigen Parteienstimmen erhalten haben.

Art. 49 Abs. 2 der Landesverfassung **Thüringens** legt fest, dass für die Zuteilung von Landtagssitzen ein Mindestanteil von fünf vom Hundert der im Land für alle Wahlvorschlagslisten abgegebenen gültigen Stimmen erforderlich ist. Eine entsprechende Bestimmung enthält § 5 Abs. 1 des Landeswahlgesetzes.

Die Landesverfassungen und Landeswahlgesetze lassen sich hinsichtlich der Sperrklauseln folglich in drei Gruppen einteilen. Zur ersten Gruppe gehören die Länder, deren Verfassungen Sperrklauseln *festlegen* (Bayern, Berlin, Brandenburg, Bremen, Niedersachsen, Thüringen). Zur zweiten Gruppe gehören die Bundesländer, deren Verfassungen den Wahlgesetzgeber zu einer – gegebenenfalls der Höhe nach begrenzten – Einführung einer Sperrklausel *ermächtigen* (Baden-Württemberg, Hessen, Rheinland-Pfalz). Die dritte Gruppe bilden die Länder, deren Verfassungen *keine Bestimmungen* über Sperrklauseln enthalten (Hamburg, Mecklenburg-Vorpommern, Nordrhein-Westfalen, Saarland, Sachsen, Sachsen-Anhalt und **Schleswig-Holstein**).

Aus der Zugehörigkeit der Bundesländer zur ersten Gruppe, deren Verfassungen **obligatorische Sperrklauseln** bestimmen, folgt gleichzeitig, dass deren Verfassungsmäßigkeit nicht in Frage gestellt werden kann. Anderenfalls würde die Verfassung mit sich selbst in Widerspruch stehen.

Die Zugehörigkeit einer Landesverfassung zur zweiten Gruppe, die durch fakultative Sperrklauseln gekennzeichnet ist, bedeutet ebenfalls eine Vorentscheidung des Verfassungsgebers. Auch wenn die **fakultativen Sperrklauseln** der Höhe nach begrenzt sind (Baden-Württemberg, Hessen) ist die verfassungsrechtliche Frage ebenfalls vom Verfassungsgeber vorentschieden. Wenn nämlich die Verfassung eine Höchstgrenze für Sperrklauseln angibt, so ist hiermit gleichzeitig die Ermächtigung an den Gesetzgeber verbunden, Sperrklauseln bis zu dieser Grenze zu bestimmen.

Eine verfassungsrechtliche Fragestellung kann sich folglich nur bei den Landeswahlgesetzen ergeben, die eine Sperrklausel vorsehen, ohne dass diese – entweder obligatorisch oder fakultativ – durch die Verfassung vorgesehen ist. Hierzu gehört das Land Schleswig-Holstein, sodass sich hier die Frage stellt, ob die in § 3 Abs. 1 des Landeswahlgesetzes bestimmte Sperrklausel verfassungsmäßig ist. Sollte dies der Fall sein, stellt sich die weitere Frage, ob die Streichung der Sperrklausel – wie im Gesetzentwurf vorgesehen – ebenfalls verfassungsmäßig wäre. Sollte die zweite Frage bejaht werden, würde sich die weitere Frage anschließen, welche verfassungspolitischen Gründe für die Beibehaltung bzw. die Abschaffung der geltenden Sperrklausel sprechen.

Nach Art. 3 Abs. 1 der Verfassung des Landes Schleswig-Holstein (SchlHVerf) sind die Wahlen zu den Volksvertretungen im Lande, in den Gemeinden und Gemeindeverbänden und die Abstimmungen **allgemein, unmittelbar, frei, gleich** und **geheim**. Art. 3 Abs. 1 SchlHVerf übernimmt damit die Wahlrechtsgrundsätze des Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG. Die Landesverfassung genügt damit zugleich Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG, demzufolge in den Ländern, Kreisen und Gemeinden das Volk eine Vertretung haben muss, die aus allgemeinen, unmittelbaren, freien, gleichen und geheimen Wahlen hervorgegangen ist.

Wahlrechtliche Sperrklauseln sind am Grundsatz der *Wahlrechtsgleichheit* zu messen. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist der Grundsatz im Sinne einer strengen und formalen Gleichheit zu verstehen.

So BVerfGE 51, 222 (234); 78, 350 (357 f.); 99, 69 (77 f.); 124, 1 (18).

Bei der Ordnung des Wahlrechts bleibt dem Gesetzgeber deshalb nur ein eng bemessener Spielraum für Differenzierungen, die stets eines zwingenden Grundes bedürfen.

So BVerfGE 82, 322 (338); 95, 408 (418); 120, 82 (107); 121, 266 (297); 124, 1 (19).

Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner früheren Rechtsprechung zwischen dem „Zählwert“ und dem „Erfolgswert“ der abgegebenen Stimmen unterschieden und beide Varianten als durch die Wahlrechtsgleichheit gewährleistet angesehen.

Vgl. BVerfGE 51, 222 (236); 85, 148 (157 f.); 95, 408 (417).

Einen gleichen „Erfolgswert“ vermag ein Wahlsystem jedoch nicht zu garantieren. Bei der Mehrheitswahl erlangen die für den unterlegenen Kandidaten abgegebenen Stimmen überhaupt keine Bedeutung, sodass ihnen deshalb kein „Erfolgswert“ zukommt. Sofern Sperrklauseln – in welcher Höhe auch immer – eingeführt werden, fehlt den Stimmen, die für

die unter die Sperrklausel fallenden Wahlvorschläge abgegeben werden, ebenfalls der *Erfolgswert*.

Der Grundsatz der Wahlrechtsgleichheit kann deshalb neben dem gleichen „Zählwert“ der Stimmen nur eine gleiche *Erfolgschance* gewährleisten.

So auch BVerfGE 95, 335 (363): „Es wahrt gerade die Gleichheit der Erfolgchancen aller Stimmen“.

Allerdings ist die Wahlrechtsgleichheit auch im Hinblick auf gleiche Erfolgchancen streng formal auszulegen, mit anderen Worten bedürfen Durchbrechungen des Gebots gleicher Erfolgchancen eines zwingenden Grundes.

So BVerfGE 82, 322 (338); 95, 408 (418); 120, 82 (107); 121, 266 (297); 124, 1 (19).

Die Sperrklausel des § 6 Abs. 3 Satz 1 BWahlG, die seit dem Wahlgesetz zum 2. Bundestag und zur Bundesversammlung vom 8. Juli 1953 (BGBl. I S. 470) unverändert gilt, hat das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung damit gerechtfertigt, dass Parlamentswahlen (auch) die Regierungsbildung ermöglichen sollen und die Bekämpfung von Splitterparteien deshalb ein legitimes Ziel sei.

So BVerfGE 6, 84 (92 f.); 82, 322 (338); 95, 408 (419, 421 f.).

Im 1. Deutschen Bundestag waren neben der CDU/CSU (139 Sitze), der SPD (131 Sitze) und der FDP/DVP (52 Sitze) die KPD (15 Sitze), die Bayern-Partei (17 Sitze), die Deutsche Partei (17 Sitze), die Zentrumspartei (10 Sitze), die Wirtschaftliche Aufbau-Vereinigung (12 Sitze), die Deutsche Konservative Partei/Deutsche Reichspartei (5 Sitze) und der Südschleswische Wählerverband (1 Sitz) vertreten. Die erheblichen Schwierigkeiten bei der Regierungsbildung ergaben sich nicht zuletzt daraus, dass die im Bundestag vertretenen Parteien sich programmatisch grundlegend unterschieden, die freiheitliche demokratische Grundordnung teilweise bekämpften und schon deshalb für eine Regierungsbildung nicht in Betracht kamen. Die aus CDU/CSU, FDP und DP gebildete Koalition verfügte deshalb nur über die knappe Mehrheit von 208 (von 400) Mandaten.

Vgl. *J. Ipsen*, *Der Staat der Mitte – Verfassungsgeschichte der Bundesrepublik Deutschland*, 2009, S. 21 f.

Die Sperrklausel des Bundeswahlgesetzes hat – entgegen mancher Prognose – keineswegs zur Versteinerung des politischen Systems geführt. Neuen politischen Gruppierungen ist es vielmehr gelungen, die Sperrklausel zu überwinden – so etwa die Partei der Grünen bei den

Bundestagswahlen 1983 – während auch „etablierte Parteien“ – wie die FDP bei den Bundestagswahlen 2013 – an der Sperrklausel gescheitert sind.

Angesichts der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Grundsatz der Wahlrechtsgleichheit kann festgehalten werden, dass die in § 3 Abs. 1 Satz 1 LWahlG geregelte Sperrklausel von 5 Prozent auch nicht gegen den in Art. 3 Abs. 1 der Landesverfassung niedergelegten Grundsatz der Wahlrechtsgleichheit verstößt.

Als Prüfungsmaßstab des Grundgesetzes kommt für eine landesgesetzlich vorgesehene Sperrklausel allein Art. 21 Abs. 1 GG und der hieraus abgeleitete Grundsatz der Chancengleichheit in Betracht. Der Grundsatz der Chancengleichheit steht gewissermaßen „zwischen“ dem allgemeinen Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG und dem streng formalen Grundsatz der Wahlrechtsgleichheit nach Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG.

Vgl. *J. Ipsen*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 6. Aufl. 2011 Rdnrn. 33 ff.

Das Bundesverfassungsgericht hat Sperrklauseln grundsätzlich mit dem Grundsatz der Chancengleichheit für vereinbar gehalten,

Vgl. BVerfGE 1, 208 (256); 3, 383 (394); 4, 31 (40); 4, 375 (380); 5, 77 (83); 6, 84 (92).

nicht dagegen seien Sperrklauseln bei Wahlen zu kommunalen Gebietskörperschaften zu rechtfertigen.

So BVerfG, NVwZ 2008, 407 (411).

Als mit dem Grundsatz der Chancengleichheit unvereinbar hat das Bundesverfassungsgericht ebenfalls § 2 Abs. 7 EuWG erklärt, der die Teilhabe politischer Parteien an der Mandatsverteilung im Europäischen Parlament ebenfalls von einer Sperrklausel abhängig machte.

Vgl. BVerfGE 129, 300 (301).

Sowohl die Rechtsprechung zu Sperrklauseln im Kommunalwahlrecht als auch im Europawahlrecht sind hier nicht einschlägig, sodass ein Verstoß des § 3 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG nicht in Betracht kommt.

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass gegen die Sperrklausel von 5 Prozent in § 3 Abs. 1 Satz 1 LWG weder landes- noch bundesverfassungsrechtliche Bedenken geltend gemacht werden können.

Da die Landesverfassung Schleswig-Holsteins keine ausdrückliche Bestimmung über Sperrklauseln enthält, im Gegensatz zu anderen Bundesländern insbesondere keine *obligatorische* Sperrklausel vorsieht, könnte *prima facie* die im Gesetzentwurf vorgesehene Streichung der Sperrklausel als *verfassungsrechtlich* unproblematisch angesehen werden. Hierfür könnte sprechen, dass die Durchbrechung des Grundsatzes der Wahlrechtsgleichheit (Art. 3 Abs. 1 SchlHVerf) und der Chancengleichheit der Parteien (Art. 21 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG) einer besonderen *Rechtfertigung* bedarf, die Notwendigkeit einer solchen Rechtfertigung aber mit der Streichung der Sperrklausel entfielen. Hierbei würde allerdings unberücksichtigt bleiben, dass die Sperrklauseln in der Bundesrepublik zum Teil *formelles*, in jedem Fall aber *materielles* Verfassungsrecht darstellen und das politische System über Jahrzehnte geprägt haben. Das politische System in Bund und Ländern ist von einem Höchstmaß an Stabilität gekennzeichnet, die nicht zuletzt auf die Sperrklauseln als gemeinsamen Wahlrechtsinstituten zurückzuführen ist. Die Fähigkeit zur Regierungsbildung, die in der Rechtfertigung durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts im Vordergrund steht, ist dabei nur die gewissermaßen formale Auswirkung von Sperrklauseln. Sperrklauseln wirken sich nicht allein auf die Regierungsbildung aus, sondern halten die Parlamente tendenziell frei von der Vertretung *partikularer Interessen*. Will sich eine Partei mit Aussicht auf Erfolg an Bundes- oder Landtagswahlen beteiligen, so muss sie programmatisch Wählerschichten ansprechen, die rein arithmetisch mehr als fünf Prozent ausmachen. Mit anderen Worten kann sich eine Partei schon in ihrem Programm nicht auf eine bestimmte Klientel beschränken, sondern muss weitere Bevölkerungskreise „ansprechen“. Als Nebeneffekt ergibt sich, dass – mit einigen Ausnahmen – Parteien mit extremistischer Zielsetzung der Einzug in die Parlamente regelmäßig verwehrt wird. Allerdings ist dies (allein) keine Rechtfertigung von Sperrklauseln; die Rechtfertigung liegt vielmehr in dem Repräsentationsprinzip, das die Abgeordneten zu Vertretern des „ganzen Volkes“ erklärt (Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG, entsprechend Art. 11 Abs. 1 Satz 1 SchlHVerf) und deshalb den Anspruch an sie stellt, dem Gemeinwohl zu dienen.

Die Streichung der Sperrklausel im Landeswahlgesetz würde deshalb nicht nur bedeuten, dass der zwischen Bund und Ländern seit 60 Jahren bestehende Konsens über die Stabilität des politischen Systems aufgekündigt, sondern auch den Vertretern reiner Partialinteressen der Weg ins Parlament geebnet würde. „Splitterparteien“ sind nicht nur solche mit extremistischer Zielsetzung; sie können sich – wie die Weimarer Erfahrung lehrt – auch als politische Vertretung bestimmter Berufs- oder Bevölkerungsgruppen darstellen und durch die Vertretung im Parlament – bei insoweit ungesicherten Mehrheitsverhältnissen – Einfluss auf die Regierungsbildung nehmen. Es bedarf deshalb keiner abschließenden Klärung, ob die

ersatzlose Streichung der Sperrklausel in § 3 Abs. 1 LWahlG den geschriebenen oder ungeschriebenen Prinzipien der schleswig-holsteinischen Verfassung widersprechen und deshalb verfassungswidrig wäre. Als sicher darf angenommen werden, dass Schleswig-Holstein mit einer solchen Bestimmung einen Grundkonsens zwischen Bund und Ländern aufkündigen und unabsehbare Folgen für die Stabilität des politischen Systems auslösen würde. Die im Gesetzentwurf vorgesehene Streichung der Sperrklausel ist zumindest aus verfassungspolitischen Gründen abzulehnen.

Osnabrück, im Dezember 2013

Professor Dr. Jörn Ipsen