



Univ.-Prof. Dr. Florian Becker, LL.M.

Univ.-Prof. Dr. Florian Becker, LL.M. · Institut für Öffentliches Wirtschaftsrecht
Christian-Albrechts-Universität zu Kiel · Olshausenstraße 75 · 24118 Kiel

Schleswig-Holsteinischer Landtag
Innen- und Rechtsausschuss
Düsternbrooker Weg 70
24105 Kiel

Telefon: 0431 880-5378
Telefax: 0431 880-5374
Durchwahl: 0431 880-1504
E-Mail: f.becker@law.uni-kiel.de
Homepage: www.becker.jura.uni-kiel.de

Kiel, 29.01.2016

Schleswig-Holsteinischer Landtag
Umdruck 18/5551

Vorschläge zu Änderungen wahlrechtlicher Vorschriften (Stellungnahme)

Sehr geehrte Frau Schönfelder,
sehr geehrte Damen und Herren Abgeordnete,

für Ihre E-Mail vom 22. Dezember 2015, in der Sie mir die Gelegenheit eingeräumt haben, zu verschiedenen Änderungen wahlrechtlicher Vorschriften Stellung zu nehmen, danke ich sehr.

Angesichts der Fülle der zur Änderung anstehenden Normen beschränke ich mich dabei auf einige verfassungsrechtlich relevante Aspekte der Änderungsvorschläge, die ich nach den in Frage stehenden verfassungsrechtlichen Prinzipien anordne.

1. Allgemeinheit der Wahl

Art. 1 Nr. 3 des Entwurfs eines Gesetzes zur Änderung wahlrechtlicher Vorschriften (**Drucksache 18/3537**) betrifft den verfassungsrechtlichen Grundsatz der **Allgemeinheit der Wahl**.

Nach Art. 4 Abs. 1 LVerf SH haben die Wahlen zu den Volksvertretungen im Lande, in den Gemeinden und Gemeindeverbänden unter anderem dem Grundsatz der Allgemeinheit zu genügen.

Der Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl verlangt, dass das Wahlrecht allen deutschen Staatsangehörigen gleichermaßen zusteht. Ein Ausschluss bestimmter Bevölkerungsgruppen von der Ausübung des Wahlrechts aus politischen, wirtschaftlichen oder sozialen Gründen ist unzulässig. Auch darf die Teilnahme an der Wahl nicht von besonderen, nicht von jedermann

erfüllbaren Voraussetzungen (z.B. Vermögen, Einkommen, Steuerentrichtung, Bildung, Lebensstellung) abhängig gemacht werden¹.

Beim Wahlrecht handelt es sich aber um ein höchstpersönliches Recht, das auch im Hinblick auf den Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl einen Ausschluss von Personen, die die Fähigkeit bewusster und reflektierter Wahlentscheidungen nicht besitzen, rechtfertigen würde.

In diesem Sinne verbreitert die in Art. 1 Nr. 3 des Entwurfs eines Gesetzes zur Änderung wahlrechtlicher Vorschriften (**Drucksache 18/3537**) vorgesehene Aufhebung des Wahlrechtsausschlussgrundes bei Personen, die in allen Angelegenheiten unter Betreuung stehen, (§ 7 LWahlG) die Allgemeinheit der Wahl.

2. Gleichheit der Wahl

Mehrere Aspekte der verschiedenen Gesetzentwürfe berühren den Grundsatz der Wahlgleichheit (Art. 4 Abs. 1 LVerf SH).

In einem primär als Verhältniswahl ausgestalteten Wahlsystem ist völlige Gleichheit nur dann gewährleistet, wenn jeder Stimme grundsätzlich der gleiche Zähl- und Erfolgswert zukommt². Ziel des Verhältniswahlsystems ist, dass „alle Parteien [und Wählergruppen] in einem möglichst den Stimmenzahlen angenäherten Verhältnis in dem zu wählenden Organ vertreten sind“³. Daher muss nicht nur jede Stimme den gleichen Zählwert aufweisen, sondern „jeder Wähler [muss] mit seiner Stimme [darüber hinaus] den gleichen Einfluss auf die parteipolitische Zusammensetzung des Parlaments haben [können]“⁴.

a) Sitzzuteilungsverfahren

Der Grundsatz der Wahlgleichheit realisiert sich unter anderem in dem gleichen **Erfolgswert** aller abgegebenen Stimmen.

Da die Anzahl der abgegebenen Stimmen niemals eine genaue Aufteilung auf die Zahl der zu vergebenden Mandate zulässt, bedarf es eines gesetzlich vorgegebenen Verfahrens zur Herunterrechnung. Allerdings führt keines der Verfahren zur rechnerisch ganz exakten Abbildung der Mehrheitsverhältnisse in der Wählerschaft, weil dies allein bei einer gleichen Anzahl von abgegebenen Stimmen und zu vergebenden Mandaten und damit letztlich nur bei einer gänzlichen Abschaffung des Gedankens der Repräsentation möglich wäre.

¹ Butzer, in: BeckOK GG (2015), Art. 38 Rn. 51.

² BVerfGE 1, 208 (246); 82, 322 (337); 85, 148 (157); 95, 408 (416).

³ BVerfGE 129, 300 (318); s.a. BVerfGE 120, 82 (103).

⁴ BVerfGE 95, 335 (353f. m.w.Nachw.).

Zwar obliegt die konkrete Ausgestaltung des Sitzzuteilungsverfahrens dem Gesetzgeber, aber aufgrund der verfassungsrechtlichen Vorgaben muss bei dessen Wahl zwischen den konkurrierenden Verfahren die Wahlrechtsgleichheit strikte Beachtung erfahren. Die verschiedenen Modelle weisen jeweils bestimmte Vorteile auf, können aber auch zu Verzerrungen führen. Diese systembedingten Unterschiede im Erfolgswert der Stimmen sind aus verfassungsrechtlichen Erwägungen grundsätzlich hinzunehmen⁵. Gleichwohl sind der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers im Bereich der politischen Willensbildung auch Grenzen gesetzt.⁶

So erfordert eine Differenzierung zwischen Stimmen und Parteien vor dem Hintergrund des Grundsatzes der Wahlrechtsgleichheit stets einen zwingenden Grund⁷. Als solcher sind „insbesondere die Sicherung des Charakters der Wahl als eines Integrationsvorgangs bei der politischen Willensbildung des Volkes [sowie] die Gewährleistung der Funktionsfähigkeit der zu wählenden Volksvertretung“⁸ anerkannt.

Das Erfordernis eines zwingenden Grundes gilt hierbei nicht nur für den Einsatz einer klassischen Sperrklausel, sondern auch für die konkrete Ausgestaltung des Sitzzuteilungsverfahrens, sofern „die Berücksichtigung einer Partei oder Wählergruppe beim Verhältnisausgleich von dem Erreichen eines Quorums der abgegebenen Wählerstimmen abhängig [gemacht wird]“⁹.

Der in der **Drucksache 18/3587** enthaltene Vorschlag zu **Art. 1 des Entwurfs eines Gesetzes zur Änderung wahlrechtlicher Vorschriften** bezieht sich auf eine Änderung des Sitzzuteilungsverfahrens im **Landeswahlgesetz** und damit auf das Verfahren der Landtagswahl nach § 3 LWahlG. Zudem enthält die **Drucksache 18/3587** einen Vorschlag zu **Art. 2 des Entwurfs eines Gesetzes zur Änderung wahlrechtlicher Vorschriften**, welcher sich auf eine Änderung des Sitzzuteilungsverfahrens im Gemeinde- und Kreiswahlgesetz und damit auf das Wahlverfahren zu den kommunalen Vertretungskörperschaften nach § 10 GKWG bezieht.

Für beide Verfahren wird eine Anhebung der Höchstzahl um jeweils 0,5 vorgeschlagen. Bei dieser Berechnung wird der volle Anspruch auf einen Sitz zugrunde gelegt, so dass Parteien oder Wählervereinigungen, auf die nur eine geringe Anzahl der abgegebenen Stimmen entfällt, erst sehr spät den ersten Zugriff oder bei wenigen zu vergebenden Mandate überhaupt keinen Sitz erhalten.

Die **Drucksache 18/3537** und der in der Vorlage für die Sitzung des Innen- und Rechtsausschusses am 17.12.2015 erfolgte Änderungsantrag (**Umdruck 18/5342**) setzen sich lediglich

⁵ BVerfGE 79, 169 (170).

⁶ BVerfGE 82, 322 (338); 93, 373 (377); 95, 408 (418).

⁷ BVerfGE 1, 208 (248f.); 95, 408 (418).

⁸ BVerfGE 95, 408 (418); 120, 82 (107).

⁹ VerfGH NRW, NVwZ 2009, 449 (450); s.a. BVerfGE 34, 81 (100f.).

mit einer vorgeschlagenen Änderung des **Kommunalwahlrechts** (§ 10 GWKG) auseinander. Eine Änderung des Landeswahlgesetzes ist hier hingegen nicht vorgesehen.

Der in der **Drucksache 18/3587** enthaltene Vorschlag zu **Art. 2 des Entwurfs eines Gesetzes zur Änderung wahlrechtlicher Vorschriften** beinhaltet eine Modifizierung des geltenden Sitzzuteilungsverfahrens. Durch die Erhöhung des Eingangswerts von 0,5 auf 0,7 sollen ebenfalls die Zuteilungsvoraussetzungen für das erste Mandat heraufgesetzt werden.

Diese Vorschläge sind schon prima facie unter dem Blickwinkel der Wahlrechtsgleichheit prekär, weil es die Stimmen für kleine Parteien zu entwerten droht.

Es ist jedenfalls nicht ersichtlich, dass die vorgeschlagenen Änderungen verfassungsrechtlich zwingend geboten sind, um eine im besonderen Maße mit dem geltenden Sitzzuteilungsverfahren verbundene systemwidrige Verzerrung beim Erfolgswert der abgegebenen Stimmen in Bezug auf die Zuteilung des ersten Mandats zu beseitigen.

Weder die dem in der **Drucksache 18/3537** enthaltenen Vorschlag beigefügten Begründung noch die **Drucksache 18/3587** lassen einen zwingenden Grund erkennen, der eine derartige Differenzierung hinsichtlich des Grundsatzes der Wahlrechtsgleichheit zu rechtfertigen vermag. Schließlich hat der Gesetzgeber bei seiner Bewertung „alle in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht relevanten Gesichtspunkte“¹⁰ hinreichend zu berücksichtigen und umfassend abzuwägen.

Eine rein abstrakte Beurteilung genügt dem Erfordernis eines zwingenden Grundes hingegen nicht, so dass selbst wenn die avisierten Veränderungen der Sitzzuteilung trotz der Stimmenentwertung noch vor dem Grundsatz der Wahlrechtsgleichheit bestehen könnten, sie jedenfalls nicht mit einem verfassungsrechtlich zwingenden Grund hinreichend prozedural legitimiert sind.

Sofern die vorgeschlagenen Änderungen eine **Absicherung der absoluten Mehrheit** in den zu wählenden Organen zugunsten derjenigen Parteien und Wählervereinigungen, die bei der Wahl die absolute Mehrheit der abgegebenen Stimmen auf sich vereinen konnten, zum Ziel haben (und dies ist ein dem Integrationsvorgang der Wahl dienender, legitimer Zweck), bietet die Einführung einer Mehrheitsklausel (entweder entsprechend dem in der **Drucksache 18/3537** enthaltenen Vorschlag durch die Zuteilung eines Vorabsitzes oder entsprechend dem in der **Drucksache 18/3587** enthaltenen Vorschlag durch eine nachträgliche Zuteilung weiterer Sitze) ein aus Sicht der Wahlrechtsgleichheit milderer Mittel, um im konkreten Fall eine „Spiegelbildlichkeit“ zwischen der Vertretungskörperschaft und dem tatsächlichen Wahlergebnis herzustellen.

¹⁰ VerfGH NRW, NVwZ 2009, 449 (450).

b) Ersatzstimme

Der in der Vorlage für die Sitzung des Innen- und Rechtsausschusses am 17.12.2015 erfolgte Änderungsantrag (**Umdruck 18/5342**) strebt die Einführung einer Ersatzstimme an, um die Folgen eines durch die Existenz der Sperrklausel bedingten strategischen Wahlverhaltens zu lasten kleinerer Parteien zu kompensieren.

Grundsätzlich besteht eine Hemmung, kleinere Parteien zu wählen, weil man sich auf diese Weise der Gefahr aussetzt, dass die abgegebene Stimme bei Scheitern der Partei an der Sperrklausel keinen Einfluss auf die Zusammensetzung des Parlaments hat und damit wertlos wird.

Die Einführung einer Ersatzstimme erhöht hingegen „die Chance des einzelnen Wählers, mit seiner Stimme – und sei es nur mit der zweiten Präferenz – die Zusammensetzung des Parlaments zu beeinflussen“¹¹. Hierdurch wird der Grundsatz vom gleichen Erfolgswert der abgegebenen Stimmen maßgeblich gestärkt. Der Vorschlag zur Einführung einer Ersatzstimme ist daher unter dem Gesichtspunkt der Wahlrechtsgleichheit zu begrüßen¹².

In der bedingten Stimmabgabe liegt **kein Verstoß gegen die Wahlrechtsgleichheit**, weil auch bei Abgabe einer Ersatzstimme letztlich nur eine Stimme Einfluss auf die Zusammensetzung des Parlaments hat und nicht etwa zwei Stimmen abgegeben werden.

Der insoweit bisweilen diskutierte Verstoß gegen den **Grundsatz der Unmittelbarkeit der Wahl** ist ebenso nicht ersichtlich. Dieser Grundsatz fordert, dass die Wähler die Abgeordneten selbst auswählen, so dass zwischen dem Akt der Wahl und der Bestimmung der Abgeordneten kein fremder Wille treten darf¹³. Dies ist hier aber nicht der Fall; vielmehr wird die Ersatzstimme unter einer Bedingung abgegeben. Der Grundsatz der Unmittelbarkeit steht einer solchen Bedingung trotz des grundsätzlich bedingungsfeindlichen Wahlakts nicht entgegen, weil die Wirkung der Stimmabgabe von dem Wähler nicht mehr beeinflusst werden kann und lediglich von dem Gesamtergebnis der Wahl – und damit dem kollektiven Wahlverhalten aller übrigen Wähler – abhängt.

Weitere verfassungsrechtliche Bedenken im Hinblick auf einen Verstoß gegen den Grundsatz des freien Mandats nach Art. 17 Abs. 1 LVerf SH durch eine mögliche plebiszitäre Einflussnahme auf die Zusammensetzung der jeweiligen Koalitionen sind auch nicht überzeugend¹⁴.

¹¹ Wenner, Sperrklauseln im Wahlrecht der Bundesrepublik Deutschland, Frankfurt a.M. 1986, S. 413.

¹² Vgl. ebenso Linck, DÖV 1984, 884 (885f.).

¹³ Butzer, in: BeckOK GG (2015), Art. 38 Rn. 55.

¹⁴ Vgl. Linck, DÖV 1984, 884 (886f.).

c) Sperrklausel im Kommunalwahlrecht (Drucksache 18/ 3587)

In der **Drucksache 18/3587** wird eine Änderung des Gemeinde- und Kreiswahlgesetzes vorgeschlagen (§ 10 GKWG), durch die der Verhältnisausgleich auf solche Listen beschränkt werden soll, die mindestens 2,5 % der im Wahlgebiet abgegebenen gültigen Stimmen erreicht hat.

Wahlrechtliche Sperrklauseln dieser Art haben verfassungsrechtlich prekäre Auswirkungen im Hinblick auf den Grundsatz der Wahlrechtsgleichheit (Art. 4 Abs. 1 LVerf SH). Sie befinden sich daher verfassungspolitisch und verfassungsrechtlich auf dem Rückzug¹⁵. Dies gilt insbesondere für die Ebene der kommunalen Selbstverwaltungskörperschaften¹⁶. Mittlerweile existieren in keinem Bundesland mehr solche Sperrklauseln im Kommunalwahlrecht¹⁷. Während einige Bundesländer bereits traditionell keine Sperrklauseln auf kommunaler Ebene festgelegt hatten, wurden die in anderen Bundesländern auf kommunaler Ebene geltenden Sperrklauseln für verfassungswidrig erklärt oder durch den Gesetzgeber, zumeist infolge der einheitlichen verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung, aufgehoben¹⁸.

Der wahlrechtliche Gleichheitssatz ist ebenso wie sein parteirechtliches Pendant wegen seiner für das Demokratieprinzip fundamentalen Bedeutung im Sinne einer strengen und formalen Gleichheit zu verstehen¹⁹. Dem das Wahlsystem ausgestaltenden Gesetzgeber verbleibt bei Differenzierungen des Erfolgswerts der Wählerstimmen zwar ein gewisser Gestaltungsspielraum²⁰, dieser ist allerdings sehr eng bemessen und kann lediglich zur Verfolgung eines zwingenden Grundes genutzt werden²¹.

In diesem Sinne wird die Voraussetzung, dass eine Partei oder Wählervereinigung eine gewisse Mindestanzahl an Stimmen auf sich vereinen muss, um überhaupt in die Vertretungskörperschaft einziehen zu können, typischerweise (im Grundsatz zulässigerweise) damit gerechtfertigt, dass auf diese Weise eine Zersplitterung der Vertretungskörperschaft in eine Vielzahl von kleinen Fraktionen verhindert und so die Funktionsfähigkeit der konkret²² zu wählenden

¹⁵ Siehe nur zuletzt BVerfGE 120, 82 (82 ff.) sowie BVerfGE 129, 300 (300 ff.).

¹⁶ *Mehde*, in: Maunz/Düring (Hrsg.), GG-Kommentar, Art. 28 Rn. 105 (Dezember 2014 Lfg. 73); s.a. BVerfGE 120, 82 (82 ff.); VerfGH TH, NVwZ-RR 2009, 1 (1 ff.); VerfGH NRW, NVwZ 2000, 666 (666 ff.); LVerfGE MV 11, 306 (306 ff.); bereits BayVerfGHE 5, 66; hingegen noch SaarVerfGHE 8, 257 (257 ff.).

¹⁷ *Mehde*, in: Maunz/Düring (Hrsg.), GG-Kommentar, Art. 28 Rn. 105 (Dezember 2014 Lfg. 73); *Henneke*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (Hrsg.), GG (13. Aufl. 2014), Art. 28 Rn. 32;

¹⁸ Vgl. hierzu BremStGH, NordÖR 2009, 251 (251 ff.); *Theis*, KommJur 2010, 168 (168); *Mehde*, in: Maunz/Düring (Hrsg.), GG-Kommentar, Art. 28 Rn. 105 (Dezember 2014 Lfg. 73).

¹⁹ Zuletzt BVerfGE 129, 300 (317); s.a. BVerfGE 51, 222 (234); 78, 350 (357f.); 82, 322 (337); 85, 264 (315); ausführlich auch BVerfGE 99, 1 (8 ff.) mit einer Begründung für die Differenzierung gegenüber dem allgemeinen Gleichheitssatz, der Differenzierungen in einem weitaus großzügigeren Maß zulässt.

²⁰ BVerfGE 82, 322 (338); 95, 408 (418).

²¹ So schon BVerfGE 1, 208 (248 f., 255); zuletzt BVerfGE 129, 300 (320); vgl. ebenso BVerfGE 6, 84 (92); 51, 222 (236); 82, 322 (339); 95, 408 (418).

²² BVerfGE 120, 82 (112); vgl. ebenso *Henneke*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (Hrsg.), GG (13. Aufl. 2014), Art. 28 Rn. 35.

Vertretungskörperschaft²³, insbesondere im Hinblick auf ihre Kreativefunktion, gewährleistet wird. Allerdings hat der Gesetzgeber konkrete Konstellationen nachzuweisen, in denen ohne Sperrklausel eine solche Zersplitterung eintreten und diese dazu führen würde, dass die Vertretungskörperschaften praktisch handlungsunfähig wären. Hierbei darf es sich auch nicht um seltene Ausnahmekonstellationen handeln.

Der Einsatz der Sperrklausel auf kommunaler Ebene basiert mithin auf der Einschätzung des Gesetzgebers hinsichtlich der Wahrscheinlichkeit einer zu erwartenden Funktionsstörung und deren Gewicht für die Aufgabenerfüllung der kommunalen Vertretungskörperschaft.²⁴ Hierbei ist jedoch zu berücksichtigen, dass „die Wahrnehmung der Aufgaben des örtlich beschränkten Wirkungsbereichs durch die kommunale Vertretungskörperschaft [...] mit der Ausübung von Staatsgewalt durch die Parlamente nicht zu vergleichen [ist]. Die Gemeindevertretung ist ein Organ der Verwaltung, dem in erster Linie verwaltende Tätigkeiten anvertraut sind“²⁵. Fernerhin ist die Kreativefunktion der kommunalen Vertretungskörperschaften vergleichsweise begrenzt und ihre Entscheidungen unterliegen gemäß §§ 120 ff. GO SH der Rechtsaufsicht.

Verfassungsfeindliche oder extremistische Parteien oder kleine Gruppen, die kein am Gesamtwohl orientiertes politisches Programm besitzen, sondern im Wesentlichen nur Partikularinteressen vertreten²⁶, von einer Mitwirkung an den kommunalen Vertretungskörperschaften auszuschließen²⁷, stellt indes keinen zwingenden Grund dar, der eine durch den Einsatz einer Sperrklausel hervorgerufene Einschränkung der Wahlrechtsgleichheit nach Art. 4 Abs. 1 LVerf SH zu rechtfertigen vermag.

Plant der Gesetzgeber tatsächlich die Einführung einer derartigen Sperrklausel, obliegt ihm zumindest aber eine erhebliche Begründungslast, dass die durch sie bewirkten Ungleichheiten tatsächlich verfassungsrechtlich zwingend geboten sind. Eine zwingende, aus dem Wahlakt und dessen Sinnstiftung abzuleitende Rechtfertigung für die Einschränkung der Wahlrechtsgleichheit wird aber aus dem vorgelegten Entwurf nicht ersichtlich.

Sollten Sie weitere Fragen in dieser Angelegenheit haben, stehe ich Ihnen gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Professor Dr. Florian Becker

²³ BVerfGE 4, 31 (40); 51, 222 (236); 82, 322 (338).

²⁴ BVerfGE 120, 82 (113).

²⁵ BVerfGE 120, 82 (112); vgl. ebenso *Henneke*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (Hrsg.), GG (13. Aufl. 2014), Art. 28 Rn. 34.

²⁶ BVerfGE 120, 82 (109 f.).

²⁷ BVerfGE 120, 82 (109) mit Verweis auf BVerfGE 1, 208 (257).