

**Dr. Björn Benken**

An der Wabe 5

D-38104 Braunschweig

*info@wahlreform.de, Tel.: 0531-3789500*

An den  
Deutschen Bundestag  
Platz der Republik 1  
11011 Berlin

## **Wahleinspruch gegen die Wahl zum Deutschen Bundestag am 22. September 2013**

Gemäß § 49 des Bundeswahlgesetzes (BWG) in Verbindung mit §§ 1 und 2 des Wahlprüfungsgesetzes (WahlPrG) sowie Artikel 41 Absatz 1 des Grundgesetzes (GG) erhebe ich hiermit

### **E I N S P R U C H**

gegen die Wahl zum 18. Deutschen Bundestag vom 22. September 2013 (im folgenden als "Bundestagswahl 2013" bezeichnet) laut dem vom Bundeswahlausschuss ermittelten und am 9. Oktober 2013 verkündeten amtlichen Endergebnis, veröffentlicht im Bundesanzeiger unter BAnz AT 04.11.2013 B7 sowie im Internet unter [http://bundeswahlleiter.de/de/bundestagswahlen/BTW\\_BUND\\_13/ergebnisse/bundesergebnisse](http://bundeswahlleiter.de/de/bundestagswahlen/BTW_BUND_13/ergebnisse/bundesergebnisse)

wegen der in verfassungswidriger Weise erfolgten Verletzung des Grundrechts auf Gleichheit der Wahl nach Art. 3 und Art. 38 Abs. 1 GG bzw. § 1 BWG und stelle den

### **A N T R A G**

1. festzustellen, dass bei der Wahl zum 18. Deutschen Bundestag ein Wahlfehler von erheblichem Gewicht aufgetreten ist, weil das der Wahl zugrundeliegende Bundeswahlgesetz aufgrund der konkreten Ausgestaltung des § 4 BWG in Verbindung mit § 6 Abs. 3 Satz 1 BWG unvereinbar mit der Verfassung ist; sowie
2. eine verfassungskonforme Neufassung des Bundeswahlgesetzes zu beschließen, die rechtzeitig zur kommenden Bundestagswahl in Kraft tritt.

## GLIEDERUNG

- I. Zulässigkeit des Einspruchs
- II. Begründetheit des Einspruchs
  1. Prüfung des Vorliegens eines Grundrechtseingriffs
  2. Prüfung der realen Auswirkungen einer unkompensierten Sperrklausel
    - 2.1 Auswirkungen auf die Wähler und die Parteien
    - 2.2 Auswirkungen auf die Demokratie
  3. Prüfung der Rechtfertigung des Grundrechtseingriffs
    - 3.1 Legitimer Zweck
    - 3.2 Geeignetheit
    - 3.3 Erforderlichkeit
    - 3.4 Angemessenheit / Verhältnismäßigkeit
    - 3.5 Vorläufiges Fazit
  4. Prüfung der Verfügbarkeit milderer Mittel (*"kompensierte Sperrklauseln"*)
    - 4.1 Expliziter Stichwahlgang
    - 4.2 Einstufige Dualwahl
    - 4.3 Mehrstufige Dualwahl
  5. Verfassungsrechtliche Prüfung kompensierter Sperrklauselsysteme
    - 5.1 Geeignetheit zur Erreichung des angestrebten Zwecks
    - 5.2 Intensität der Eingriffe in Grundrechte
    - 5.3 Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit
    - 5.4 Vorläufiges Fazit
  6. Prüfung eines Ermessensspielraums des Gesetzgebers
  7. Prüfung veränderter Rahmenbedingungen
  8. Ergebnis der verfassungsrechtlichen Prüfung
  9. Prüfung der Folgen der Verfassungswidrigkeit

## B E G R Ü N D U N G

### I.

Der Einspruch ist zulässig.

Bei der Bundestagswahl 2013 war ich - Dr. Björn Benken, geboren am [REDACTED] [REDACTED] in Braunschweig, Staatsangehörigkeit deutsch, wohnhaft An der Wabe 5, D-38104 Braunschweig - als Einspruchsführer wahlberechtigt im Sinne des § 12 Abs. 1 BWG. Ein Wahlrechtsausschluss nach § 13 BWG lag nicht vor. Die Einspruchsberechtigung nach § 2 Abs. 2 WahlPrG ist somit gegeben. Auch die weiteren Zulässigkeitsvoraussetzungen nach §§ 2 Abs. 3 und 4 WahlPrG sind aufgrund der fristgerechten schriftlichen Einreichung des Einspruchs gegeben.

### II.

Der Einspruch ist auch begründet.

Wie im folgenden detailliert dargelegt werden wird, darf § 4 BWG bei gegebener Sperrklausel-Regelung nicht nur eine "einfache Zweitstimme" enthalten, weil aus dieser Konstellation zwangsläufig ungleiche Erfolgswerte der Stimmen zu lasten eines nicht unerheblichen Teils der Wählerschaft resultieren. Durch die angezeigte Ausgestaltung des § 4 BWG mit einer "zweifachen Zweitstimme" für jeden Wähler (die Begriffe einfache bzw. zweifache Zweitstimme werden weiter unten erklärt, vgl. Abschnitt 4) hätte diese Verletzung des verfassungsrechtlich relevanten Grundsatzes der Wahlgleichheit vermieden werden können, ohne dass der durch die Sperrklausel angestrebte Regelungszweck einer Stabilisierung der parlamentarischen Demokratie negativ beeinträchtigt worden wäre.

#### **1. Prüfung des Vorliegens eines Grundrechtseingriffs**

Bei der Bundestagswahl 2013 hat der Einspruchsführer mit der ihm zur Verfügung stehenden einfachen Zweitstimme eine Partei gewählt, die mit ihrem Zweitstimmenergebnis unterhalb der geltenden Sperrklausel in Höhe von fünf Prozent der Zweitstimmen geblieben ist. Es gab zwar einen Zählwert für diese Stimme, jedoch keinen Erfolgswert.

Der Erfolgswert einer Stimme bemisst sich bekanntlich danach, ob diese Stimme bei der Ermittlung der Sitzverteilung des Parlaments das gleiche Gewicht wie jede andere Stimme erhält (vgl. BVerfGE 95, 408 [417] sowie BVerfGE 121, 266 [296 f., 299 f.]). Das Bundesverfassungsgericht führt aus: "Die Fünf-Prozent-Sperrklausel ... bewirkt eine Ungleichgewichtung der Wählerstimmen. Während der Zählwert aller Wählerstimmen von der Fünf-Prozent-Sperrklausel unberührt bleibt, werden die Wählerstimmen hinsichtlich ihres Erfolgswerts ungleich behandelt, je nachdem, ob die Stimme für eine Partei abgegeben wurde,

die mehr als fünf Prozent der Stimmen auf sich vereinigen konnte, oder für eine Partei, die an der Fünf-Prozent-Sperrklausel gescheitert ist. Diejenigen Wählerstimmen, welche für Parteien abgegeben worden sind, die mehr als fünf Prozent der Stimmen erhalten haben, haben unmittelbaren Einfluss auf die Sitzverteilung nach dem Verhältnisausgleich. Dagegen bleiben diejenigen Wählerstimmen, die für Parteien abgegeben worden sind, die an der Sperrklausel gescheitert sind, ohne Erfolg. Die Fünf-Prozent-Sperrklausel nimmt diesen Stimmen insoweit ihren Erfolgswert." (BVerfG 2 BvK 1/07 vom 13.2.2008, Rn. 105).

Die vom Einspruchsführer gewählte Partei wurde gemäß § 6 Abs. 3 Satz 1 in Verbindung mit § 6 Abs. 6 Satz 1 Bundeswahlgesetz nicht bei der Mandatsverteilung berücksichtigt. Folglich ist der Erfolgswert der von ihm abgegebenen Stimme gleich Null, was eine Verletzung des Verfassungsgrundsatzes der gleichen Wahl laut Artikel 38 Abs. 1 Grundgesetz bedeutet. Jede Differenzierung im Erfolgswert der Stimmen stellt eine Verletzung der Wahlgleichheit dar (vgl. BVerfGE 1, 208 [245 f.], 121, 266 [295]; ständige Rechtsprechung). Im Verhältniswahlrecht gilt das grundsätzliche Gebot gleicher rechtlicher Erfolgchancen für jede Stimme (BVerfGE 95, 335 [353, 369], BVerfGE 124 1 [18]); dieses ist nur dann beachtet, wenn jede gültige abgegebene Stimme bei der Sitzverteilung mit gleichem Gewicht gewertet wird, ihr mithin ein anteilmäßig gleicher Erfolg zukommt (BVerfG, 2 BvF 3/11 vom 25.7.2012 - Rz 61). Insbesondere dürfen bei der Verhältniswahl die Stimmen nicht je nach der politischen Meinung, für die sich der Wähler entschieden hat, verschieden bewertet werden (BVerfGE 11, 351 [360 f.]).

## **2. Prüfung der realen Auswirkungen einer unkompensierten Sperrklausel**

Dasjenige Element des Wahlrechts, welches den in Abschnitt 1 beklagten Eingriff in die Gleichheit der Wahl kausal verursacht, ist die Kombination aus Sperrklausel und einfacher Zweitstimme, wie sie im geltenden Bundeswahlgesetz definiert ist durch die Verbindung von § 6 Abs. 3 Satz 1 ("Bei Verteilung der Sitze auf die Landeslisten werden nur Parteien berücksichtigt, die mindestens 5 Prozent der im Wahlgebiet abgegebenen gültigen Zweitstimmen erhalten oder in mindestens drei Wahlkreisen einen Sitz errungen haben") mit § 4 BWG ("Jeder Wähler hat zwei Stimmen, eine Erststimme für die Wahl eines Wahlkreisabgeordneten, eine Zweitstimme für die Wahl einer Landesliste"). Dieses zusammenhängende System soll im folgenden als "*Einfache (Erst- und) Zweitstimme bei gegebener Sperrklausel*" oder in noch weiterer sprachlicher Verkürzung als "*Unkompensierte Sperrklausel*" bezeichnet werden.

In den Abschnitten 2.1 und 2.2 soll untersucht werden, welche (weiteren) grundrechtsrelevanten Folgen das System der unkompensierten Sperrklausel mit sich bringt. Bei dieser Analyse soll in kleine Parteien einerseits und große Parteien andererseits unterschieden werden, die wie folgt definiert seien:

- "*Kleine Partei*": Eine Partei, deren voraussichtlicher Zweitstimmenanteil entweder deutlich unter dem Sperrquorum oder um diesen Wert liegt.
- "*Große Partei*": Eine Partei, deren voraussichtlicher Zweitstimmenanteil deutlich über dem Sperrquorum liegt.

## 2.1. Auswirkungen auf die Wähler und die Parteien

Es gibt grundsätzlich vier verschiedene Möglichkeiten, wie Wahlberechtigte, die durch die Existenz einer Sperrklausel in ihrer Wahlentscheidung tangiert werden, auf selbige reagieren können.

Für Anhänger einer kleinen Partei stehen folgende Optionen zur Auswahl:

- [W]: die Lieblingspartei in dem Wissen zu wählen, die Stimme damit möglicherweise/vermutlich verschenkt zu haben, weil ihr zwar ein Zählwert, aber kein Erfolgswert zukommt.
- [X<sub>1</sub>]: nicht die tatsächliche Lieblingspartei, sondern eine andere (große) Partei zu wählen, um der Gefahr zu entgehen, die Stimme zu verschenken.
- [Y]: nicht zur Wahl zu gehen in dem Wissen bzw. der Vermutung, dass die Lieblingspartei ohnehin an der Sperrklausel scheitern wird.

Anhänger einer großen Partei können im Zusammenhang mit der Existenz einer Sperrklausel eventuell wie folgt in ihrem Verhalten beeinflusst werden:

- [X<sub>2</sub>]: nicht die tatsächliche Lieblingspartei zu wählen, sondern deren potentiellen (kleinen) Koalitionspartner, um dessen Chancen zu erhöhen, das Sperrquorum zu erreichen.

Jede Differenzierung bei der Berücksichtigung von Wählerstimmen beeinträchtigt auch die Chancengleichheit der Parteien (BVerfGE 95, 335 [389]). Doch in dem Ausmaß, in dem die oben beschriebenen Effekte "X<sub>1</sub>", "X<sub>2</sub>" und "Y" auftreten, ist die Chancengleichheit der Parteien auch über die reine Existenz der Sperrklausel (=Effekt "W") hinausgehend verletzt. Aufgrund der zusätzlichen, indirekten Wirkungen potenziert sich die Benachteiligung kleiner Parteien und ruft oft genug einen "Teufelskreis der Bedeutungslosigkeit" hervor. So sind z.B. kleine (somit auch zwangsläufig: neue) Parteien aufgrund der zu ihren Ungunsten verzerrten Wahlergebnisse (siehe unten Tab. 3) für die Medien nicht interessant genug. So beschreibt Christoph Schönberger die "merkwürdig[e] Gewohnheit der allgemeinen Öffentlichkeit, fast nur die Stimmen in der öffentlichen Debatte teilnehmen zu lassen, die auch im Deutschen Bundestag Sitz und Stimme haben. Die Parlamentswahl fungiert als eine Art Platzanweisung für legitimes öffentliches Sprechen mit der Konsequenz, dass das Scheitern an der Fünf-Prozent-Hürde gleichzeitig die Unsichtbarkeit in der öffentlichen Diskussion bedeutet." (<http://verfassungsblog.de/de/schoenberger-lob-der-fuenfprozenthuerde>). Es sei dahingestellt, ob dieses Filter-Phänomen dem Wahlrecht oder einer unzureichenden "Debattenkultur der Gesellschaft" (Schönberger) anzulasten ist; zumindest

ist es Teil jener tatsächlichen Verhältnisse, denen eine verfassungsrechtliche Relevanz zukommt (vgl. dazu unten Abschnitt 7).

Aufgrund der medialen Missachtung können kleine Parteien unterproportional weniger Mitglieder und Politiker-Persönlichkeiten anziehen, erhalten durch die hieraus resultierenden schlechteren Wahlergebnisse weniger Mittel aus der staatlichen Parteienfinanzierung und sind durch das verpflichtende Sammeln von Unterstützungsunterschriften, welches personelle und zeitliche Kapazitäten bindet, zudem daran gehindert, im Wahlkampf mit den etablierten Parteien mitzuhalten (vgl. zum Unterschriftenquorum und seiner verfassungsrechtlichen Beurteilung: Jan Köhler, "Parteien im Wettbewerb", Baden-Baden 2006, S. 153-166.). Am Ende stehen typischerweise auch bei der nächsten Wahl wieder Ergebnisse, die nicht die wahre Höhe des eigentlichen Anhängerpotentials widerspiegeln. Spätestens nach zwei bis drei erfolglosen Wahlantritten ergibt sich daraus das Bild einer "selbsterfüllenden Prophezeiung"; die Partei versinkt in politischer Bedeutungslosigkeit und ist nicht mehr in der Lage, in angemessener Weise dem in Art. 21 Grundgesetz enthaltenen Auftrag nachzukommen, als Partei an der politischen Willensbildung des Volkes mitzuwirken.

Auch große Parteien können aufgrund der Existenz der Sperrklausel benachteiligt werden und in ihrer Chancengleichheit verletzt sein, wenn ihre Anhänger Leihstimmen an den kleineren Koalitionspartner vergeben (vgl. dazu mit einem konkreten Beispiel Abschnitt 7.4).

Das Bundesverfassungsgericht hat sich zum Thema Chancengleichheit der politischen Parteien mehrfach eindeutig geäußert, u.a. wie folgt: "Die öffentliche Gewalt muß, wenn sie in den Bereich der politischen Willensbildung in einer Weise eingreift, daß dadurch die Chancengleichheit der politischen Parteien verändert werden kann, sich gegenwärtig halten, daß ihrem Ermessen in diesem Bereich besonders enge Grenzen gezogen sind (*BVerfGE 8, 51 [64 f.]*; *ständige Rechtsprechung*). Insbesondere darf der Gesetzgeber die vorgefundene Wettbewerbslage nicht verfälschen. Der Grundsatz der Chancengleichheit verlangt einerseits nicht, vorgegebene Unterschiede auszugleichen mit dem Ziel, eine Wettbewerbsgleichheit herzustellen. Er verwehrt es dem Gesetzgeber andererseits, ... bestehende faktische Ungleichheiten der Wettbewerbschancen zu verschärfen" (*BVerfGE 52, 63 [89]*). - Die hier erwähnte Maxime, die vorgefundene Wettbewerbslage mit ihren faktischen Ungleichheiten nicht verfälschen zu dürfen, bezieht sich im konkreten Urteil auf die Thematik der staatlich geförderten Parteienfinanzierung und meint dort die immanent vorhandenen Unterschiede in der finanziellen Stärke bzw. Grundausstattung der einzelnen Parteien, die auszugleichen nicht Aufgabe des Staates ist. Völlig absurd wäre es jedoch, die "vorgefundene Wettbewerbslage" mit einem durch das aktuelle Wahlrecht zementierten Status Quo gleichsetzen zu wollen und folglich *jeden* künftigen Eingriff in das Wahlrecht als eine Verletzung der Chancengleichheit der Parteien zu bewerten (so z.B. sinn-

gemäß Hermann Schmitt, der einen Wegfall der Sperrklausel bei Europawahlen als einen doppelt-ungerechtfertigten Vorteil für kleine Parteien bezeichnet; vgl. [http://www.uni-mannheim.de/1/presse\\_uni\\_medien/pressemitteilungen/2011/mai/mannheimer\\_politik\\_wissenschaftler\\_raet\\_verfassungsrichtern\\_zur\\_beibehaltung\\_der\\_fuenf\\_prozent\\_huerde](http://www.uni-mannheim.de/1/presse_uni_medien/pressemitteilungen/2011/mai/mannheimer_politik_wissenschaftler_raet_verfassungsrichtern_zur_beibehaltung_der_fuenf_prozent_huerde)). Ein verfassungswidriger Zustand, der in der Vergangenheit das Kräfteverhältnis zwischen den Parteien verzerrt hat, darf niemals Begründung dafür sein, nicht korrigierend in das einmal entstandene Kräfteverhältnis einzugreifen.

In der folgenden Übersicht sollen die vier genannten Verhaltensoptionen für Wähler systematisch dargestellt werden und gezeigt werden, welche Grundrechte durch sie verletzt werden.

Szenario	Wählergruppe	Aktion	Grundrechtsrelevanz
<b>W</b>	Anhänger einer kleinen Partei	wählen trotz Sperrklausel ihre Lieblingspartei; ihre Stimme hat in der Folge keinen Erfolgswert	Verletzung der Gleichheit der Wahl
<b>X<sub>1</sub></b>	Anhänger einer kleinen Partei	wählen aufgrund der Sperrklausel nicht ihre Lieblingspartei, sondern eine andere (große) Partei	Verletzung der Chancengleichheit der Parteien
<b>X<sub>2</sub></b>	Anhänger einer großen Partei	wählen aufgrund der Sperrklausel nicht ihre Lieblingspartei, sondern eine andere (kleine) Partei	Verletzung der Chancengleichheit der Parteien
<b>Y</b>	Anhänger einer kleinen Partei	gehen aufgrund der Sperrklausel nicht zur Wahl	Verletzung der Chancengleichheit der Parteien

**Tab. 1:** Verhaltensoptionen der Wähler angesichts der unkompensierten Sperrklausel und die damit verbundenen Grundrechtseingriffe

Neben Grundrechtseingriffen in die Gleichheit der Wahl bzw. in die Chancengleichheit der Parteien könnte auch eine Beeinträchtigung der Freiheit der Wahl vorliegen, da allein schon eine nicht gegebene Chancengleichheit der Parteien dazu führt, dass die Bürger ihre Wahlentscheidung nicht in voller Freiheit treffen können (vgl. BVerfGE 14, 121 [133] oder BVerfGE 91, 276 [284 f.]). Im speziellen Fall der unkompensierten Sperrklausel wird die Wahlentscheidung durch vermeidbare sachfremde Überlegungen mit beeinflusst, die nichts mit den zur Wahl stehenden Parteien, deren Programmen und Kandidaten zu tun haben und die über die im Rahmen einer Wahlentscheidung allgemein zu berücksichtigenden taktischen Überlegungen (z.B. Spekulationen hinsichtlich möglicher Koalitionsbildungen in Abhängigkeit vom Wahlausgang) weit hinausgehen. Während der Großparteien-Wähler höchstens befürchten muss, dass seine Lieb-

lingspartei mit anderen Parteien als gewünscht koalitiert oder in der Opposition landet, ist die Angst des Kleinparteienwählers vor dem Verschenken seiner Stimme von einer anderen Qualität. Der Wähler wird hier von einer Sanktion bedroht, welche im Rahmen der Wahlhandlung kaum gravierender sein könnte, weil sie den völligen Verlust des Erfolgswerts der Stimme bedeutet und in der Konsequenz dazu führt, dass die Stimmabgabe indirekt das gegnerische politische Lager stärkt (weil das eigene politische Lager nicht gestärkt werden konnte). Diese Einschränkung der Freiheit der Wahl ist in ihrer Dramatik durchaus vergleichbar mit dem Auftreten eines Negativen Stimmgewichts. Auch der Deutsche Bundestag hält beide Phänomene offensichtlich für vergleichbar, hat sie jedoch (*vor* der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Negativen Stimmgewicht) als noch hinnehmbar bezeichnet: "Ebenso wie manche Wähler nicht wissen können, ob ihre Stimmabgabe z. B. wegen Verfehlens der 5-Prozent-Hürde der von ihnen gewählten Partei Berücksichtigung findet oder wirkungslos bleibt, erscheint auch die Gefahr einer möglicherweise 'schädlichen' Stimmabgabe hinnehmbar." (BT-Drucks. 16/3600, Anlage 11, S. 88). - Beim Negativen Stimmgewicht wird die Stimme nicht bloß neutralisiert, sondern sogar in voller Höhe dem politischen Gegner zugeschlagen; andererseits jedoch sieht sich der Wähler dort in aller Regel nur einer vagen *Möglichkeit* gegenüber, deren Eintreten ex ante schwer zu prognostizieren ist, während im Fall der unkompenzierten Sperrklausel der Wähler in dem mehr oder weniger sicheren *Wissen* handelt, dass seine Stimme bei der Mandatsberechnung verloren ist.

Laut Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sichert der Grundsatz der Wahlfreiheit nicht nur die Ausübung des Wahlrechts ohne Zwang oder sonstige unzulässige Beeinflussung von außen, sondern verbietet auch ein Wahlverfahren, welches die Entschließungsfreiheit des Wählers in einer innerhalb des gewählten Wahlsystems vermeidbaren Weise verengt (BVerfGE 95, 335 [350]). Die Entschließungsfreiheit ist unter anderem bei der Frage der Abgeordneten-Diäten von Bedeutung; indem Abgeordnete eine Vergütung erhalten, soll ihre Entschließungsfreiheit gesichert und sie in Stand gesetzt werden, die sich aus ihrem repräsentativen Status ergebenden Rechte und Pflichten in Freiheit auszuüben (BVerfGE 4, 144 [149 ff.]; 20, 56 [103 f.]). Hier wird auf Art. 39 Abs. 1 Grundgesetz angespielt, wonach die Abgeordneten des Deutschen Bundestages an Aufträge und Weisungen nicht gebunden und nur ihrem Gewissen unterworfen sind. Der Begriff der Entschließungsfreiheit wird also auch hier verwendet im Sinne der Möglichkeit, ungehindert Gewissens-Entscheidungen treffen zu können.

Aus dem bloßen Vorhandensein mehrerer Handlungsalternativen auf die Möglichkeit einer rationalen Wahlentscheidung schließen zu wollen und letztere wiederum als Beleg für eine vorhandene Entschließungsfreiheit heranzuziehen, greift eindeutig zu kurz. Der typische Entscheidungsrahmen des Kleinparteienwählers ist eher vergleichbar der bei einem Raubüberfall gestellten Alternative "Geld oder Leben?", wo ja ebenfalls die eigentlich naturgegebene Situation des

Sowohl-als-Auch künstlich auf ein Entweder-Oder verengt wird. Analog hat auch der Anhänger einer Kleinstpartei nur die Wahl, bei der Stimmabgabe *entweder* seine wahre Parteipräferenz zu äußern und damit seine Glaubwürdigkeit vor sich selbst zu bewahren *oder* eine erfolgswirksame Stimme abzugeben (wofür er jedoch seine eigentliche Lieblingspartei an der Wahlurne verleugnen müsste). Beides gleichzeitig ist nicht möglich. Ob eine derartige Verengung der Entschließungsfreiheit des Wählers vermeidbar ist, soll im weiteren Verlauf geprüft werden. Zumindest ist sie einschneidend, und bei einem Teil der betroffenen Wähler zeigt die Drohung mit dem faktischen Verlust der Stimme auch ihre Wirkung und führt tatsächlich zu einem veränderten Wahlverhalten.

## 2.2. Auswirkungen auf die Demokratie

Die im vorangegangenen Abschnitt beschriebenen Reaktionen der Wähler auf die Existenz einer unkompensierten Sperrklausel beeinträchtigen nicht nur die Chancengleichheit der Parteien, sondern beeinflussen auch das demokratische Gefüge als Ganzes. Die teils gegenläufig wirkenden Einflüsse müssen so gut wie möglich identifiziert und quantifiziert werden, da sie unter Umständen die verfassungsrechtliche Legitimität der festgestellten Grundrechtseingriffe berühren - nämlich immer dort, wo die Stabilität der Demokratie als Begründung für Grundrechtseingriffe erhalten muss.

Der eigentliche Regelungszweck einer jeden Sperrklausel besteht darin, die Repräsentanz der Parteien im Parlament an Mindestanforderungen bezüglich der bei der Wahl erzielten Stimmen zu knüpfen und auf diese Weise unter anderem die Funktionsfähigkeit des Parlaments und der Regierung zu gewährleisten. Die Fünf-Prozent-Klausel im derzeitigen Wahlrecht soll (eigentlich nur) dafür Sorge tragen, dass ausschließlich solche Parteien in das Parlament einziehen dürfen, die in der Wählerschaft einen Rückhalt von mindestens fünf Prozent haben. Ziel des hier folgenden Abschnittes ist es, festzustellen, welche *weiteren* Auswirkungen die real existierende, unkompensierte Sperrklausel auf das politische System hat bzw. in welchem Umfang die Folgewirkungen über den eigentlichen Regelungszweck hinausgehen und ob sie tendenziell eher stabilisierend oder destabilisierend auf die parlamentarische Demokratie einwirken.

Zu der Tatsache, dass bei Existenz einer unkompensierten Sperrklausel ein bestimmter Anteil der abgegebenen Wählerstimmen bei der Verteilung der Sitze im Deutschen Bundestag unberücksichtigt bleibt (dies betrifft alle Stimmen gemäß Szenario "W" in Tab. 1), tritt als weitere Tatsache, dass einige Wähler ihre Präferenz für eine kleine Partei bei der Stimmabgabe verleugnen (Szenario "X<sub>1</sub>") oder ihre Stimme gar nicht erst abgeben (Szenario "Y"). Die Chancengleichheit der Parteien wird damit über den eigentlichen Regelungszweck der Sperrklausel hinaus beeinträchtigt. Durch diesen Effekt - in der Literatur teilweise als "Vorwirkung der Sperrklausel auf das Wählerverhalten" bezeichnet - verstärkt sich

die Abschreckungswirkung auf die Anhänger kleiner bzw. neuer Parteien und wirkt somit zugunsten der bereits im Bundestag vertretenen Parteien. Es ist nicht auf Anhieb ersichtlich, wie die sogenannte Vorwirkung der Sperrklausel auf die Stabilität des politischen Systems in der Gesamtwürdigung zu beurteilen ist. Zwar wird einerseits das Regieren einfacher, je weniger Parteien im Parlament vertreten sind; ebenso, je weniger potentielle Konkurrenz die etablierten Parteien zu fürchten haben und je geringer die Fluktuation zwischen Bundestagsparteien und Nicht-Bundestagsparteien ist. Ob sich damit allerdings auch die Qualität der Ergebnisse parlamentarischer Arbeit und die Stabilität der Demokratie verbessert, ist sehr fraglich. Die Sorge, dass es bei einem künstlich eingeschränkten Wettbewerb zwischen den Parteien zu einer fortschreitenden Verkrustung des politischen Systems kommt, ist nicht unbegründet (vgl. dazu auch Abschnitt 3.1).

Artikel 20 GG gebietet die Offenheit des demokratischen Prozesses; hiermit soll unter anderem einer Erstarrung des Parteienwesens entgegengewirkt werden (vgl. BVerfGE 91, 276 [286]). Wenn hingegen neue Parteien unnötig stark am Wachsen gehindert werden, können neue Positionen nicht in das Parlament transportiert und dort artikuliert werden, was die betroffenen Interessengruppen in die außerparlamentarische Opposition treibt. Was systemkonservierend wirkt, wirkt aber nicht zwingend auch systemstabilisierend - vor allem dann nicht, wenn der Erfolg des Gesamtsystems (auch) darauf beruht, sich schnell auf veränderte Umweltbedingungen einstellen zu können. Unter dem Strich dürften die beschriebenen Phänomene - es geht hier wohlgemerkt nur um jenen *zusätzlichen* Konzentrations- und Konservierungseffekt  $X_1+Y$ , der über die Schutzwirkung der Sperrklausel gegen Parteienzersplitterung hinausgeht - eher destabilisierend als stabilisierend auf die Demokratie wirken.

Ausdrücklich hat das Bundesverfassungsgericht auch klargestellt, dass ein Eingriff in die Chancengleichheit der Parteien nicht durch das Ziel gerechtfertigt sein kann, damit sogenannte "radikale" Parteien aus dem Parlament fernzuhalten. Vielmehr verbietet die Sperrwirkung des Art. 21 Abs. 2 GG jede staatliche Bekämpfung einer politischen Partei, solange das Bundesverfassungsgericht sie nicht durch Urteil für verfassungswidrig erklärt und aufgelöst hat (vgl. BVerfGE 111, 382 [410]; ständige Rechtsprechung).

Artikel 21 Abs. 1 Satz 1 des Grundgesetzes wird gemeinhin so verstanden, dass die Parteien einen *Auftrag* zur Mitwirkung bei der politischen Willensbildung des Volkes haben. Dieser Auftrag gilt mit gutem Grund auch für kleine Parteien, da durch kleine Parteien in der Regel eine Wählerklientel angesprochen wird, die durch große Parteien nicht erreichbar ist. Nur durch die wechselseitige Kommunikation zwischen einzelnen (Gruppen von) Bürgern und jenen Parteien, durch die diese Bürger sich repräsentiert fühlen, kann sich ein kollektiver politischer Wille herausbilden (vgl. BVerfGE 91, 276 [285 f.]). Dazu müssten kleine Par-

teien aber auch dieselben Chancen wie große Parteien eingeräumt bekommen, um auf ihre spezifische Weise und in ihren spezifischen Wählermilieus an der politischen Willensbildung mitzuwirken.

Kürzlich erst hat das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil bezüglich der 5%-Klausel im Europawahlrecht nochmals bekräftigt, dass der Charakter der Wahl als Integrationsvorgang bei der politischen Willensbildung es nicht rechtfertigt, kleineren Parteien mithilfe einer Sperrklausel den Einzug in das Europäische Parlament zu verwehren (BVerfG 2 BvC 4/10 vom 9.11.2011. Rn. 126). Überträgt man diese Maxime auf die Bundeswahlgesetzgebung, so darf kleineren Parteien der Einzug in den Bundestag zumindest nicht unnötig (d.h. über die eigentliche Schutzfunktion einer Sperrklausel hinaus) erschwert werden. Weiter heißt es an angegebener Stelle: "Es ist nicht Aufgabe der Wahlgesetzgebung, die Bandbreite des politischen Meinungsspektrums - etwa im Sinne besserer Übersichtlichkeit der Entscheidungsprozesse in den Volksvertretungen - zu reduzieren. Vielmehr ist ... die Offenheit des politischen Prozesses zu wahren. Dazu gehört, dass kleinen Parteien die Chance eingeräumt wird, politische Erfolge zu erzielen. Neue politische Vorstellungen werden zum Teil erst über sogenannte Ein-Themen-Parteien ins öffentliche Bewusstsein gerückt. Es ist gerade Sinn und Zweck der parlamentarischen Debatte, entsprechende Anregungen politisch zu verarbeiten und diesen Vorgang sichtbar zu machen (vgl. zum Ganzen BVerfGE 111, 382 [403 ff.])." (BVerfG 2 BvC 4/10 vom 9.11.2011. Rn. 126).

Weiterhin gilt: Wenn es zwischen Berufspolitikern und Neueinsteigern bzw. zwischen etablierten und neuen Parteien eine zu geringe Durchlässigkeit im Sinne eines zu geringen Austauschs gibt, fördert dies eine Entfremdung zwischen den Bürgern und ihren Repräsentanten, was dem eigentlichen Geist einer repräsentativen Demokratie entgegentläuft und diese unterhöhlt. Spürbare Zeichen einer solchen Entfremdung sind die seit längerem zu beobachtende Politikmüdigkeit, der Ansehensverlust des Berufsstands der Politiker in der Bevölkerung sowie die tendenziell stark sinkende Wahlbeteiligung (vgl. Tab. 2.a). Letztere wird nicht zuletzt auch dadurch verursacht, dass Anhänger kleiner Parteien frustriert zu Hause bleiben, weil aufgrund der Sperrklausel ihre Stimme bei der Mandatsverteilung so behandelt wird, als ob sie nicht abgegeben worden ist. Die abnehmende Identifizierung vieler Wähler mit der parlamentarischen Demokratie kann im Extremfall ein Abgleiten in die politische Radikalität auslösen; dies ist mit Sicherheit ebenfalls als destabilisierender Faktor zu werten.

Als weiterer Indikator für die Zufriedenheit oder Unzufriedenheit der Bürger mit dem politischen System könnte die Zahl der ungültigen Stimmen in Relation zu den insgesamt abgegebenen Stimmen herangezogen werden. Tab. 2.b zeigt, wie sich dieser Wert seit 1972 verändert hat; in der geglätteten Darstellung zeichnet sich über die Jahrzehnte ein stetiger Anstieg ab. In Kombination mit der in der Tab. 2.a dargestellten Entwicklung der Wahlbeteiligungsquoten erscheint die

Bundestagswahlen	durchschnittliche Wahlbeteiligung
1972 +1976 +1980	<b>90,1 %</b>
1976 +1980 +1983	89,5 %
1980 +1983 +1987	87,3 %
1983 +1987 +1990	83,7 %
1987 +1990 +1994	80,4 %
1990 +1994 +1998	79,7 %
1994 +1998 +2002	80,1 %
1998 +2002 +2005	79,7 %
2002 +2005 +2009	75,9 %
2005 +2009 +2013	<b>73,3 %</b>

**Tab. 2.a:** Gleitende Durchschnittswerte der Wahlbeteiligung bei Bundestagswahlen in der Bundesrepublik Deutschland zwischen 1972-1980 und 2005-2013. Bei der Berechnung wurden jeweils drei Ereignisse zusammengefaßt, um die Wirkungen von Zufallseinflüssen zu reduzieren.

Einschätzung von Schreiber, dass "die mit [der Sperrklausel] verfolgte staatspolitische Zielsetzung erreicht [wurde], ohne dass sich bisher eine verbreitete Unzufriedenheit der Wählerschaft durch ein gravierendes Absinken der Wahlbeteiligung oder durch Zunahme ungültiger Stimmen gezeigt hätte" (Wolfgang Schreiber et al., Bundeswahlgesetz Kommentar, 9. Auflage, 2013, § 6 Rn. 37), nicht mehr haltbar.

Bundestagswahlen	Durchschn. Anteil ungültiger Stimmen
1972 +1976 +1980	<b>0,9 %</b>
1976 +1980 +1983	0,9 %
1980 +1983 +1987	0,9 %
1983 +1987 +1990	1,0 %
1987 +1990 +1994	1,1 %
1990 +1994 +1998	1,2 %
1994 +1998 +2002	1,3 %
1998 +2002 +2005	1,4 %
2002 +2005 +2009	1,4 %
2005 +2009 +2013	<b>1,4 %</b>

**Tab. 2.b:** Gleitende Durchschnittswerte der ungültigen Stimmen bei Bundestagswahlen in Deutschland zwischen 1972-1980 und 2005-2013. Bei der Berechnung wurden jeweils drei Ereignisse zusammengefaßt, um die Wirkungen von Zufallseinflüssen zu reduzieren.

Eine weitere negative Auswirkung der unkompensierten Sperrklausel ist, dass die Wahlergebnisse zu einem mehr oder weniger großen Teil nicht die wahren Präferenzen der Wähler widerspiegeln. Sie sind verzerrt in dem Ausmaß, in dem Wähler aus taktischen Gründen eine andere als ihre Lieblingspartei wählen (z.B. um ihre Stimme nicht zu verschenken; gelegentlich auch umgekehrt im Sinne einer "Leihstimme"). Auch wenn sich bei diesem Effekt die Kräfteverhältnisse in aller Regel nur innerhalb der jeweiligen politischen Lager verschieben, untergraben verzerrte Wahlergebnisse das Vertrauen der Bürger in die Demokratie und machen diese anfällig gegenüber der Kritik ihrer Gegner. So formuliert auch das Bundesverfassungsgericht (Hervorhebung durch den Verfasser): "[D]er im Mehrparteiensystem angelegte politische Wettbewerb soll Unterschiede hervorbringen - je nach *Zuspruch der Bürger*. Diesen darf die öffentliche Gewalt nicht ignorieren oder gar konterkarieren." (BVerfGE 111, 382 [398]). Wo die öffentliche Gewalt es zulässt, dass das Ausmaß des (durch die Wahlergebnisse dokumentierten) Zuspruchs gegenüber den Parteien unnötigerweise verfälscht wird, da ignoriert und konterkariert sie diese Forderung des Verfassungsgerichts.

Insbesondere bei dem Phänomen der Leihstimmen (Effekt  $X_2$ ) gibt es eine bedenkenswerte Parallele zu dem als verfassungswidrig eingestuften Negativen Stimmgewicht; denn hier wie dort regiert auf Wählerseite die Überlegung: "Ich nütze meiner Partei, indem ich sie *nicht* wähle!". Eine derartige Pervertierung von Wahlentscheidungen kann - sofern sie auf Dauer und in nicht vernachlässigbarem Umfang auftritt - für ein demokratisches Gemeinwesen nicht gesund sein.

Eine weitere Destabilisierung der Demokratie entsteht, wenn es zu einer sogenannten Mehrheitsumkehr kommt, bei der die Mehrheit im Parlament nicht von der Mehrheit der Wähler getragen wird. Dies kann passieren, wenn in dem in der Wählergunst vorne liegenden Lager Parteien am Sperrquorum scheitern und das eigentlich hinten liegende Lager bei den noch verbliebenen Parteien eine absolute Mehrheit besitzt. Zur Illustration des Phänomens der Mehrheitsumkehr soll ein Plakat der FDP aus einem Landtagswahlkampf der 80er Jahre dienen. Dort präsentierte die FDP im Sinne einer Leihstimmenkampagne die folgende Rechnung: " $46+5=51$ ,  $47+4=0$ ". Gemeint war: Auch wenn die Parteien des bürgerlichen Lagers gemeinsam eine absolute Mehrheit innehätten, so würde die Mehrheit der Parlamentssitze und damit der Regierungsauftrag trotzdem an das gegnerische Lager gehen, wenn die kleinere der beiden Parteien nicht den Sprung über die 5%-Hürde schafft. Je größer die Zahl der Parteien aus einem bestimmten politischen Lager ist, die bei der Sitzverteilung unberücksichtigt bleiben bzw. je knapper sie am Sperrquorum scheitern, desto größer wird die Gefahr einer Mehrheitsumkehr. Wenn allerdings die Regierung nicht die wahren Machtverhältnisse im Lande widerspiegelt und es quasi zum Glücksspiel gerät, welches Lager die Regierung stellen darf, dann gefährdet das das Vertrauen der Bürger in das demokratische System nachhaltig.

Insgesamt ist zu konstatieren, dass das verfassungsrechtliche Ziel einer Stabilisierung der parlamentarischen Demokratie in der Vergangenheit zu stark von der Seite der Parteien her gedacht wurde und zu wenig von den Wählern - respektive Nichtwählern - her. Deren Identifikationsgrad mit dem politischen System war zwar regelmäßig Thema von politikwissenschaftlichen Studien, fand jedoch kaum Berücksichtigung bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung der Folgen einer unkompensierten Sperrklausel. Fakt ist jedoch, dass die aktuelle Entwicklung hin zu einer sich immer stärker formierenden Zivilgesellschaft gerade auch dadurch begünstigt wird, dass bei den Bürgern viel Vertrauen in die Erneuerungsfähigkeit der Parlamente verloren gegangen ist. Es ist jedoch nicht wünschenswert, wenn der Ausbau der Direkten Demokratie auf einer Schwächung der Parlamentarischen Demokratie beruht. Vielmehr sind beide Ausdrucksmöglichkeiten für eine lebendige Demokratie wichtig; deshalb sollte auf *beiden* Plattformen die Partizipation der Bürger gesteigert werden.

Zum Abschluss dieses Kapitels sollen die verschiedenen Einflüsse der unkompensierten Sperrklausel auf die Demokratie nochmals übersichtlich in Tabellenform dargestellt werden.

Effekt	beeinflusst von Szenario	Beschreibung	Wirkung auf die parl. Demokratie
<b>A</b>	<b>W</b>	Schutz vor zu vielen bzw. zu kleinen Parteien im Parlament (=eigentlicher Regelungszweck des Sperrquorums)	laut herrschender Meinung eher stabilisierend
<b>B</b>	<b>X<sub>1</sub> + Y</b>	Verfestigung bestehender parteipolitischer Strukturen aufgrund einer zusätzlichen Konzentrations- und Konservierungswirkung	insgesamt eher destabilisierend
<b>C</b>	<b>W</b>	Gefahr der Mehrheitsumkehr (Regierungsmehrheit ≠ Wählermehrheit)	destabilisierend
<b>D</b>	<b>X<sub>1</sub> + X<sub>2</sub> + Y</b>	Verzerrte Darstellung der Wählerpräferenzen in den Wahlergebnissen	destabilisierend
<b>E</b>	<b>Y</b>	Sinkende Wahlbeteiligung, Abgleiten von Wählergruppen in die Radikalität	destabilisierend

**Tab. 3:** Die Auswirkungen einer unkompensierten Sperrklausel auf die Demokratie.

### 3. Prüfung der Rechtfertigung des Grundrechtseingriffs

Grundrechtseingriffe - und damit auch der in Abschnitt 1 festgestellte Eingriff in die Gleichheit der Wahl - sind nicht in jedem Fall verfassungswidrig. Da nicht immer alle in der Verfassung genannten Grundrechte vollumfänglich gesichert

werden können, sondern einige von ihnen in einem Konflikt miteinander stehen dergestalt, dass die Verfolgung des einen Verfassungszieles ein anderes beeinträchtigt, muss darüber hinaus stets geprüft werden, ob der Grundrechtseingriff *in verfassungswidriger Weise* geschieht oder ob er von der Verfassung gedeckt wird. Diese Prüfung wird im allgemeinen nach den folgenden Kriterien vorgenommen:

- 3.1: Wird mit dem Grundrechtseingriff ein legitimer Zweck verfolgt?
- 3.2: Ist das gewählte Instrument zur Erreichung dieses Zwecks geeignet?
- 3.3: Ist das gewählte Instrument zur Erreichung dieses Zwecks erforderlich oder hätte derselbe Zweck auch durch ein milderes Mittel erreicht werden können?
- 3.4: Ist das gewählte Instrument angemessen, d.h. ist es in der Abwägung von Zweck und schädlichen Nebenwirkungen verhältnismäßig?

Nachfolgend sollen diese Kriterien in Hinsicht auf das Instrument der unkompenzierten Sperrklausel genauer untersucht werden. Insbesondere den beiden mittleren Kriterien kommt bei einer Verletzung der Gleichheit der Wahl eine besondere Bedeutung zu, wie auch das Bundesverfassungsgericht hervorgehoben hat: "Differenzierende Regelungen müssen zur Verfolgung ihrer Zwecke geeignet und erforderlich sein. Ihr erlaubtes Ausmaß richtet sich .. auch danach, mit welcher Intensität in das - gleiche - Wahlrecht eingegriffen wird. [...] Gegen die Grundsätze der Wahlgleichheit und der Chancengleichheit der Parteien wird verstoßen, wenn der Gesetzgeber mit der Regelung ein Ziel verfolgt hat, das er bei der Ausgestaltung des Wahlrechts nicht verfolgen darf, oder wenn die Regelung nicht geeignet und erforderlich ist, um die mit der jeweiligen Wahl verfolgten Ziele zu erreichen." (BVerfGE 120, 82 [109], BVerfGE 121, 266 [298]).

### **3.1. Legitimer Zweck**

Wie das Bundesverfassungsgericht festgestellt hat, müssen Differenzierungen im Wahlrecht durch Gründe gerechtfertigt sein, die durch die Verfassung legitimiert und von einem Gewicht sind, welches der Wahlgleichheit die Waage halten kann (vgl. BVerfGE 95, 408 [418]; vgl. auch BVerfGE 1, 208 [248] zum Erfordernis eines "zwingendes Grundes" für Ausnahmen von der Gleichheit des Erfolgswertes). Allerdings ist nicht erforderlich, dass diese Zwecke explizit in der Verfassung erwähnt werden; es ist vielmehr ausreichend, wenn sich die Gründe aus der Natur des Sachbereichs der Wahl der Volksvertretung ergeben (vgl. BVerfGE 1, 208 [248]). Im Urteil von 1952 wird als ein besonderer zwingender Grund die mit dem Aufkommen von Splitterparteien verbundene staatspolitische Gefahr für die Demokratie angegeben (vgl. BVerfGE 1, 208 [209]). In späteren Entscheidungen nennt das Bundesverfassungsgericht vor allem zwei Gründe, die ggf. als Rechtfertigungen für Eingriffe in die Wahlgleichheit in Frage kommen; dies sind die Gewährleistung der Funktionsfähigkeit der zu wählenden Volksvertretung

und die Sicherung des Charakters der Wahl als eines Integrationsvorgangs bei der politischen Willensbildung des Volkes (vgl. z.B. BVerfGE 95, 408 [418]).

In älteren Urteilen des Bundesverfassungsgerichts wird oft noch der Eindruck erweckt, beide Unterziele würden in die selbe Richtung wirken. In neueren Urteilen hingegen - wie z.B. dem vom 19.11.1996 - wird eine entgegengesetzte Wirkungsrichtung angenommen: "Das Ziel der Verhältniswahl, den politischen Willen der Wählerschaft in der zu wählenden Körperschaft möglichst wirklichkeitsnah abzubilden, kann dazu führen, daß im Parlament viele kleine Gruppen vertreten sind und hierdurch die Bildung einer stabilen Mehrheit erschwert oder verhindert wird. Soweit es zur Sicherung der Handlungs- und Entscheidungsfähigkeit des Parlaments geboten ist, darf der Gesetzgeber deshalb bei der Verhältniswahl den Erfolgswert der Stimmen durch eine Sperrklauselregelung unterschiedlich gewichten. Dabei muß der Gesetzgeber jedoch auch die Funktion der Wahl als eines Vorgangs der Integration politischer Kräfte sicherstellen und zu verhindern suchen, daß gewichtige Anliegen im Volke von der Volksvertretung ausgeschlossen bleiben (vgl. BVerfGE 6, 84 [92 f.]; 14, 121 [135 f.]; 24, 300 [341]; 41, 1 [13 f.]; 41, 399 [421]; 51, 222 [236]; 71, 81 [97])." (BVerfGE 95, 408 [419]). Und weiter heißt es in diesem Urteil: "Die Grundmandatsklausel dient dem von der Verfassung legitimierten Zweck des Ausgleichs teils gegenläufiger Ziele, nämlich ein funktionsfähiges Parlament zu schaffen und eine effektive Integration des Staatsvolkes zu bewirken." (BVerfGE 95, 408 [421]).

In diesen Zitaten kommt der immanente Konflikt zwischen beiden Zielen klar zum Ausdruck: Je mehr die Handlungs- und Entscheidungsfähigkeit des Parlaments gestärkt wird, um so mehr muss in der Regel die Integrationsfunktion der Wahl leiden. Man stelle sich z.B. ein Instrument vor, mit dessen Hilfe eine Einparteienregierung oder gar ein Einparteienparlament zustande käme. Wenngleich ein solches System vermutlich in einem hohen Maße "funktionsfähig" wäre (zumindest in einem rein technischen Sinne), so würde man andererseits doch keine "Integration" des Wählerwillens feststellen können, allenfalls dessen "Kompression". Kompressionsfähigkeit jedoch darf nicht mit Integrationsfähigkeit verwechselt werden. Während Integration die weitgehend verlustfreie Einbeziehung verschiedener Strömungen meint, aus deren Unterschiedlichkeit am Ende ein gemeinsamer politischer Wille destilliert werden kann, steht Kompression für das Zusammenstauchen auf ein Normmaß, wodurch insbesondere an den Rändern gewaltsame Verformungen und Verzerrungen hervorgerufen werden. Die teilweise noch anzutreffende Auffassung, die Parteienkonzentration müsse auch jenseits der reinen Schutzwirkung des Sperrquorums weiter künstlich verstärkt werden, missachtet die ureigenen Ziele des Verhältniswahlrechts und beschädigt die Akzeptanz des bestehenden politischen Systems in der Bevölkerung.

Das Bundesverfassungsgericht sieht die Funktionsfähigkeit des Parlaments nicht als ein absolutes Gut, sondern als eines, das sorgfältig gegen andere Verfassungs-

güter abgewogen werden muss: "Beschlüsse [im Parlament] können umso leichter gefasst werden, je weniger Fraktionen aufeinander treffen und je weniger Standpunkte verarbeitet werden müssen. Andererseits reicht die bloße 'Erleichterung' oder 'Vereinfachung' der Beschlussfassung nicht aus, um den mit der Fünf-Prozent-Sperrklausel verbundenen Eingriff in die Wahlgleichheit und die Chancengleichheit der politischen Parteien zu rechtfertigen (*f...*). Denn Demokratie setzt das Aufeinandertreffen verschiedener Positionen und das Finden von Kompromissen voraus (*f...*). Nicht jeder Konflikt und nicht jede politische Auseinandersetzung ... kann als Störung der Funktionsfähigkeit angesehen werden." (BVerfGE 120, 82 [114 f.]).

Im übrigen greift die Annahme zu kurz, dass kleine Parteien eine Art natürlicher Feind für die Funktionsfähigkeit des politischen Systems seien. Das Bundesverfassungsgericht hat im Gegenteil unmissverständlich hervorgehoben, welche Bedeutung gerade auch kleine bzw. neue Parteien für die Funktionsfähigkeit der Demokratie haben: "Das institutionalisierte politische System, das auf politische Parteien und effektiven Wettbewerb zwischen ihnen setzt, braucht die Mitwirkung neuer Konkurrenten, aber auch der bestehenden kleinen Parteien. Der Wettbewerb zwischen den Parteien kann auf Dauer nur wirken, wenn er nicht auf die Konkurrenz zwischen den bereits existierenden und erfolgreichen beschränkt bleibt, sondern durch das Hinzutreten neuer Wettbewerber und die anhaltende Herausforderung durch die kleinen Parteien erweitert, intensiviert und gefördert wird. Kleine Parteien können die Lernfähigkeit des politischen Systems eher stärken, wenn sie eine realistische Chance haben, selbst politische Erfolge zu erzielen. Für das Mehrparteiensystem politisch bedeutsam und für den Wettbewerb förderlich erweisen sich vor allem auch die Resonanzen bei den Parlamentsparteien, die im Hinblick auf Wahlerfolge der kleinen Konkurrenten häufig gezwungen werden, sich mit den von diesen Parteien in den Mittelpunkt gestellten Themen auseinanderzusetzen. Aber auch schon die potentielle Konkurrenz, also die Chance neuer und kleiner Wettbewerber, für überzeugende Lösungskonzepte bei Wahlen belohnt zu werden, zwingt die etablierten Parteien zu einer Rückkopplung mit dem Volk, um dem Aufkommen neuer Konkurrenten und einem Erfolg kleiner Wettbewerber nach Möglichkeit entgegenzutreten." (BVerfGE 111, 382 [404 f.]).

Als Fazit dieses Abschnitts bleibt festzuhalten, dass es sich bei den Zielen, (a) die Funktionsfähigkeit der Volksvertretung zu gewährleisten und (b) den Charakter der Wahl als eines Integrationsvorgangs bei der politischen Willensbildung des Volkes sicherzustellen, um zwei gegenläufige Effekte handelt. Nur das erstgenannte Ziel kann als Rechtfertigungsgrund für eine Sperrklausel herhalten. Die Förderung der Funktionsfähigkeit des Parlaments ist eines von mehreren Unterzielen zur Stärkung der parlamentarischen Demokratie. Als solches ist es ein legitimer Zweck im Sinne der Verfassung und würde als ein gleichrangiges bzw. höherrangiges Verfassungsziel prinzipiell Eingriffe in die Gleichheit der Wahl

oder auch in andere Ziele von Verfassungsrang rechtfertigen, sofern diese geeignet, erforderlich und angemessen sind.

### 3.2. Geeignetheit

Die im aktuellen Wahlrecht verankerte unkompensierte Sperrklausel scheint auf den ersten Blick gut geeignet zu sein, die Funktionsfähigkeit der zu wählenden Volksvertretung zu erhöhen. Allerdings muss dieses Ziel zwingend in einem größeren Kontext von Anforderungen gesehen werden. So wird in einem Urteil des Bundesverfassungsgerichts von 1996 präzisiert, welche Gesichtspunkte für die Festlegung eines Wahlsystems verfassungsrechtlich relevant sind: "Die Zusammensetzung des Parlaments muß die wesentlichen politischen Strömungen im Volk berücksichtigen; die Wahl muß eine legitimierende Wirkung haben, sie muß eine autonome und rationale Entscheidung des Wählers in der Wahl ermöglichen; das Parlament muß funktionsfähig für Regierungsbildung und Gesetzgebung sein" (BVerfGE 95, 335 [369]). Allerdings wird an selbiger Stelle auch ausgeführt, dass diese teils gegenläufigen staatspolitischen Ziele vom Gesetzgeber nicht bis in die letzten Folgerungen durchgeführt werden müssen; unter anderem dann nicht, wenn die Abweichungen zur Sicherung der mit einer demokratischen Wahl verfolgten staatspolitischen Ziele geboten sind oder wenn es nötig ist, einen der Wahlrechtsgrundsätze im Interesse der Durchführung der übrigen einzuengen. Aus dem im Zitat genannten Vierer-Katalog wird durch die unkompensierte Sperrklausel tatsächlich nur das Kriterium einer funktionsfähigen Regierungsbildung zweifelsfrei gefördert. Ob das Instrument hingegen die wesentlichen politischen Strömungen im Volk berücksichtigt, dürfte als sehr fraglich gelten; ebenso ob es rationale Wahlentscheidungen fördert (vgl. dazu die Einschränkungen der Entschließungsfreiheit beim Wählertypus  $X_1$  bzw.  $X_2$  laut Abschnitt 2.1). Schließlich würde eine Wahl auch nur bedingt eine legitimierende Wirkung besitzen, wenn sie die latente Gefahr einer Mehrheitsumkehr (vgl. Abschnitt 2.2) in sich birgt.

Geht man über den vom Bundesverfassungsgericht formulierten Anforderungskatalog hinaus und erweitert die Prüfung nochmals auf das allem übergeordnete Ziel einer Stabilisierung des Systems der parlamentarischen Demokratie, so sind hier ebenfalls sehr gegenläufige Effekte zu beachten. Wie Tab. 3 oben zeigt, wirkt nur die intendierte Hauptwirkung der Sperrklausel (Effekt A) tendenziell stabilisierend auf das politische System, während die zwangsläufig auftretenden Nebenwirkungen des Instruments (Effekte B, C, D, E) tendenziell destabilisierend wirken. Erst nach einer sorgfältigen Abwägung aller Effekte - die nicht nur die Höhe des jeweiligen Sperrquorums, sondern auch die tatsächlichen, also aktuellen politischen Rahmenbedingungen mit zu berücksichtigen hat - kann beurteilt werden, ob eine unkompensierte Sperrklausel zur Erreichung des anvisierten Zweckes geeignet ist.

### 3.3. Erforderlichkeit

Ein Grundrechtseingriff gilt als nicht erforderlich, wenn er mehr als nötig in ein bestehendes Grundrecht eingreift. "Ein zwingender Grund für eine Ungleichbehandlung von Wählerstimmen liegt .. nicht schon dann vor, wenn der Gesetzgeber seinen Zweck auch durch Maßnahmen verfolgen kann, die eine Differenzierung ohne Beeinträchtigung anderer von der Verfassung geschützter Belange vermeiden (verfassungsfreundliche Maßnahme)." (BVerfGE 95, 335 [377]). Sofern es also mindestens ein Instrument gibt, mit dem der durch den Grundrechtseingriff verfolgte Zweck ohne Einbußen beim Erfolg des Regelungszwecks, jedoch auf der anderen Seite auch ohne - oder mit einer (deutlich) geringeren - Grundrechtsverletzung erzielt werden kann, so ist das stärker belastende Instrument nicht erforderlich und somit verfassungswidrig. Die Prüfung, ob es im Vergleich zur unkompensierten Sperrklausel mildere Mittel gibt, soll ausführlich in Abschnitt 4 erfolgen.

### 3.4. Angemessenheit / Verhältnismäßigkeit

Bei diesem Kriterium geht es um eine Abwägung zwischen Schaden und Nutzen der betreffenden Regelung. Der Schaden ist dabei im vorliegenden Fall recht gut zu identifizieren: Es geht um einen Eingriff in das Grundrecht der gleichen Wahl, bei welchem einer bestimmten Gruppe von Wählern 100 Prozent des Erfolgswertes ihrer Stimmen genommen wird. Dieser Eingriff ist nicht nur deshalb von einer hohen Intensität, weil seine Bedeutung für jeden betroffenen Wahlberechtigten von einer gravierenden Schwere ist, sondern auch deshalb, weil üblicherweise eine große Zahl von Wahlberechtigten hiervon betroffen ist. Bei der Bundestagswahl 2013 sind sogar mehr als 6,8 Millionen Wähler - also fast jeder sechste Wähler - von diesem Grundrechtseingriff betroffen gewesen (vgl. dazu unten Abschnitt 7.5).

Der Nutzen einer (unkompensierten!) Sperrklausel ist dagegen relativ schwierig zu quantifizieren. Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit wird zu Recht immer erst nach der Prüfung der Geeignetheit und der Erforderlichkeit durchgeführt; sie ist von jenen nicht unabhängig und könnte entfallen, wenn die vorausgegangenen Prüfungen bereits ausreichende Hinweise auf die Verfassungswidrigkeit der untersuchten Regelung erbracht haben. Deshalb soll die Beschäftigung mit dem schwer operationalisierbaren Kriterium der Verhältnismäßigkeit bzw. Angemessenheit bis auf weiteres erst einmal zurückgestellt werden und zunächst der Frage der Erforderlichkeit weiter nachgegangen werden.

### 3.5. Vorläufiges Fazit

Die geltende unkompensierte Sperrklausel verfolgt mit dem Ziel der Sicherung der Funktionsfähigkeit der Volksvertretung und des Schutzes vor sogenannten

Splitterparteien einen legitimen Zweck. Das Instrument erscheint außerdem - wenn auch mit Einschränkungen (siehe oben Abschnitt 3.2) - geeignet, dieses Ziel zu erreichen. Die Verfassungskonformität des Instruments hängt somit entscheidend von der Frage ab, ob das Instrument zur Erreichung des genannten Zieles erforderlich ist. Dies soll im weiteren Verlauf untersucht werden.

#### **4. Prüfung der Verfügbarkeit milderer Mittel**

Dieser Abschnitt stellt mehrere alternative Instrumente vor, die alle unter dem Oberbegriff "Kompensierte Sperrklauseln" zusammengefasst werden können. Im Unterschied zur unkompensierten Sperrklausel wird hier die Sperrklausel mit speziellen Stimmgebungsverfahren kombiniert, um die von der Sperrklausel verursachten negativen Nebenwirkungen - insbesondere die starken Eingriffe in die Gleichheit der Wahl und die Chancengleichheit der Parteien - zu reduzieren. Der zwischen §§ 4 sowie 6 Abs. 3 BWG bestehende unmittelbare Wirkungs- und Regelungszusammenhang wird von diesen Instrumenten so ausgestaltet, dass die bisher in § 4 BWG enthaltene einfache Zweitstimme ersetzt wird durch eine zweifache Zweitstimme, die in zwei (real oder gedanklich) getrennten Wahlgängen zum Einsatz kommt. Der erste Wahlgang soll im folgenden als Primärwahlgang, der zweite als Stichwahlgang oder Finalwahlgang bezeichnet werden.

##### **4.1. Expliziter Stichwahlgang**

Bei diesem Instrument wird bezüglich der Zweitstimmen ein zusätzlicher, *realer* Wahlgang durchgeführt. In diesem Stichwahlgang sind nur noch jene Parteien vertreten, die im Primärwahlgang bei den abgegebenen gültigen Zweitstimmen mehr als das notwendige Sperrquorum (derzeit also mehr als fünf Prozent) erreicht haben. Analog der bekannten Stichwahl bei Personenwahlen müssen die Wähler innerhalb eines bestimmten Zeitraums nach dem ersten Wahlgang (z.B. zwei oder drei Wochen später) nochmals an die Wahlurne gehen, um aus dem nunmehr reduzierten Parteienangebot jene Partei auszuwählen, die sie im Parlament stärken möchten. In beiden Wahlgängen kommt das herkömmliche Ankreuzverfahren zum Einsatz.

##### **4.2. Einstufige Dualwahl**

Bei der Dualwahl (die in der Literatur bislang überwiegend unter dem Begriff "Ersatzstimme" bzw. "Alternativstimme" bekannt ist; für Literaturhinweise siehe Abschnitt 7.2) findet der zweite Wahlgang zeitgleich mit dem ersten Wahlgang statt, d.h. die Wähler geben ihre Entscheidung für zwei aufeinanderfolgende Wahlgänge auf ein und demselben Stimmzettel ab. Somit wäre auch der Begriff "2 in 1-Wahl" eine passende Bezeichnung für dieses Wahlverfahren. Die in diesem Abschnitt vorzustellende Dualwahl-Variante ist quasi das virtuelle Analogon

zu einem real stattfindenden Stichwahlgang (Abschnitt 4.1); in beiden Fällen ist die effektive Auswahl im zweiten Wahlgang auf jene Parteien beschränkt, die im ersten Wahlgang die Sperrklauselhürde übersprungen haben. Bei der virtuellen Form des Stichwahlganges ist es nicht erforderlich, dass der Wähler tatsächlich weiß, welche Parteien in der Finalwahl noch vertreten sein werden. Vielmehr wird (wie nachfolgend gezeigt wird) der Wählerwille bei der Dualwahl derart differenziert erfasst, dass sich die individuelle Wahlentscheidung für jedes denkbare Finalwahl-Szenario logisch stringent daraus ergibt.

Bei der Dualwahl kann der von Bundestagswahlen bekannte Stimmzettel in seiner bisherigen Form beibehalten werden. Neu ist lediglich, dass der Wähler die Möglichkeit erhält, seine Wahlentscheidung nicht nur mittels eines Kreuzes, sondern wahlweise auch mittels Rangziffern zu bekunden. Wer nach althergebrachter Art per Ankreuzen wählt, hat ebenso eine vollgültige Stimme abgegeben wie derjenige, der die Differenzierungsoptionen der Dualwahl nutzt. (Theoretisch könnte der Stimmzettel auch zusätzliche Kästchen für jede Partei enthalten, so dass der Wähler sowohl seine Erstpräferenz wie auch eventuelle nachrangige Präferenzen allein durch Ankreuzen verteilt. Sinnvoller dürfte allerdings die obengenannte Lösung sein).

Im Standardmodell der Dualwahl können die Wähler so viele Parteien wie gewünscht nach der Reihenfolge ihrer Beliebtheit anordnen; im Extremfall also alle Parteien, die auf dem Wahlzettel stehen. Eine theoretische Alternative wäre ein stark präferenzlimitiertes System, bei dem der Wähler nur eine einzige weitere Präferenz neben der Erstpräferenz angeben darf ("klassische Ersatzstimme").

Um einem Wähler das Wahlsystem zu erklären, könnte in wenigen Sätzen eine einprägsame Handlungsanweisung wie z.B. die folgende formuliert werden: *"Wenn Sie sich unsicher sind, ob Ihre Lieblingspartei es über die 5%-Hürde schafft, markieren Sie die Parteien, die Sie sonst noch für wählbar halten, gemäß der Rangfolge Ihrer Vorlieben. Beginnen Sie mit der Zahl '1' für Ihre Lieblingspartei und fahren dann mit '2', '3' usw. fort. Falls Sie nur eine einzige Partei wählen möchten, können Sie statt der '1' auch ein Kreuz setzen."*

Aus den Präferenzen, die der Wähler angegeben hat, ergibt sich sein eindeutiger Wille für *beide* Wahlgänge. Im ersten Wahlgang (Primärwahlgang) wird für alle Stimmzettel die Erstpräferenz ausgezählt. In dem sich automatisch anschließenden zweiten Wahlgang (Finalwahlgang), der sich vom ersten dadurch unterscheidet, dass alle Parteien, die bei den Erstpräferenzen das Sperrquorum verfehlt haben, nicht mehr zur Wahl stehen, wird der Wählerwille aufgrund der Erstpräferenzen *und* der nachrangigen Präferenzen ermittelt. Dies geschieht, indem die Stimme des Wählers zugunsten derjenigen Partei gezählt wird, die von ihm - von den im Finalwahlgang noch zur Wahl stehenden Parteien - die vergleichsweise höchste Präferenz zugeteilt bekommen hat.

Zu einem großen Teil wird das Ergebnis des Finalwahlgangs dem Ergebnis des Primärwahlgangs entsprechen - nämlich überall dort, wo der Wähler seine Erstpräferenz einer Partei zugeteilt hat, die die Sperrklausel überwunden hat. In diesem Fall zählt die Stimme in beiden Wahlgängen zugunsten dieser Partei, unabhängig von eventuell angegebenen nachrangigen Präferenzen.

Abweichungen zwischen den Ergebnissen des Primärwahlgangs bzw. des Finalwahlgangs gibt es dort, wo die erstpräferierte Partei an der Sperrklausel scheitert und somit nicht mehr im Finalwahlgang vertreten ist. Wurde außer der '1' keine nachrangige Präferenz angegeben bzw. nur ein Kreuz zugunsten der erfolglosen Partei gesetzt, wird die Stimme im Finalwahlgang als Enthaltung gewertet, was von der faktischen Wirkung her einer ungültigen Stimme entspricht. Hat ein Wähler, der im Primärwahlgang für eine an der Sperrklausel gescheiterte Partei gestimmt hat, jedoch nachrangige Präferenzen angegeben, so zählt seine Stimme für diejenige unter den im Finalwahlgang vertretenen Parteien, die auf seinem Stimmzettel die höchste Präferenz (=den niedrigsten Rangwert) erhalten hat. Ist keine der von ihm präferierten Parteien im Finalwahlgang vertreten, so zählt die Stimme als Enthaltung.

Bei der Auszählung einer Dualwahl sind gegenüber dem Status quo einige Anpassungen vorzunehmen. Die Primärauszählung - also die Auszählung der Erstpräferenzen - entspricht technisch dem gewohnten Auszählungsprocedere in den Wahllokalen, d.h. es werden hierbei die Erstpräferenzen ermittelt, die auf eine Partei entfallen sind (egal ob die Kennzeichnung auf dem Stimmzettel per Kreuz oder durch die Ziffer '1' erfolgte). Anschließend gibt es zwei alternative Möglichkeiten für den weiteren Verlauf der Auszählung. Wenn man den Wahlvorständen im Wahllokal keine zusätzlichen Aufgaben übertragen will, müsste die Auszählung durch extra einberufene Finalwahlvorstände zentral pro Wahlkreis erfolgen. Dann würde das bundesweite Ergebnis nach Erstpräferenzen zwar wie gewohnt bereits am Wahlabend vorliegen, doch das Ergebnis der Finalauszählung - und somit die Verkündung des vorläufigen amtlichen Endergebnisses einschließlich der Sitzverteilung - würde sich schätzungsweise um ein bis zwei Tage verzögern.

Wenn dies nicht gewünscht ist, müsste man die zusätzliche Auszählerarbeit auf die Wahlhelfer im Wahllokal verlagern. Diese würden dann unmittelbar nach der Primärauszählung in einem zweiten Schritt erfassen, wie viele der Stimmzettel mehr als eine Erstpräferenz enthalten; diese werden von denjenigen Stimmzetteln separiert, auf denen nur eine einzige Präferenz verzeichnet ist. Erstere werden sodann nochmals getrennt nach Präferenzketten ausgezählt. Während bestimmte Partei-Kombinationen wie z.B. ①FDP, ②CDU gehäuft auftreten, gibt es andererseits auch exotische und/oder lange Präferenzketten, die nur ein einziges Mal pro Wahllokal vorkommen. Die Wahlvorstände dokumentieren für jede Präferenzkette die Anzahl der erhaltenen Stimmen und melden die Ergebnisse - im Idealfall mittels EDV-Unterstützung - an den Kreiswahlausschuss.

Nachdem alle ermittelten Daten in die EDV eingespeist worden sind, wird die Finalauszählung (also die Auswertung der Erstpräferenzen *plus* aller etwaigen nachrangigen Präferenzen) in erster Instanz durch den Computer durchgeführt, um ein vorläufiges Ergebnis zu erhalten. Zusätzlich kann/sollte es eine manuelle Finalauszählung geben, die z.B. am Folgetag zentral durch gesonderte Finalwahlvorstände stattfindet. Dabei wird - basierend auf dem mittlerweile vorliegenden amtlichen Endergebnis des Primärwahlgangs - die Teilmenge jener Stimmzettel herangezogen, die für Parteien abgegeben worden sind, die im Primärwahlgang an der Sperrklausel scheiterten. Für diese Stimmzettel wird manuell ermittelt, an welche Partei die Stimme im Finalwahlgang gefallen ist bzw. ob die Stimme als Enthaltung zu werten ist. Die so erhaltenen Daten werden mit den vom Computer berechneten Daten verglichen, wobei es idealerweise keine Abweichungen zwischen beiden Ergebnissen geben sollte.

Die Finalauszählung mit der Berechnung der Sitzverteilung im Bundestag kann erst dann starten, wenn aus allen Wahlkreisen die Ergebnisse eingegangen sind. Es bestehen aber keine Bedenken, die nachrangigen Präferenzen bereits dann zu erfassen, wenn das bundesweite Hauptstimmenergebnis noch nicht vorliegt und folglich noch nicht bekannt ist, welche Präferenzen in der Finalauszählung überhaupt zum Zuge kommen. Im Gegenteil sollte im Sinne einer größtmöglichen Transparenz so oder so dafür Sorge getragen werden, dass *alle* abgegebenen Präferenzen lückenlos dokumentiert werden, unabhängig davon, ob sie am Ende erfolgswirksam geworden sind oder nicht. (Die Transparenz könnte noch weiter gesteigert werden, wenn die Wahlbehörden nicht nur alle Wahldaten veröffentlichen, sondern wenn auch der Algorithmus, der die Präferenzketten in Stimmenanteile bzw. Bundestagssitze umrechnet, als Open-Source-Anwendung offengelegt wird).

Nachfolgend soll anhand einer Beispielrechnung dargestellt werden, wie sich der Auszählungsaufwand im Wahllokal durch die Dualwahl mit ihren zwei zeitgleich stattfindenden Wahlgängen schätzungsweise erhöhen würde. Es wird von einem mittelgroßen Wahlbezirk mit 800 Wahlberechtigten ausgegangen, von denen 600 zur Wahl gehen. Ferner sei unterstellt, dass 20 Prozent aller Wähler die Möglichkeit nutzen, mehr als eine Präferenz anzugeben; dies bedeutet, dass 120 Stimmzettel in der Finalauszählung gesondert ausgezählt werden müssten. Der Schätzwert von 20 Prozent ist vermutlich etwas hoch gegriffen; zumindest anfangs dürfte dieser Wert eher im Bereich zwischen 10 und 15 Prozent liegen. Für Anhänger großer Parteien, die voraussichtlich klar das Sperrquorum erreichen, besteht eigentlich keine rationale Notwendigkeit, nachrangige Präferenzen für andere Parteien zu vergeben. Wie die folgende Musterrechnung (Tab. 4) zeigt, würde sich unter den genannten Annahmen die Zeitdauer der Auszählung in dem repräsentativen Wahllokal um ca. 60 Minuten erhöhen.

<b>Aufgaben für die Wahlvorstände</b>	<b>Herkömmll. Wahl:</b> Zeitbedarf in Min.	<b>Dualwahl:</b> Zeitbedarf in Min.
Zuschauer belehren, Wahlurnen leeren usw., Stimmzettel entfalten	15	15
Zählen der Stimmzettel sowie der Stimmabgabevermerke und Wahlscheine	15	15
600 Stimmzettel sortieren gemäß Erstpräferenz (pro Partei ein Stapel), ungültige Stimmen zählen	15	20
Für alle 600 Stimmzettel: Auszählung der Erstpräferenzen pro Partei, Niederschrift	30	30
Parteistapel weiter sortieren nach "Nur Erstpräferenz" und "Mehrere Präferenzen angegeben"	0	10
Für 120 Stimmzettel: Weitere Unterteilung einzelner Stapel bezügl. mehrfach vorkommender Präferenzketten	0	10
Für 120 Stimmzettel: Auszählung der Stimmzettel pro Präferenzkette, Niederschrift	0	15
Kontrollrechnungen (z.B. Vergleich mit der Wählerliste/ Abgleich mit unbenutzten Stimmzetteln), Unterschriften durch Wahlvorstand	15	20
Ergebnis-Übermittlung der Primärauszählung	10	10
Ergebnis-Übermittlung der Finalauszählung	0	15
<b>Summe</b>	<b>100</b>	<b>160</b>

**Tab. 4:** Musterrechnung bezüglich des durchschnittlichen Zeitaufwands bei der Auszählung einer Dualwahl, wenn die Finalauszählung dezentral im Wahllokal stattfindet.

Die Bekanntgabe des vorläufigen amtlichen Endergebnisses hängt nicht nur von der Länge der durchschnittlichen Auszählzeit in den Wahllokalen ab, sondern wird vielmehr oftmals durch Verzögerungen in vereinzelt Wahlkreisen bzw. Wahlbezirken verursacht, in denen spezifische Pannen/Probleme aufgetreten sind. Je nach Wahlausgang ist es sogar möglich, dass bei der Dualwahl der offensichtliche Wahlsieger viel früher feststeht als im Status quo. Denn während im bisherigen System der Ausgang einer Wahl mitunter entscheidend davon abhängt, ob eine bestimmte Partei das Sperrquorum erreicht hat oder nicht (so hat sich z.B. bei der hessischen Landtagswahl 2013 erst um 2:30 Uhr und entgegen allen vorangegangenen Hochrechnungen herausgestellt, dass die FDP mit 5,03 % doch im Landtag vertreten ist), wäre eine solche Frage bei der Dualwahl von nebensächlicher Bedeutung, weil z.B. 4,9 % der Stimmen bei der Mandatsberechnung nicht mehr komplett verlorengehen würden, sondern zu einem

gewissen Anteil und mit einer gewissen demoskopischen Vorhersagbarkeit auf bestimmte andere Parteien übertragen werden würden.

Um eine Vorstellung davon zu bekommen, wie das Ergebnis-Blatt einer Dualwahl in einem einzelnen Wahlbezirk konkret aussehen könnte, wurde ausgehend von den Ergebnissen der letzten Bundestagswahl in Tab. 5 bzw. 6 ein Fallbeispiel für obigen Musterwahlbezirk mit 600 Wählern konstruiert. Ein vermutlich verändertes Wahlverhalten im Falle der Dualwahl wurde hierbei nicht berücksichtigt, weil es an dieser Stelle einzig und allein darum gehen soll, einige organisatorisch-formale Aspekte zu veranschaulichen und zwischen beiden Modellen vergleichbar zu machen. In beiden Szenarien entfallen 94 Stimmen (15,7%) auf Parteien, die mit ihren Erstpräferenzen unter der bundesweiten 5%-Hürde

<b>Tab. 5:</b> Beispiel für ein herkömmliches Wahlergebnis:	
249	<b>CDU</b>
153	<b>SPD</b>
29	FDP *
51	<b>Linke</b>
50	<b>Grüne</b>
13	Piraten *
8	NPD *
2	Tierschutz *
1	REP *
2	ÖDP *
1	Rentner *
1	BP *
1	MLPD *
28	AfD *
1	pro D *
6	FW *
1	Die Partei *
3	<i>ungültig</i>

<b>Tab. 6:</b> Beispiel für ein Wahlergebnis mit Dualwahl:	
244	<b>CDU</b>
4	<b>CDU, SPD</b>
1	<b>CDU, AfD</b>
151	<b>SPD</b>
2	<b>SPD, Grüne</b>
4	FDP *
19	FDP, <b>CDU</b>
3	FDP, <b>SPD</b>
1	FDP, <b>Grüne</b>
1	FDP, Piraten, <b>Grüne</b>
1	FDP, AfD, <b>CDU</b>
46	<b>Linke</b>
5	<b>Linke, SPD</b>
47	<b>Grüne</b>
3	<b>Grüne, SPD</b>
2	Piraten *
1	Piraten, <b>SPD</b>
1	Piraten, FDP, <b>Grüne</b>
3	Piraten, <b>Linke</b>
4	Piraten, <b>Grüne</b>
1	Piraten, <b>Grüne, SPD</b>
1	Piraten, AfD, <b>Linke</b>

(Fortsetzung von Tab. 6)	
5	NPD *
2	NPD, <b>CDU</b>
1	NPD, pro D, REP, BP *
2	Tierschutz, <b>Grüne</b>
1	REP *
1	ÖDP, <b>Grüne</b>
1	ÖDP, AfD, <b>CDU</b>
1	Rentner, <b>SPD</b>
1	BP, <b>CDU</b>
1	MLPD, <b>Linke</b>
9	AfD *
8	AfD, <b>CDU</b>
1	AfD, <b>SPD</b> , Piraten
3	AfD, FDP *
4	AfD, FDP, <b>CDU</b>
2	AfD, <b>Linke</b>
1	AfD, FW, <b>Linke</b> , SPD
1	pro D, NPD, AfD *
1	FW *
4	FW, <b>CDU</b>
1	FW, <b>SPD</b>
1	Die Partei *
3	<i>ungültig</i>

**Tab. 5 / 6:** Vergleich eines hypothetischen Wahlbezirks-Ergebnisses ohne Dualwahl bzw. mit Dualwahl. (Die Zahlen in Tab. 5 entsprechen grob dem Zweitstimmenergebnis bei der Bundestagswahl 2013, welches heruntergebrochen wurde auf einen repräsentativen Wahlbezirk mit 600 Wählern; die Ergebnisse von CDU und CSU wurden dabei unter "CDU" zusammengefasst). Grau unterlegt sind Parteien, die mehr als 5 % der Erstpräferenzen erhalten haben. Fett hervorgehoben ist jeweils die Partei, für die die Stimme in der Finalauszählung zählt. \*Mit Sternchen versehen sind Stimmen, die ohne Erfolgswert bleiben.

geblieben sind. Im hypothetischen Dualwahl-Szenario haben 66 dieser Wähler mit einer nachrangigen Präferenz eine Über-5%-Partei gewählt; ihre Stimme bekommt somit einen Erfolgswert. Hingegen entfalten die Stimmen von 28 Kleinparteienwählern auch im Dualwahl-Szenario keinen Erfolgswert, weil diese Wähler (sei es aus einer bewussten Entscheidung heraus oder aus unzureichender Kenntnis des Wahlsystems) entweder keine weitere Präferenz außer der Erstpräferenz angegeben haben oder weil unter ihren nachrangigen Präferenzen keine Über-5%-Partei vertreten war.

Von 600 Wählern in diesem Beispiel haben insgesamt 86 (=14,3 Prozent) ihre Stimme mit nachrangigen Präferenzen versehen; dabei kam es zu insgesamt 44 verschiedenartigen Präferenzketten: 11 mit nur einer Partei, 22 mit zwei Parteien, 9 mit drei Parteien und 2 mit mehr als drei Parteien. Es zeigt sich, dass sich auch bei einer Dualwahl das Ergebnis pro Wahlbezirk problemlos auf einem einzelnen DIN-A4-Blatt unterbringen ließe. Hinsichtlich der Frage, in welcher konkreten Form die Ergebnisse einer Dualwahl im Wahlbezirk erfasst, dokumentiert und sodann an die nächsthöhere Stelle übermittelt werden, sind mehrere Alternativen denkbar. Derzeit bestimmt § 71 der Bundeswahlordnung (BWO): "(1) Sobald das Wahlergebnis im Wahlbezirk festgestellt ist, meldet es der Wahlvorsteher der Gemeindebehörde, die die Wahlergebnisse aller Wahlbezirke der Gemeinde zusammenfasst und dem Kreiswahlleiter meldet. Ist in der Gemeinde nur ein Wahlbezirk gebildet, meldet der Wahlvorsteher das Wahlergebnis dem Kreiswahlleiter. [...] (2) Die Meldung wird auf schnellstem Wege (z. B. telefonisch oder auf sonstigem elektronischen Wege) erstattet. Sie enthält die Zahlen 1. der Wahlberechtigten, 2. der Wähler, 3. [...]". - Die Wahlordnung erlaubt also schon jetzt eine Vielzahl von Übertragungswegen. Somit stünden den Wahlvorständen neben Telefon, Fax oder E-Mail (z.B. in Form von CSV-Dateien = "comma separated values") ggf. auch speziell auf die Bedürfnisse einer Dualwahl entworfene Eingabemasken in gesicherten Netzwerken oder Smartphone-Apps als mögliche Übertragungsmittel zur Verfügung.

Im internationalen Kontext gibt es - vor allem in angelsächsischen Ländern - Wahlsysteme, die insoweit mit dem hier vorgestellten Instrument der Dualwahl vergleichbar sind, dass sie nicht auf einem bloßen Ankreuzen basieren, sondern bei denen mittels Nummerierung der zur Wahl stehenden Alternativen Präferenzen verteilt werden. In Irland beispielsweise wird seit 1922 nach einem klassischen "Single Transferable Vote" (STV)-System gewählt, um in Mehrmandatswahlkreisen das Problem der sogenannten unwirksamen Stimmen bei der reinen Mehrheitswahl zu beheben und eine verhältnismäßig bessere Repräsentation der abgegebenen Stimmen zu erreichen. Erhält ein Kandidat mehr Stimmen, als zum Gewähltsein benötigt werden, werden die überschüssigen Stimmen nach einem bestimmten Algorithmus an andere Kandidaten weiterverteilt. Auch in Malta kommt seit 1921 ein klassisches STV-System zum Einsatz. In Australien dagegen wird das Repräsentantenhaus seit 1918 nach dem "alternative vote" (AV)-

System gewählt (auch "instant runoff voting" genannt), einem auf Einmandatswahlkreise zugeschnittenen Präferenzwahlssystem. Eine Besonderheit des australischen Modells ist, dass die Wähler *alle* Kandidaten in eine Reihenfolge bringen müssen ("full preferential AV"); dieses Element wird jedoch zunehmend kritisch gesehen, weil es taktisches Wählen fördert.

Obwohl sowohl STV-Verfahren wie auch Full Preferential AV in der Auszählung komplizierter sind als das bei der Dualwahl verwendete (Präferenzwahl-) System, werden weder aus Irland noch aus Malta oder Australien praktische Schwierigkeiten bei der Ermittlung der Wahlergebnisse berichtet. Betrachtet man zum Beispiel die Wahlen zum australischen Abgeordnetenhaus und Senat, so fallen hier große Datenmengen an, weil *jeder* Wähler (genaugenommen sogar jeder *Wahlberechtigte*, da Wahlpflicht besteht) *alle* Parteien bzw. Kandidaten auf den Wahlzetteln in eine Reihenfolge bringen *muss* (falls nicht alle Rangziffern vergeben werden, ist der Stimmzettel ungültig). Aus diesem Grund werden am Wahlabend lediglich die Erstpräferenzen auf Wahlbezirksebene ausgezählt; alle weiterführenden Auszählungen und Auswertungen erfolgen ab dem Folgetag durch gesonderte Wahlausschüsse und mit EDV-Unterstützung (vgl.: [http://aec.gov.au/about\\_aec/Publications/Fact\\_Sheets/counting-the-votes.htm](http://aec.gov.au/about_aec/Publications/Fact_Sheets/counting-the-votes.htm)). Das australische Wahlsystem stellt aufgrund seiner Komplexität sicherlich kein Vorbild für das deutsche Wahlsystem dar; es wird hier lediglich als Beleg dafür aufgeführt, dass in mancher altehrwürdigen Demokratie teilweise noch viel kompliziertere Wahlverfahren zum Einsatz kommen, ohne dass sich hieraus nennenswerte Probleme bei der Durchführung der Wahlen ergeben hätten.

Warum sich ausgerechnet deutsche Wahlvorstände mit einem Wahlverfahren, bei dem der Wähler auf Wunsch Rangziffern statt Kreuze vergeben darf, "vor fast unlösbare Aufgaben" gestellt sehen sollten (so noch Wolfgang Schreiber et al. im Kommentar zum Bundeswahlgesetz, 9. Auflage, 2013, § 6 Rn. 37), ist nicht erkennbar und entbehrt jeder sachlichen Grundlage. Jedes deutsche Kommunalwahlsystem, welches die Elemente des Panaschierens und Kumulierens (also des Aufteilens bzw. Anhäufens mehrerer Stimmen zwischen verschiedenen Kandidaten bzw. Parteien) kennt, dürfte einen höheren Auszählaufwand mit sich bringen als die hier skizzierte Wahlrechtsänderung. Es ist somit zu erwarten, dass nach einer kurzen Eingewöhnungszeit das System der einstufigen Dualwahl genauso praktikabel wie das in Deutschland derzeit verwendete Wahlsystem ist. Es spricht auch nichts dagegen, wenn die Stimmzettel weiterhin ihr gewohntes Aussehen behalten; nur die Erläuterungen am Kopf des Bogens müssten entsprechend angepasst werden.

Wichtig ist auch, dass aus Sicht des Wählers eine hundertprozentige Abwärtskompatibilität gewährleistet ist; denn auch wer seine Stimme nach traditioneller Art per Ankreuzen vergibt, hat damit eine vollgültige Stimme abgegeben. Die Mehrheit aller Wähler muss sich sowieso nicht umstellen, weil die Option, nach-

rangige Präferenzen zu vergeben, letztlich nur für Kleinparteienwähler relevant ist. Insbesondere die kleinen Parteien werden es als ihre Aufgabe begreifen, den Bürgern das neue Wahlsystem nahezubringen, da es in ihrem ureigenen Interesse liegt, dass ein möglichst hoher Anteil ihrer Anhängerschaft die Funktionsweise des neuen Systems versteht. In dem Ausmaß, in dem dies nicht gelingt und Anhänger kleiner Parteien weiter wie bisher nur eine Erstpräferenz vergeben, würde das System der Dualwahl dem bisherigen System mit unkompensierter Sperrklausel gleichen. Dieses System stellt quasi die Rückfallposition dar; d.h. selbst wenn im ungünstigsten Fall kein einziger Wähler die neuen Zusatzoptionen versteht und jeder seine Stimme weiter nach dem gewohnten Verfahren abgeben würde, könnte die Dualwahl niemals hinter dieses Referenzsystem zurückfallen.

Wenn die Zweitstimme mit einem Dualwahl-Modus versehen wird, wäre es empfehlenswert, bei der Erststimme die sogenannte "Integrierte Stichwahl" einzuführen, um einen Systembruch zu vermeiden. Aus Sicht des Wählers arbeiten beide Instrumente gleich, weil sowohl bei der Kandidatenstimme (Erststimme) wie auch bei der Parteistimme (Zweitstimme) nach Präferenz durchnummeriert werden kann. (Wenn der Wähler nur einen einzigen Kandidaten für wählbar hält oder sicher ist, dass sein Lieblingskandidat einer der beiden Erstplatzierten sein wird, kann er auch bei der Erststimme statt der Ziffer '1' ein Kreuz für diesen Kandidaten setzen, ohne damit seine Stimme im Stichwahlgang unnötig zu verschenken). Technisch gesehen arbeiten Dualwahl und Integrierte Stichwahl insofern unterschiedlich, als die Zweitstimme gemäß dem Prinzip der Verhältniswahl wirkt, während die Wahl von Abgeordneten in Einer-Wahlkreisen dem Prinzip der Mehrheitswahl folgt. Während bei der Dualwahl das Trennkriterium die Erreichung eines bestimmten Verhältnisanteils an den Gesamtstimmen ist (derzeit: 5 von 100), ist das Trennkriterium der Integrierten Stichwahl die Erreichung einer absoluten Mehrheit.

### 4.3. Mehrstufige Dualwahl

Die mehrstufige Dualwahl unterscheidet sich von der einstufigen Dualwahl dadurch, dass auch Parteien, die anfangs (knapp) unterhalb der Sperrklausel lagen, im Finalwahlgang die Sperrklausel evtl. noch überspringen können. Im Unterschied zu dem in Abschnitt 4.2 vorgestellten Instrument, bei dem die nachrangigen Präferenzen in einem *einstufigen* Verfahren angerechnet werden und ausschließlich an jene Parteien gehen, die bei der Erstauszählung das Sperrquorum erreicht haben, erfolgt die Verteilung der nachrangigen Präferenzen im *mehrstufigen* Verfahren dergestalt, dass die Parteien mit den jeweils schlechtesten Ergebnissen sukzessive eliminiert werden. Die für sie abgegebenen Stimmen werden jeweils an diejenige Partei weitergegeben, die in der Präferenzrangfolge als nächstes kommt und noch nicht ausgeschieden ist. Somit können nicht nur große Parteien, sondern auch Kleinparteien in gewissem Umfang Stimmen von noch kleineren Parteien auf sich ziehen. Gegebenenfalls könnte es also einer Partei,

die nach Erstpräferenzen zunächst unterhalb des Sperrquorums geblieben ist, dank der kumulierten Stimmen am Ende doch noch gelingen, im Finalwahlgang vertreten zu sein und an der Verteilung der Parlamentssitze teilzunehmen.

## **5. Verfassungsrechtliche Prüfung kompensierter Sperrklauselsysteme**

Nachdem vorstehend verschiedene Alternativen zu einer unkompensierten Sperrklausel vorgestellt worden sind, soll die in Abschnitt 3 angewendete verfassungsrechtliche Prüfung nun auch für diese Instrumente durchgeführt werden. Der Abschnitt 3.1 ("Legitimer Zweck") gilt entsprechend.

### **5.1. Geeignetheit zur Erreichung des angestrebten Zwecks**

Da bei jedem der in den Abschnitten 4.1 bis 4.3 vorgestellten Instrumente eine Sperrklausel enthalten ist und deren Höhe per se nicht verändert wird, wird der mit der Sperrklausel angestrebte eigentliche Regelungszweck (Effekt A gemäß Tab. 3) ebenso zuverlässig wie bei dem Instrument der unkompensierten Sperrklausel erreicht. Zumindest bei den Modellen aus Abschnitt 4.1 und 4.2 sind diesbezüglich keinerlei Qualitätsunterschiede festzustellen.

Bei Modell 4.3 gibt es einen kleinen Unterschied, weil die Möglichkeit besteht, dass eine Partei mit weniger als 5 Prozent der Erstpräferenzen dank der sukzessiv erfolgenden Stimmenübertragung am Ende doch noch bei mehr als 5 Prozent der (kumulierten) Stimmen landet. Wenn Anhänger zweier oder mehrerer kleiner Parteien in Ausnutzung dieser Konstruktion wechselseitig nachrangige Präferenzen verteilen, kann dies die durch die Sperrklausel angestrebte Konzentrationswirkung etwas abschwächen. Dies betrifft allerdings weniger die Konzentration der tatsächlich im Parlament vertretenen Parteien (die bei gegebener Sperrklauselhöhe in allen Modellen vergleichbar stark sein dürfte), sondern eher die Frage, inwieweit politische Strömungen im Vorfeld der Wahl einen Anreiz haben, sich entweder zu größeren Parteien zusammenzuschließen oder aber als kleinere politische Einheiten aufzutreten.

Kompensierte Sperrklauseln mit zweifacher Zweitstimme gewährleisten bei geeigneter Ausgestaltung ein identisches Maß an Zielerreichung wie die unkompensierte Sperrklausel mit einfacher Zweitstimme. Darüber hinaus können sie jedoch auch viele system-destabilisierende Nebenwirkungen der Sperrklausel reduzieren, denn kompensierte Sperrklauseln stärken die Widerstandskraft der parlamentarischen Demokratie auf vielfältige Weise:

**5.1.1.:** Sie wirken einer übermäßigen Sklerose des politischen Systems entgegen, indem sie die Benachteiligung kleiner und neuer Parteien auf ein unumgäng-

liches Maß zurückschrauben und somit die Durchlässigkeit der Sperrklausel-Schwelle erhöhen (vgl. Tab. 3, Effekt B).

**5.1.2.:** Sie verringern die Gefahr einer Mehrheitsumkehr, da die Erfolgswerte der Stimmen innerhalb eines politischen Lagers zu einem mehr oder weniger großen Teil nicht mehr verlorengehen (vgl. Effekt C in Tab. 3); dieser Effekt würde nur noch in dem Ausmaß auftreten können, in dem sich Anhänger kleiner Parteien nicht über die ihnen zur Verfügung stehenden Optionen bewusst sind oder aber diese nicht nutzen, weil sie nur eine einzige Partei innerhalb des Lagers für wählbar halten.

**5.1.3.:** Sie sorgen dafür, dass die Wahlergebnisse ein weitgehend wirklichkeitsgetreues Abbild der tatsächlichen Wählerpräferenzen liefern (vgl. Effekt D). Es gibt keinen rationalen Grund für Anhänger kleiner Parteien mehr, ihre Erstpräferenz einer anderen Partei als ihrer Lieblingspartei zu geben, da dank der nachrangigen Präferenzen die Möglichkeit besteht, dennoch eine erfolgswirksame Stimme abzugeben. Auch die Motivation für Anhänger größerer Parteien, Leihstimmen zu vergeben, schwindet, da die Stimmen, die in Erstpräferenz für eine Partei abgegeben wurden, die das Sperrquorum verfehlt hat, zu einem (großen) Teil nicht für das Koalitionslager verloren sind, sondern über die nachrangigen Präferenzen noch zur Geltung kommen.

**5.1.4.:** Kompensierte Sperrklauseln ermöglichen schließlich auch die Rückkehr mancher entmutigter Kleinparteianhänger an die Wahlurne (vgl. Effekt E). Selbst wenn sich die konkrete Höhe des Sperrquorums nicht ändert, kann allein die gestiegene Chancengleichheit der Parteien eine ermutigende Wirkung auf bisherige Nichtwähler haben. Damit erhöht sich die Wahlbeteiligung und letzten Endes auch die demokratische Legitimation der Gewählten.

Somit kann festgehalten werden, dass kompensierte Sperrklauseln das Ziel einer Stabilisierung der parlamentarischen Demokratie nicht nur mindestens ebenso gut, sondern nach Abwägung aller Aspekte voraussichtlich sogar deutlich besser erreichen können als das Instrument der unkompensierten Sperrklausel.

## **5.2. Intensität der Eingriffe in Grundrechte**

In einem weiteren Schritt ist zu prüfen, ob und in welchem Umfang kompensierte Sperrklauseln - im Vergleich zur geltenden unkompensierten Sperrklausel - in die verfassungsrechtlich relevanten Grundsätze der Wahl eingreifen.

### **5.2.1.:** Gleichheit der Wahl

Die Verletzung der Wahlgleichheit, wie sie durch die unkompensierte Sperrklausel erfolgt, wird durch die in den Abschnitten 4.1 bis 4.3 vorgestellten Instrumente drastisch reduziert. Lediglich die Stimmen jener Wähler, die mit ihrer

Erstpräferenz eine unterhalb der Sperrklausel gebliebene Partei gewählt haben **und** die keine weiteren (erfolgreichen) nachrangigen Präferenzen angegeben haben, leiden weiterhin unter einem nicht vorhandenen Erfolgswert ihrer Stimme. Wer jedoch mit mindestens einer nachrangigen Präferenz eine Partei gewählt hat, deren Zweitstimmenergebnis oberhalb des Sperrquorums liegt, hat dadurch sichergestellt, dass seine Stimme neben dem üblichen Zählwert auch einen Erfolgswert zugeteilt bekommt und in vollem Umfang in die Verteilung der Mandate einfließt.

Wird - wie oben am Ende des Abschnitts 4.2 empfohlen - die Dualwahl mit einer Integrierten Stichwahl kombiniert, so muss für dieses Instrument eine gesonderte verfassungsrechtliche Beurteilung durchgeführt werden, da die Erststimme den Grundsätzen des Mehrheitswahlrechts folgt. Laut ständiger Rechtsprechung wirkt sich die Wahlgleichheit im Mehrheitswahlrecht und im Verhältniswahlrecht jeweils unterschiedlich aus. Dem Zweck der Mehrheitswahl entspricht es, dass nur die für den Mehrheitskandidaten abgegebenen Stimmen zur Mandatzuteilung führen und dass folglich nur diesen Stimmen ein Erfolgswert zukommt. Die auf den Minderheitskandidaten entfallenden Stimmen bleiben hingegen bei der Vergabe der Mandate unberücksichtigt (BVerfGE 120, 82 [103]; VerfGH NRW 2/09, Urteil vom 26. Mai 2009). Demzufolge wäre für die Integrierte Stichwahl die Forderung nach Gleichheit der Wahl auf jeden Fall erfüllt. Dies gilt nach herrschender Meinung allerdings auch bereits für die herkömmlich ausgestaltete Erststimme; hier besteht insofern ein wichtiger Unterschied zur herkömmlich ausgestalteten Zweitstimme, bei der die Erfolgswertgleichheit unstreitig verletzt ist.

### 5.2.2.: Freiheit der Wahl

In allen oben vorgestellten Modellen mit kompensierter Sperrklausel wird das "Dilemma der verschenkten Stimme" aufgelöst, weil entweder eindeutig bekannt ist, welche der Parteien im ersten Wahlgang die Sperrklausel-Hürde genommen haben (4.1), oder weil die Wähler beliebig viele nachrangige Präferenzen angeben können, die im Falle eines Scheiterns der Lieblingspartei an der Sperrklausel zum Tragen kommen (4.2 und 4.3). Nur in Modellen, wo die Zahl der möglichen nachrangigen Präferenzen auf 1 limitiert ist ("klassische Ersatzstimme"), kann dieses Dilemma - wenngleich auf sehr viel niedrigerem Niveau - weiterhin bestehen bleiben, wenn sich Anhänger einer kleinen Partei nicht sicher sind, ob möglicherweise auch die Partei ihrer zweiten Präferenz an der Sperrklausel scheitern könnte.

Es kann zudem auch im Dualwahl-System nicht ausgeschlossen werden, dass bei der Abgabe der Erstpräferenzen bei einigen Wählern wahltaktische Aspekte wie insbesondere Leihstimmen zum Tragen kommen, die nichts mit den zur Wahl stehenden Kandidaten und Parteien, ihren Programmen, Koalitionsaussagen etc. zu tun haben, sondern die allein aus dem Wahlsystem resultieren und

folglich die Freiheit der Wahl tangieren, indem sie manche Wähler dazu verführen, eine Partei zu wählen, die nicht ihre Lieblingspartei ist. Diese Effekte werden allerdings sehr viel geringer ausfallen als bei einer unkompensierten Sperrklausel. Da es bei gegebener Sperrklausel nach derzeitigem Erkenntnisstand keine wirkungsvolle Abhilfe gegen das zumindest theoretische Auftreten derartiger Effekte gibt, sind sie als unvermeidlich hinzunehmen.

### 5.2.3.: Chancengleichheit der Parteien

Die im geltenden Wahlrecht gegebene Benachteiligung kleiner Parteien durch die Sperrklausel wird bei den Modellen mit kompensierter Sperrklausel auf das unumgängliche Maß zurückgestutzt. Die Unterschiede in den technischen Ausgestaltungsdetails der oben diskutierten Modelle 4.1, 4.2 und 4.3 beeinflussen möglicherweise zu einem gewissen Grad auch die Chancen bzw. damit die Chancengleichheit der Parteien; diese Unterschiede dürften allerdings so klein sein, dass sie keine verfassungsrechtliche Relevanz besitzen.

### 5.2.4.: Geheimheit der Wahl

Der Grundsatz einer geheimen Wahl ist im Prinzip bei allen untersuchten Alternativen erfüllt. Dem steht auch nicht entgegen, dass ein Wähler im Falle der Dualwahl-Modelle bei sehr ungewöhnlich gewählter Präferenzfolge die Möglichkeit hat, seine Stimme anschließend in den amtlichen Wahlunterlagen zu identifizieren. Das Merkmal der Geheimheit der Stimme endet - hier wie auch sonst - erst in dem Moment, wo der Wähler *freiwillig* beschließt, sein Stimmverhalten offenzulegen. Wichtig ist nur, dass der Wähler *im Moment der Stimmabgabe* unbeobachtet bleibt. Unerheblich ist, ob er vorher oder nachher offenbart, welchen Kandidaten bzw. welche Partei er wählen will oder gewählt hat; denn ob er seine Stimme wirklich wie öffentlich erklärt abgegeben hat, kann nicht nachgeprüft werden (vgl. Urteil des VG Oldenburg vom 22.1.2008, 1 A 5201/06, Rz. 45).

Die Geheimheit einer Wahl kann auch dadurch verletzt sein, wenn eine Wahlentscheidung nachträglich durch die Analyse der Handschrift auf dem Stimmzettel rekonstruierbar ist. Ob dieser Umstand auch bereits dann gegeben ist, wenn der Wähler nur einzelne, wenige Ziffern auf dem Stimmzettel einträgt, wurde bisher noch nicht höchstrichterlich geklärt. Falls dieser Punkt als kritisch angesehen wird, könnte bei der Dualwahl statt der Nummerierung auch eine Ankreuzlösung zum Einsatz kommen. Hinter jedem Parteinamen würden dann mehrere Kästchen stehen, in denen der Wähler seine jeweils erste, zweite, dritte usw. Präferenz mittels Kreuzen markiert. Damit die so entstehende Matrix nicht zu unübersichtlich wird, könnte man ggf. die Zahl der maximal möglichen nachrangigen Präferenzen beschränken (z.B. auf drei).

### 5.2.5.: Allgemeinheit der Wahl

Auch der Grundsatz einer allgemeinen Wahl wird durch kompensierte Sperrklauseln nicht substantiell verändert. Positiv ist auf jeden Fall zu werten, dass

diese Instrumente voraussichtlich dazu führen, dass sich mehr Wähler als bisher an der politischen Willensbildung beteiligen (vgl. Abschnitt 5.1.4). Nur im Modell 4.1 besteht die Gefahr, dass an der Stichwahl weniger Wähler teilnehmen als am Hauptwahlgang. Sofern dies darauf zurückzuführen ist, dass die Wähler keine der noch im Rennen verbliebenen Parteien für wählbar halten, ist dies hinzunehmen. Sofern der Effekt jedoch auf einer Wahlmüdigkeit beruht oder auf dem (möglicherweise trügerischen) Gefühl, dass die Wahl schon "so gut wie gelaufen" sei, oder auch auf technischen Einschränkungen (z.B. der kurzen Frist zum Versand von Briefwahlunterlagen), sollte überprüft werden, ob aus diesen Gründen nicht Instrumente wie 4.2 und 4.3 zu bevorzugen sind, wo die Stimmabgabe für beide Wahlgänge zeitgleich stattfindet.

### 5.2.6.: Unmittelbarkeit der Wahl

Laut dem Bundesverfassungsgericht ist "dem Grundsatz der unmittelbaren Wahl .. dann Genüge getan, wenn das Wahlverfahren so geregelt ist, daß jede abgegebene Stimme bestimmten oder bestimmbar Wahlbewerbern zugerechnet werden muß, ohne daß erst nach der Stimmabgabe noch eine Zwischeninstanz nach ihrem Ermessen die Abgeordneten endgültig auswählt. Nur wenn die Wähler das letzte Wort haben, haben sie auch das entscheidende Wort; nur dann wählen sie unmittelbar." (BVerfGE 7, 63 [68]). In diesem Sinne sind kompensierte Sperrklauseln kein Rückschritt hinter den Grundsatz der unmittelbaren Wahl. Im Gegenteil, das vom Gericht geforderte "letzte Wort" des Wählers wird womöglich vielmehr durch die geltende unkompensierte Sperrklausel und die Praxis der entwerteten Erfolgswerte der Stimmen verletzt.

Auch ist nicht zu erkennen, wo die Anforderung an das Wahlsystem, eine bedingungslose, unmittelbar geltende Entscheidung für eine Partei zu erwirken, von kompensierten Sperrklauseln beeinträchtigt werden würde. Bei Durchführung eines gesonderten Finalwahlgangs einige Wochen nach dem Primärwahlgang würde die vom Wähler erwartete eindeutige politische Entscheidung ohne Vorbehalt und Rückfallposition wie bei jeder anderen (Stich-)Wahl greifen. Dasselbe gilt, wenn zwei Wahlgänge in einer einzigen Stimmabgabe zusammengefasst werden. Durch die spezifische Kennzeichnung seines Stimmzettels hat der Wähler nicht nur seine Wahlentscheidung für den ersten Wahlgang kundgetan, sondern auch eindeutig festgelegt, wie seine Stimme im zweiten Wahlgang in Abhängigkeit vom Ergebnis des ersten Wahlgangs zu zählen ist. Da es der Wähler selbst ist, der seine Stimme gleichzeitig für einen nachrangigen Wahlgang abgibt, besteht hier kein Verstoß gegen den Grundsatz der Unmittelbarkeit der Wahl.

Der theoretisch denkbare Einwand gegen die Dualwahl, dass im Zeitpunkt der Stimmabgabe noch nicht klar ist, welche Parteien im Finalwahlgang vertreten sind und es deshalb unzulässig sei, aus der bloßen Präferenzreihenfolge, welche ein Wähler angegeben hat, eigenmächtig dessen Wahlentscheidung für den Fi-

nalwahlgang herauszulesen, ist nicht stichhaltig. Ebenso wenig greift die Kritik, dass der mutmaßliche Wille des Wählers aufgrund einer Rationalitätsprämisse nur "simuliert" wird, ohne dass der Wähler selbst noch einmal die Möglichkeit hätte, sich für eine abweichende, möglicherweise von außen irrational erscheinende Stimmabgabe zu entscheiden, wie dies z.B. in einem zeitlich getrennten Stichwahlgang der Fall wäre. Die Wahlentscheidung bei der Dualwahl findet ja absolut zeitgleich für *beide* Wahlgänge statt; deshalb bleibt hier denklogisch kein Raum für etwaige nachträgliche Umentscheidungen des Wählers aufgrund veränderter Umweltbedingungen. Auch ist dem Wähler vollständig bewusst, wie sich die von ihm abgegebenen Präferenzen bezüglich *aller* theoretisch denkbaren Finalwahlszenarios auswirken. Der Wähler weiß z.B., dass es unschädlich ist, wenn er mit höheren Präferenzen Parteien gewählt hat, die in Wirklichkeit gar nicht mehr im Finalwahlgang vertreten sind; denn in diesem Fall würden diese Präferenzen faktisch unberücksichtigt bleiben. Der Wähler weiß ferner, dass er im Zweifel einfach nur alle Parteien, die er überhaupt für wählbar hält, in der Rangfolge seiner Präferenz durchnummerieren muss, um hundertprozentig sicher zu sein, dass seine Stimme im Finalwahlgang so gezählt wird, wie er dies im Zeitpunkt der Stimmabgabe gewünscht hat. Weil die Frage, wie aus Rangfolgeziffern im Finalwahlgang der Wählerwille ermittelt wird, Bestandteil der wahlgesetzlichen Regelungen ist und das Wahlgesetz allen Beteiligten vorher zugänglich ist, bleiben hier keine Räume für Ungewissheiten und auch keine Interpretationsspielräume, aufgrund derer der Wählerwille nachträglich verfälscht werden könnte.

Der Grundsatz der Unmittelbarkeit der Wahl fordert "ein Wahlverfahren, in dem der Wähler vor dem Wahlakt erkennen kann, welche Personen sich um ein Abgeordnetenmandat bewerben und wie sich die eigene Stimmabgabe auf Erfolg oder Mißerfolg der Wahlbewerber auswirken kann" (BVerfGE 95, 335 [350]). Die Grenzen werden hier allerdings traditionell nicht sehr eng gezogen. So ist es nach geltender Rechtsprechung z.B. nicht erforderlich, dass der Wähler erkennen kann, wieviele Abgeordnetensitze vergeben werden (vgl. BVerfGE 95, 335 [391]); auch dass der Wähler an starre Listen gebunden ist, wird unter dem Blickpunkt der Unmittelbarkeit der Wahl als unbedenklich angesehen, weil das Wahlergebnis auch in einem solchen Fall allein von seiner im Wahlakt bekundeten Willensentscheidung abhängig bleibt (vgl. BVerfGE 47, 253 [281]). Auch bei kompensierten Sperrklauselsystemen gibt es eine eindeutige kausale Beziehung zwischen der im Wahlakt bekundeten Willensentscheidung des Wählers und dem Wahlergebnis, ohne dass der Einfluss einer anderen Instanz hier zwischengeschaltet wäre. Im Vergleich zur derzeit herrschenden Situation mit un kompensierter Sperrklausel ist es dem Wähler in gewisser Weise sogar besser möglich, vorherzusehen, wie sich die eigene Stimmabgabe auf Erfolg oder Mißerfolg der Wahlbewerber auswirken kann, da er nicht in Ungewissheit darüber bleiben muss, ob seine Stimme letzten Endes einen Erfolgswert hat oder nicht.

Interessanterweise beruhen die einzigen verfassungsrechtlichen Bedenken, die kompensierten Sperrklauselmodellen jemals entgegengebracht wurden, *ausnahmslos* auf dem Vorwurf, diese Instrumente würden die Unmittelbarkeit der Wahl verletzen. Die äußerst spärliche Literatur hierzu wird vom Bundesministerium des Innern wie folgt zusammengefasst: "Ergänzend wird darauf verwiesen, dass im Schrifttum gegen die Einführung einer solchen Alternativstimme verfassungsrechtliche Bedenken geltend gemacht würden: Eine Alternativstimme sei mit dem Charakter der Stimmabgabe als einer vorbehaltlosen und bedingungsfeindlichen Willenserklärung nicht zu vereinbaren und verstoße daher gegen den Grundsatz der Unmittelbarkeit der Wahl im Sinne des Artikels 38 Absatz 1 Satz 1 GG und gegen das Demokratieprinzip nach Artikel 20 Absatz 1 GG (so *Schreiber, Kommentar zum BWG*, 8. Auflage, 2009, § 6 Rn. 37 sowie *ders. in Friauf/Höfling, Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Stand 2008, Artikel 38 Rn. 23, 88*). Überdies sei die Gewährung einer Alternativstimme auch keine verfassungspolitisch angezeigte Fortentwicklung des Wahlrechts. Sie würde das Stimmabgabeverfahren verkomplizieren, die Ermittlung des Wahlergebnisses wesentlich erschweren und verzögern und den Wähler von einer eindeutigen politischen Entscheidung ohne Vorbehalt und Rückfallposition entpflichten (*Schreiber, Kommentar zum BWG*, 8. Auflage, 2009, § 6 Rn. 37)." (BT-Drucksache 17/4600). - Man muss das obige Zitat nur mit der Ersetzung des Worts "Alternativstimme" durch den Begriff "zusätzlicher Stichwahlgang" lesen, um die Absurdität dieser Argumentation hinsichtlich kompensierter Sperrklauselsysteme zu begreifen. Soweit sich der Kommentar hingegen explizit und ausschließlich auf die Dualwahl (in anderer Terminologie: Alternativstimme) als spezielle Variante kompensierter Sperrklauseln bezieht, muss man ihm entgegenhalten, dass er das Prinzip der virtuellen Zusammenfassung zweier Wahlgänge in einer einzigen Stimmabgabe nicht verstanden hat; andernfalls hätte der Autor zu dem Schluss kommen müssen, dass die Unmittelbarkeit der Wahl durch die Einführung eines kompensierten Sperrklauselsystems im Vergleich zum Status Quo gerade gefördert statt reduziert wird, weil der Wähler hiermit "das letzte Wort", also die Entscheidung, wem seine Stimme am Ende tatsächlich zugute kommen soll, zurückgewinnt.

Das im obigen Zitat ebenfalls auftauchende Argument einer angeblichen Verkomplizierung des Stimmabgabeverfahrens bei Dualwahlsystemen wurde bereits ausführlich in Abschnitt 4.2 widerlegt. Die Stimmzettel könnten ihre gewohnte Form behalten, und jedem Wähler stünde es frei, ob er seine Stimme nach althergebrachter Art durch Ankreuzen seiner Lieblingspartei abgeben möchte oder ob er stattdessen die Optionen des neuen Wahlrechts nutzen und statt eines Kreuzes mehrere Parteien in der Rangfolge seiner Präferenz durchnummerieren will. In beiden Fällen hätte er eine vollgültige Stimme abgegeben. Wahlsysteme, die dem Wähler die Möglichkeit bieten, eine bestimmte Anzahl von Kandidaten durch Kumulieren und Panaschieren auszuwählen (wie dies viele Kommunalwahlgesetze tun), dürften aus Sicht der Wähler komplizierter und fehleranfälliger sein

als Dualwahlsysteme mit ihrer einfach zu durchschauenden Wahlmöglichkeit "Kreuz oder Rangziffern".

### 5.3. Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit

Wie in den Abschnitten 5.1 und 5.2 gezeigt werden konnte, genügen kompensierte Sperrklauseln mit zweifacher Zweitstimme dem Kriterium der Erforderlichkeit, da sie bei gleicher Zielerreichung geringere Eingriffe in Wahlgrundsätze bedeuten. Dennoch soll abschließend der Vollständigkeit halber auch noch überprüft werden, ob es irgendwo unverhältnismäßig hohe Kosten oder sonstige Nachteile gibt, die den Aufwand für die Einführung einer kompensierten Sperrklausel unangemessen erscheinen lassen.

Beispielsweise könnte in diesem Zusammenhang diskutiert werden, ob die Kosten bzw. der organisatorische Aufwand eines zusätzlichen Wahlgangs wie in Modell 4.1 den Nutzen einer Minimierung der Verletzung der Wahlgleichheit rechtfertigen. Unter dem Strich wird diese Frage sicher zu bejahen sein, weil dem zweifellos vorhandenen Mehraufwand auf der anderen Seite der Nutzen gegenüberzustellen ist, dass auf diese Weise massive Beeinträchtigungen von Grundrechten deutlich reduziert werden können. Der Begriff "massiv" ist hier sowohl in dem Sinne zu verstehen, dass die Intensität des Eingriffs sehr stark ist, wie auch in dem Sinne, dass ein erheblicher Teil der Bevölkerung hiervon betroffen ist (vgl. dazu näher Abschnitt 7.5).

Bei den Modellen 4.2 und 4.3 fallen Mehrkosten kaum ins Gewicht, doch ist auch hier zumindest mit einer verlängerten Auszählungsdauer zu rechnen (vgl. zu den Einzelheiten Abschnitt 4.2). Dies sollte jedoch zugunsten der Optimierung demokratischer Rechte in Kauf genommen werden.

Schließlich müsste überprüft werden, ob kompensierte Sperrklauseln zu einer unverhältnismäßig hohen Anzahl an ungültigen Stimmen führen, die den Nutzen des Modells wieder relativieren. Ein größerer Anstieg ungültiger Stimmen ist nicht zu erwarten - zum einen weil das Aussehen der Stimmzettel nahezu unverändert bleiben kann und jeder Wähler, der nach herkömmlicher Art wählt (d.h. mittels Ankreuzen seiner Lieblingspartei), eine gültige Stimme abgegeben hätte; zum anderen, weil auch die dem neuen Wahlsystem innewohnende Philosophie ("Nummeriere die Parteien in der Reihenfolge Deiner Präferenz, beginnend mit der Zahl 1") den Wählern sehr gut und verständlich zu vermitteln ist. Somit kann abschließend festgestellt werden, dass stark erhöhte Kosten oder sonstige Nachteile, die eine Unverhältnismäßigkeit bezüglich der Einführung kompensierter Sperrklauseln begründen könnten, nicht zu erkennen sind.

## 5.4. Vorläufiges Fazit

Wie in den Abschnitten 5.1 bis 5.3 gezeigt werden konnte, existieren gegenüber dem Referenzmodell der unkompensierten Sperrklausel mehrere alternative Instrumente, welche den beabsichtigten Zweck der Stabilisierung der parlamentarischen Demokratie mindestens so gut wie dieses erfüllen und mit angemessenem Aufwand umgesetzt werden könnten, gleichzeitig aber zu einer deutlich geringeren Verletzung von Grundrechten, insbesondere des Grundsatzes der Gleichheit der Wahl führen. Bei kompensierten Sperrklauseln beschränkt sich die Verletzung der Gleichheit der Wahl lediglich auf den Fall, wo ein Wähler nur eine einzige Partei für wählbar hält, diese es jedoch nicht über die Sperrklauselhürde schafft. Dies betrifft jedoch nur einen kleinen Teil jener Wähler, die ansonsten von den diskriminierenden Auswirkungen der Sperrklausel betroffen wären.

Somit lässt sich aufbauend auf der Analyse des Abschnitts 3 feststellen, dass als Alternative zur unkompensierten Sperrklausel mildere Mittel verfügbar sind. Die unkompensierte Sperrklausel ist folglich als verfassungswidrig einzustufen.

## 6. Prüfung eines Ermessensspielraums des Gesetzgebers

Grundsätzlich ist dem Gesetzgeber ein gewisser Spielraum zuzugestehen, wie er Gesetze unter Beachtung verfassungsrechtlicher Rahmenbedingungen konkret ausgestaltet. Dieser Gestaltungsspielraum ist insbesondere dann gegeben, wenn:

- 6.1. die Ausgestaltungsdetails keine Auswirkungen auf Grundrechte haben, oder
- 6.2. die Ausgestaltungsdetails zwar Auswirkungen auf Grundrechte haben, eine Minimierung der Eingriffe aber in Konflikt zu einem oder mehreren anderen Zielen mit Verfassungsrang stehen würde, oder
- 6.3. die Ausgestaltungsdetails zwar Auswirkungen auf Grundrechte haben, es aber nicht ohne weiteres erkennbar ist, ob - bei gleichem Regelungserfolg hinsichtlich des höheren Verfassungsgutes - ein milderer Mittel existiert, oder
- 6.4. die Ausgestaltungsdetails zwar Auswirkungen auf Grundrechte haben, die Unterschiede zu milderer Instrumenten aber vernachlässigbar klein sind.

Zu **6.1.**: Dass der erste Punkt nicht auf den vorliegenden Fall zutrifft, wurde bereits dargelegt. Anders wäre es, wenn der Gesetzgeber zwischen im Verfassungssinne gleichwertigen Alternativen zu wählen hätte. So würde es zweifellos in das Ermessen des Gesetzgebers gestellt sein, ob er z.B. einen zusätzlichen realen Stichwahlgang, eine klassische Ersatzstimme, eine einstufige Dualwahl oder eine mehrstufige Dualwahl einführen möchte, weil bei dieser Entscheidung die Grundrechte der Wähler und die Chancengleichheit der Parteien nicht oder allenfalls in einem unerheblichen Maße tangiert würden.

Zu 6.2.: Auch wo es einen Zielkonflikt zwischen der Sicherung der parlamentarischen Demokratie einerseits und der Minimierung von Eingriffen in die Wahlgleichheit andererseits gibt, obliegt es in erster Linie dem Gesetzgeber, hier eine Abwägung und Entscheidung zu treffen. Dies ist z.B. der Fall bei der Entscheidung über die konkrete Höhe der Sperrklausel; hier wurde stets ein Ermessensspielraum des Gesetzgebers bejaht, sofern das Quorum von 5vH nicht überschritten wird (BVerfGE 1, 208 [256]; ständige Rechtsprechung).

Allerdings wurde vom Verfassungsgericht bisher nur der Spielraum für Differenzierungen der Erfolgswertgleichheit im Falle einer *isolierten* Sperrklausel untersucht, wie sie in § 6 Abs. 3 Satz 1 BWG definiert ist, nicht aber bei Sperrklauselsystemen im Sinne einer Regelungseinheit zwischen den §§ 4 BWG bzw. 6 Abs. 3 BWG. Bei der isolierten Sperrklausel ist die Höhe tatsächlich der einzige Parameter, der modifiziert werden kann. Dass das Bundesverfassungsgericht sich bisher nur mit isolierten Sperrklauseln auseinandergesetzt hat, kommt u.a. in dem folgenden Zitat zum Ausdruck (Hervorhebung durch den Verfasser): "Sind die Voraussetzungen für eine Durchbrechung der formalisierten Wahlrechtsgleichheit gegeben und entschließt sich der Gesetzgeber, die Funktionsfähigkeit der zu wählenden Volksvertretung durch eine Sperrklausel zu sichern, die Splittergruppen von der Vertretung ausschließt, so ist in aller Regel ein Quorum von 5vH verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Es ... müssen ganz besondere, zwingende Gründe gegeben sein, um eine Erhöhung des Quorums über 5vH hinaus zu rechtfertigen. .. Ob und wie - in den aufgezeigten Grenzen - differenziert werden soll, *was also grundsätzlich als eine wegen zu geringer Stimmzahl nicht zu berücksichtigende Partei oder Wählergruppe angesehen wird*, das unterliegt der Entscheidung des Gesetzgebers." (BVerfGE 51, 222 [237 f.]).

Hier kommt klar zum Ausdruck, dass das Verfassungsgericht als verfassungsrechtlich relevantes Kriterium nur die Sperrklausel in ihrer reinsten, wörtlich zu verstehenden Bedeutung im Blick hat und nicht ein real existierendes Sperrklausel-Wirkungsgeflecht, welches einen ganzen Schweif positiver oder negativer Nebenwirkungen mit sich bringt. Die damit verbundene Beobachtung, dass verschiedene Varianten von Sperrklauselsystemen bei identischem Regelungserfolg zu sehr unterschiedlichen verfassungsrechtlichen Beurteilungen führen können, bedeutet, dass der ausfüllbare Ausgestaltungsspielraum weit über die Frage hinausgeht, welche Höhe die Sperrklausel annimmt. Unkompensierte bzw. kompensierte Sperrklauselsysteme können das exakt selbe Quorum und den exakt gleichen Regelungserfolg (im Sinne der Hervorhebung im obigen Zitat) aufweisen, unterscheiden sich aber dennoch grundlegend hinsichtlich der Intensität, mit der sie in Grundrechte eingreifen. Wie in Abschnitt 5 gezeigt werden konnte, würde der Übergang von einer unkompensierten Sperrklausel zu einem kompensierten Sperrklauselsystem bei *identischem* Zielerreichungsgrad mit deutlich geringeren Verletzungen von Grundrechten einhergehen. In diesem Fall würde

also der ansonsten übliche Zielkonflikt zwischen höherer Wahlgleichheit und einer stabileren Demokratie verschwinden, so dass dem Gesetzgeber hier gerade *kein* Ermessensspielraum verbleibt.

Zu **6.3.**: Auch der dritte Punkt kann widerlegt werden, da für die Erreichung der beiden betroffenen Verfassungsziele eine eindeutige Rangfolge ermittelt werden konnte und *eindeutig* gezeigt werden konnte, dass mildere Mittel existieren. Wo hingegen die Auswirkungen alternativer Instrumente obskur und/oder nicht miteinander vergleichbar sind, besteht ein Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers. Beispielsweise hätte statt des bekannten fixen Sperrquorums auch eine Regelung getroffen werden können, derzufolge nur eine bestimmte Zahl X an Parteien im Parlament vertreten ist; in diesem Fall würden also nur die X Parteien mit den meisten Zweitstimmen an der Sitzverteilung teilnehmen. Hier wäre weder per se ermittelbar, welche dieser beiden Sperrklausel-Varianten den Auftrag einer Stabilisierung der parlamentarischen Demokratie besser erfüllt, noch welche von beiden einen größeren Eingriff in die Gleichheit der Wahl bedeutet; nicht zuletzt wäre dies auch stark vom jeweiligen Wahlausgang abhängig. Wäre die Auswahl auf die zwei Alternativen in diesem Beispiel beschränkt, bestünde also sehr wohl ein Ermessensspielraum des Gesetzgebers bei der Entscheidung für ein in seinen Augen geeignetes Instrument.

Zu **6.4.**: In Abschnitt 5 wurde gezeigt, dass auch der letzte Punkt nicht zutreffend ist. Die Unterschiede zwischen einer unkompensierten und einer kompensierten Sperrklausel sind in verfassungsrechtlicher Hinsicht keineswegs graduell, sondern im Gegenteil sehr gravierend.

Überhaupt ist es unangebracht, die in den Abschnitten 4.1 bis 4.3 vorgestellten Instrumente als bloße "Ausgestaltungsdetails" oder "Ergänzungen" zu bezeichnen; tatsächlich handelt es sich hier um vollwertige Regelungsalternativen, die sich abgesehen von einer partiellen Überschneidung - nämlich dem Umstand, dass in allen Fällen eine Sperrklausel zum Funktionsumfang dazugehört - erheblich von der Ausgangsregelung unterscheiden.

§ 4 BWG ist weder ein Ausgestaltungsdetail noch eine Ergänzung zu § 6 Abs. 3, sondern eine eigenständige Norm, die ihrerseits den Wahlgrundsätzen - und in ganz besonderer Weise dem in Artikel 38 enthaltenen Grundsatz der gleichen Wahl - verpflichtet ist. Tatsächlich haben wir es hier mit einem sogenannten Normengeflecht zu tun, weil beide Normen für sich genommen geeignet wären, den als verfassungswidrig angenommenen Zustand zu beseitigen. Zu einem derartigen Fall hat das Bundesverfassungsgericht ausgeführt: "Eine für verfassungswidrig erachtete Rechtslage, die sich aus dem Zusammenwirken mehrerer Einzelregelungen ergibt und bei der sich deshalb der etwa bestehende verfassungsrechtliche Mangel durch eine Nachbesserung bei der einen *oder* der anderen Einzelregelung beheben ließe, kann grundsätzlich anhand jeder der betroffenen

Normen zur Prüfung gestellt werden." (BVerfGE 82, 60 [84]). Aus einer solchen Konstellation folgt, dass weder die eine noch die andere Einzelnorm isoliert für sich betrachtet verfassungswidrig wäre, jedoch das Normengeflecht als Ganzes.

Eine Diskussion über die Rechtmäßigkeit von § 4 BWG würde sich nur dann erübrigen, wenn der Gesetzgeber - was ihm natürlich jederzeit freisteht - die in § 6 Abs. 3 BWG verankerte Sperrklausel gänzlich abschafft. Solange dieser Schritt aber nicht gegangen wird, hat sich der Bundestag zwingend mit § 4 BWG und einer wirksamen Kompensationslösung zur Abmilderung der gegen die Verfassung verstoßenden Auswirkungen der bislang unkompensierten Sperrklausel zu beschäftigen.

Auch die Tatsache, dass die praktischen Auswirkungen der oben vorgestellten Instrumente mit kompensierter Sperrklausel (insbesondere der beiden Dualwahl-Varianten) nicht mit Sicherheit vorhergesagt werden können, kann laut ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts keinen Ermessensspielraum des Gesetzgebers begründen; vgl. dazu die folgende Position: "Die Ungewißheit über die Auswirkungen eines Gesetzes [*respektive von Gesetzesänderungen - Anmerkung des Verfassers*] ... begründet ... nicht schon als solche einen verfassungsgerichtlicher Kontrolle nicht zugänglichen Prognosespielraum des Gesetzgebers. Prognosen enthalten ein Wahrscheinlichkeitsurteil, dessen Grundlagen ausgewiesen werden können und müssen; diese sind einer Beurteilung nicht entzogen. Im einzelnen hängt die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers von Faktoren verschiedener Art ab, im besonderen von der Eigenart des in Rede stehenden Sachbereichs, den Möglichkeiten, sich ein hinreichend sicheres Urteil zu bilden, und der Bedeutung der auf dem Spiele stehenden Rechtsgüter." (BVerfGE 73, 40 [91 f.]).

Da die Frage der Verfassungswidrigkeit des geltenden Wahlrechts entscheidend davon abhängt, ob ein im Verfassungssinne milderes Mittel existiert, darf sich die verfassungsrechtliche Prüfung nicht nur auf abstrakte juristische Überlegungen beschränken, sondern muss sich ganz konkret und dezidiert mit einer Vorhersage der technischen (u.a. auszählungstechnischen) und politischen Folgen kompensierter Sperrklauselsysteme auseinandersetzen. Der Bundestag könnte sich dieses Wissen z.B. durch gutachterliche Anhörungen, demoskopische Umfragen und Simulationsrechnungen, den Erfahrungsaustausch mit ausländischen Wahlämtern oder ähnlich geeignete Maßnahmen aneignen. Es versteht sich im übrigen von selbst, dass hierzu nur Gutachter befragt werden sollten, die sich schon in ihren bisherigen Forschungen mit dem Thema der kompensierten Sperrklauseln auseinandergesetzt haben. Wer diesbezüglich keinerlei eigene Arbeiten vorweisen kann, ist sicher nicht als Sachverständiger zu dieser Problematik geeignet.

In Zusammenfassung der vorangegangenen Absätze lässt sich feststellen, dass im Falle von (schwerwiegenden) Grundrechtseingriffen kein Gestaltungs- und Ermessensspielraum des Gesetzgebers existiert, sofern eine alternative Lösung als zweifelsfrei milderes Mittel zur Verfügung steht.

Verschärfend kommt hinzu, dass der Bundestag immer dann eine besonders strenge und objektive Prüfungspflicht wahrzunehmen hat, wenn er aus der Natur der Sache heraus kein unbeteiligter Dritter sein kann. Da die Verfassungswidrigkeit des Wahlrechts die Eigeninteressen aller Mitglieder des Bundestages berühren würde, ist in diesem Fall ein derartiger Interessenkonflikt unzweifelhaft zu bejahen. Auch das Bundesverfassungsgericht hat den Spielraum des Gesetzgebers gerade beim Thema Sperrklausel stets sehr eng gezogen, wie das folgende Zitat belegt: " Die im ..[P]arlament vertretenen Parteien könnten an der Fünf-Prozent-Sperrklausel festhalten, um die Konkurrenz durch kleinere Parteien und .. Wählergemeinschaften möglichst klein zu halten ... Aus diesem Grund unterliegt auch die Ausgestaltung des Wahlrechts einer strikten verfassungsgerichtlichen Kontrolle. Der Gesetzgeber darf daher nicht frei darüber befinden, von welchem Wahrscheinlichkeitsgrad an er Funktionsstörungen in Betracht ziehen will. Andernfalls würde eine gerichtliche Kontrolle gesetzgeberischer Prognoseentscheidungen, einschließlich deren tatsächlicher Grundlagen, unmöglich gemacht." (BVerfG 2 BvK 1/07 vom 13.2.2008). - Und an anderer Stelle: "Wenn die öffentliche Gewalt in den Parteienwettbewerb in einer Weise eingreift, die die Chancen der politischen Parteien verändern kann, sind ihrem Ermessen .. besonders enge Grenzen gezogen (*BVerfGE 85, 264 [297]*). Eine strenge Prüfung ist insoweit auch deshalb erforderlich, weil mit Regelungen, die die Bedingungen der politischen Konkurrenz berühren, die jeweilige parlamentarische Mehrheit gewissermaßen in eigener Sache tätig wird und<sup>[""]</sup> gerade bei der Wahlgesetzgebung die Gefahr besteht, dass die jeweilige Parlamentsmehrheit sich statt von gemeinwohlbezogenen Erwägungen vom Ziel des eigenen Machterhalts leiten lässt." (BVerfGE 120, 82 [105] bzw. BVerfG 2 BvC 4/10 vom 9.11.2011, Rn. 91). - Und weiter heißt es: "[Es] folgt aus dem formalen Charakter der Grundsätze der Wahlgleichheit und der Chancengleichheit der Parteien, dass dem Gesetzgeber bei der Ordnung des Wahlrechts nur ein eng bemessener Spielraum für Differenzierungen verbleibt. Der Gesetzgeber ist zudem verpflichtet, eine die Wahlgleichheit und die Chancengleichheit berührende Norm des Wahlrechts zu überprüfen und gegebenenfalls zu ändern, wenn die verfassungsrechtliche Rechtfertigung dieser Norm durch neue Entwicklungen in Frage gestellt wird." (BVerfGE 120, 82 [106]). - Dem letztgenannten Aspekt soll sich der folgende Abschnitt widmen.

## 7. Prüfung veränderter Rahmenbedingungen

Ein Wahlgesetz hat die Verhältnisse des Landes, für das es erlassen wird, zu berücksichtigen; es hat nicht die Aufgabe, sich auf abstrakt konstruierte Fälle einzurichten (BVerfGE 1, 208 [259]; ebenso BVerfGE 95, 408 [418 f.]). Da sich die Rahmenbedingungen, innerhalb derer das Wahlrecht wirkt, jedoch stetig verändern, müsste in regelmäßigen zeitlichen Abständen eine Realanalyse durchgeführt werden und ggf. überprüft werden, ob die festgestellte Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse auch zu einer abweichenden verfassungsrechtlichen Beurteilung führt. Eine zunächst verfassungsrechtlich unbedenkliche Vorschrift kann infolge einer Änderung der tatsächlichen Verhältnisse verfassungswidrig werden (BVerfGE 95, 335 [405]). Für den vorliegenden Fall sind insbesondere sechs Aspekte relevant:

**7.1.:** Seit im Jahr 1953 die Sperrklausel in das Bundeswahlgesetz eingefügt worden ist, ist die Stabilisierung der Demokratie in Deutschland merklich vorangeschritten. Nicht zuletzt auch in Anerkennung dieser Situation hat das Bundesverfassungsgericht mit Urteil vom 9.11.2012 und in Abweichung von einem anderslautenden Urteil aus dem Jahr 1979 die Fünf-Prozent-Sperrklausel im Europawahlgesetz für verfassungswidrig erklärt (BVerfG 2 BvC 4/10 vom 9.11.2011); knapp vier Jahre vorher hatte das Gericht auch die generelle Verfassungswidrigkeit von Fünf-Prozent-Sperrklauseln bei der Wahl kommunaler Vertretungsorgane festgestellt (BVerfG 2 BvK 1/07 v. 13.2.2008). Auch wenn die Argumente, die gegen eine Sperrklausel bei Europawahlen oder Kommunalwahlen sprechen, zugegebenermaßen nicht ohne weiteres auf die Situation bei Bundestagswahlen übertragbar sind, so können diese Urteile dennoch als implizite Aufforderung verstanden werden, dass der Bundestag auch das im Bundeswahlgesetz verankerte Sperrklauselsystem einer intensiven Überprüfung im Lichte der ggf. veränderten tatsächlichen Verhältnisse unterziehen möge.

**7.2.:** Bei Einführung der Sperrklausel war noch nicht bekannt, dass überhaupt alternative Instrumente existieren, die geeignet sind, die negativen Nebenwirkungen der Sperrklausel einschließlich der Grundrechtsverletzungen zu reduzieren. Erst in den 70er und 80er Jahren kam der Vorschlag auf und wurde in den Politikwissenschaften diskutiert, eine Ersatzstimme - die damals noch Eventualstimme bzw. Nebenstimme genannt wurde - einzuführen; unter anderem finden sich entsprechende Hinweise und Empfehlungen in Arbeiten von Werner Speckmann, Eckhard Jesse, Hans Meyer, Joachim Linck sowie ausführlich bei Ulrich Wenner ("Sperrklauseln im Wahlrecht der Bundesrepublik Deutschland", Frankfurt a.M. 1986, S. 412-416), Ernst Becht ("Die 5%-Klausel im Wahlrecht · Garant für ein funktionierendes parlamentarisches Regierungssystem?", Stuttgart 1990) sowie Jan Köhler ("Parteien im Wettbewerb", Baden-Baden 2006, S. 140-143).

Seitdem wurden Modelle mit kompensierten Sperrklauseln langsam bekannter. Der Verein Mehr Demokratie e.V. hat erstmals 2012 offiziell die Einführung einer Ersatzstimme im Bundestagswahlrecht gefordert. In der Verfassungsgerichtsbarkeit hingegen haben kompensierte Sperrklauseln bisher noch keine Rolle gespielt, und die Prüfung, ob mildere Mittel als Alternative zu einer un kompensierten Sperrklausel existieren, wurde noch niemals von einem deutschen Verfassungsgericht durchgeführt (vgl. auch oben Abschnitt 6.2). Sofern sich der deutsche Bundestag mit dieser Frage beschäftigt hat (z.B. im Rahmen der Petition 1-16-06-111-021730, Beschluss vom 13.12.2007, BT-Drucksache 16/7494), wurden wichtige Tatsachen nicht gewürdigt, so dass die bisherigen Prüfungen als rechtsfehlerhaft zu bezeichnen sind. Folglich besteht nach dem Bekanntwerden kompensierter Sperrklauselsysteme eine entsprechende Prüfungspflicht seitens des Bundestages (vgl. zur Prüfungspflicht in Wahlrechtsfragen BVerfG 2 BvK 1/07 v. 13.2.2008, Rn. 110).

**7.3.:** Mit der in der letzten Jahren stetig verbesserten technischen Ausrüstung von Bundes- und Landeswahlleitern, Wahlausschüssen und Wahlvorständen sinken die eventuellen Bedenken gegen eine praktische Umsetzbarkeit von Dualwahl-Lösungen. Je konsequenter die Übermittlung der Daten aus den einzelnen Wahllokalen sowie ihre spätere Aggregation und Umberechnung in Sitzverteilungen automatisiert mittels leistungsfähiger EDV-Systeme erfolgt, um so reibungsloser würde die Umstellung auf ein Dualwahl-System durchgeführt werden können.

**7.4.:** Bei der Landtagswahl am 20. Januar 2013 in Niedersachsen ist es zu einem in diesem Ausmaß bis dahin noch nie erlebten Leihstimmen-Effekt gekommen. Laut einer demoskopischen Studie der Forschungsgruppe Wahlen (ermittelt im Rahmen einer repräsentativen Befragung von 20.158 Wählern am Wahltag, vgl. [http://www.forschungsgruppe.de/Wahlen/Wahlanalysen/News/Nied\\_2013.pdf](http://www.forschungsgruppe.de/Wahlen/Wahlanalysen/News/Nied_2013.pdf)) stammten die FDP-Stimmen bei der Niedersachsenwahl 2013 zu 80 Prozent von CDU-Anhängern; dies entspricht 7,9 Prozentpunkten des FDP-Ergebnisses in Höhe von 9,9 Prozent. Da die CDU in Niedersachsen 36,0 Prozent der Zweitstimmen erhalten hat, haben folglich im Durchschnitt 2 von 11 CDU-Wählern ihre Stimme an die FDP "verliehen". Oder anders ausgedrückt: Ungefähr jede zwölfte der bei dieser Wahl abgegebenen Stimmen war eine Leihstimme. Dieses dramatisch zu nennende Ereignis unterstreicht die Wichtigkeit, Wahlsysteme dahingehend zu verbessern, dass die abgegebenen Stimmen auch tatsächlich die wahren Präferenzen der Wähler widerspiegeln.

**7.5.:** Auch bei der Bundestagswahl 2013 ist es zu einer Verzerrung in Rekordhöhe gekommen. 6.859.439 Stimmen (das sind 15,7 % aller gültigen Zweitstimmen) wurden für Parteien abgegeben, die bei der Verteilung der Mandate unberücksichtigt geblieben sind. Somit hat fast jeder sechste Wähler nicht über die Zusammensetzung des Parlaments mitentscheiden können. Während bei den

Bundestagswahlen 1972 bis 1987 der Anteil der unberücksichtigten Stimmen bei einem arithmetischen Mittel von nur 1,13 Prozent lag und für den Zeitraum 1990 bis 2009 auf 5,75 Prozent anstieg, explodierte diese Zahl bei der Bundestagswahl 2013 auf das 2,7fache des Mittelwerts der vorangegangenen sechs Bundestagswahlen (vgl. Tab. 7).

Bundestagswahl	Anteil der bei der Sitzverteilung unberücksichtigten Stimmen
1972	<b>0,93 %</b>
1976	0,88 %
1980	1,98 %
1983	0,52 %
1987	1,35 %
1990	8,05 %
1994	3,61 %
1998	5,88 %
2002	7,03 %
2005	3,93 %
2009	6,01 %
2013	<b>15,69 %</b>

**Tab. 7:** Anteil der nicht-berücksichtigten Stimmen (d.h.: Summe der Stimmenanteile aller Parteien, die weder die 5%-Hürde erreichten noch von der Grundmandatsklausel erfasst wurden) bei den Bundestagswahlen 1972 bis 2013 in Deutschland.

Eine derart massenhafte Verletzung des Grundsatzes der gleichen Wahl ist alarmierend und bedarf zwingend einer verfassungsrechtlichen Neubeurteilung der unkompensierten Sperrklausel und ihrer vorhandenen Alternativen. Insbesondere ist zu prüfen, ob das vom Bundesverfassungsgericht ausgegebene Ziel einer Integrationswirkung der Wahl angesichts der aktuellen politischen Entwicklungen noch mit dem gegenwärtigen Wahlrecht vereinbar ist. Prof. Dr. Frank Schorkopf schreibt dazu in der Frankfurter Allgemeinen Zeitung vom 3.10.2013 sehr zu Recht: "Der Integrationsakt der Verhältniswahl kann - auf Dauer - nur gelingen, wenn die Zahl der nicht parlamentarisch vertretenen Bürger quantitativ gering ist und deren politischer Wille diffus bleibt."

**7.6.:** Bei der Bundestagswahl 2013 lag die Wahlbeteiligung zum zweiten Mal seit 2009 unter 72 Prozent. Bei allen Bundestagswahlen vor 2009 hat sie - und zwar teilweise deutlich - über 77 Prozent gelegen (vgl. auch Tab. 2.a mit einer geglätteten Darstellung der Entwicklung). Dies ist ein besorgniserregendes Anzeichen dafür, wie stark die Integrationswirkung politischer Wahlen in den letzten Jahren verlorengegangen ist. Insofern erscheint eine Neubewertung und aktualisierte Abwägung zwischen den Zielen der Integrationswirkung einerseits

und der Funktionsfähigkeit des Parlaments andererseits (vgl. Abschnitt 3.1) dringend geboten.

## 8. Ergebnis der verfassungsrechtlichen Prüfung

Das Bundeswahlgesetz in seiner geltenden Fassung ist verfassungswidrig, soweit es den Regelungszusammenhang der §§ 4 und 6 Abs. 3 Satz 1 betrifft. Beide Paragraphen sind allein für sich genommen nicht verfassungswidrig, sondern erst in ihrem konkreten Zusammenspiel, weil die durch § 6 Abs. 3 Satz 1 BWG verursachten Eingriffe in die Gleichheit der Wahl durch eine geeignete Ausgestaltung des § 4 BWG geheilt werden könnten (siehe dazu die Abschnitte 5 sowie 6.4).

Im aktuell geltenden Wahlsystem mit Sperrklausel plus einfacher Zweitstimme ("unkompensierte Sperrklausel") wird die Gleichheit der Wahl und die Chancengleichheit der Parteien in erheblicher Weise verletzt. Es fehlt an einem zwingenden Grund, in diesem Ausmaß in die Gleichheit der Wahl und die Chancengleichheit der Parteien einzugreifen, da es mildere Mittel gibt, die bei identischem oder gar besserem Regelungserfolg einen deutlich geringeren Grundrechtseingriff darstellen. Diese Alternativ-Instrumente (siehe Abschnitt 4) sind dem bisher eingesetzten Instrument einer unkompensierten Sperrklausel unter allen verfassungsrechtlichen Aspekten entweder überlegen oder zumindest gleichwertig; es gibt auch keine Bedenken hinsichtlich ihrer Praktikabilität. Da Grundrechtseingriffe nur in dem gerade nötigen Umfang erfolgen dürfen, besteht für den Gesetzgeber *bei gegebener Sperrklausel* kein unbeschränkter Spielraum bei der Gestaltung des § 4 BWG; vielmehr ist die bisherige einfache Zweitstimme durch eine - wie auch immer im Detail ausgestaltete - zweifache Zweitstimme zu ersetzen, die in zwei aufeinanderfolgenden Wahlgängen, aber ggf. im Rahmen einer einzigen Stimmabgabe zum Einsatz kommt.

Auch ergibt sich in diesem Zusammenhang unter allen Umständen eine umfassende verfassungsrechtliche Prüfungspflicht des Gesetzgebers. Sofern diese nicht schon bereits früher vorgelegen hat, begründet sie sich spätestens durch die nach der Bundestagswahl 2009 stattgefundenen Entwicklungen (Abschnitt 7).

## 9. Prüfung der Folgen der Verfassungswidrigkeit

Die Verletzung von Grundrechten bei der Bundestagswahl 2013 betrifft nicht nur Einzelfälle, sondern fast jeden sechsten Wähler (vgl. Abschnitt 7.5). Zudem lässt sich vermuten, dass die Dunkelziffer sogar noch deutlich höher ist, denn die 15,7% unberücksichtigten Stimmen wurden ja von jenen Wählern abgegeben, die unverdrossen ihre Lieblingspartei gewählt haben, auch wenn sie wissen

mussten, dass diese Partei möglicherweise oder gar wahrscheinlich an der 5%-Hürde scheitern würde. Diese Wählergruppe wurde in Tab. 1 als Wählertypus "W" bezeichnet. Nicht erfasst in der obigen Zahl wurden hingegen die Wähler vom Typus "X<sub>1</sub>" und "Y", deren Grundrecht auf freie Wahl ebenfalls verletzt worden ist (vgl. Abschnitt 2), ohne dass sie anhand der amtlichen Wahlergebnisse identifizierbar wären. Da diese Wähler ebenfalls Anhänger von Kleinparteien sind, beläuft sich das wahre Ausmaß der unberücksichtigten bzw. in den Wahlergebnissen verzerrt wiedergegebenen Wähler-Präferenzen auf  $15,7 + x_1 + y$  Prozent.

Angesichts dieser Dimensionen hätte eine verfassungskonforme Ausgestaltung des Wahlrechts sehr wahrscheinlich zu einer grundsätzlich anderen Zusammensetzung des Parlaments geführt. Selbst wenn aus dem geänderten Wahlergebnis keine andere Regierungsmehrheit resultiert hätte (was zu beurteilen eine reine Spekulation wäre), so hätte es mit Sicherheit eine andere Verteilung der Mandate und folglich eine Verschiebung der Kräfteverhältnisse zwischen den Parteien gegeben. Da also der festgestellte Wahlfehler (a) zu einer abweichenden Zusammensetzung des Parlaments geführt hätte, außerdem (b) von ganz erheblichem Gewicht ist und (c) eine bloße Neuberechnung bzw. Neuverteilung von Mandaten nicht möglich ist (weil unbekannt ist, wie sich die Wähler unter einem entsprechend veränderten Wahlrecht verhalten hätten), wäre es allein aus der Sachlage heraus betrachtet eigentlich zwingend erforderlich, die Bundestagswahl 2013 für ungültig zu erklären und ihre Wiederholung anzuordnen.

Vor der Ansetzung von Neuwahlen muss jedoch der Deutsche Bundestag Gelegenheit bekommen, die Verfassungswidrigkeit des geltenden Wahlrechts zu beheben, weil sonst andernfalls auch der neue Bundestag auf der Grundlage eines nicht verfassungskonformen Gesetzes gewählt werden würde. Für die Erfüllung dieser Aufgabe ist dem Bundestag eine angemessene Frist einzuräumen. Da die Einspruchsfrist gegen die Gültigkeit der Bundestagswahl zwei Monate beträgt und der Wahlprüfungsausschuss des Bundestags für seine Arbeit typischerweise ca. zwölf Monate benötigt, des weiteren aufgrund der anspruchsvollen Thematik realistischerweise mindestens weitere 15 bis 18 Monate bis zum Abschluss des Gesetzgebungsprozesses einzuplanen sind, würde eine Wiederholung der angegriffenen Wahl selbst bei zügiger Bearbeitung durch den Gesetzgeber frühestens etwa 15 bis 18 Monate vor der turnusgemäßen Neuwahl des Bundestages erfolgen können, so dass die Auswirkungen des Wahlfehlers ohnehin nur zu einem allenfalls kleinen Teil zurückgenommen werden könnten. Bei einer Abwägung des festgestellten erheblichen Wahlfehlers mit dem Interesse am Bestandsschutz der im Vertrauen auf die Verfassungsgemäßigkeit des Bundeswahlgesetzes zusammengesetzten Volksvertretung (vgl. BVerfGE 121 266 [311 f.]) dürfte deshalb letzteres überwiegen; somit verzichtet der Einspruchsführer zwar nicht aus inhaltlichen, aber doch aus pragmatischen Gründen auf die eigentlich angemessene Forderung, das auf verfassungswidrige Weise zustandegekommene Ergeb-

nis der Bundestagswahl 2013 für ungültig zu erklären und eine Wiederholung der Wahl ansetzen zu lassen. Bestehen bleibt jedoch die nachdrückliche Forderung an den Gesetzgeber, rechtzeitig vor der nächsten Bundestagswahl ein verfassungskonformes Wahlgesetz vorzulegen.

Die Tatsache, dass ein als verfassungswidrig erkannter Zustand (hier: die Ungültigkeit der Wahl) wegen sich aus der Natur der Sache ergebenden Einschränkungen nicht einfach durch naheliegende, umgehend wirksam werdende Maßnahmen (hier: die Wiederholung der Wahl) geheilt werden kann, muss im Umkehrschluss zu der Einsicht führen, dass es bei der Bearbeitung des vorliegenden Einspruchs dann auch keinerlei schuldhaftige Verzögerungen geben darf. Schließlich ist der Deutsche Bundestag hier nicht nur als Gesetzgeber am Verfahren beteiligt, sondern ist auch selbst materiell Betroffener und muss deshalb jeden Anschein vermeiden, dass er aus Eigeninteresse die verfassungsrechtliche Klärung unnötig verschleppt. Wie im letzten Absatz erwähnt wurde, wäre das zur Verfügung stehende Zeitfenster bis zur nächsten turnusgemäßen Neuwahl des Bundestages schon dann recht eng, wenn der Bundestag den Wahleinspruch annähme und nach dem Abschluss des Wahlprüfungsverfahrens unverzüglich damit beginnen würde, die bisher geltende unkompensierte Sperrklausel durch eine verfassungskonforme Alternative zu ersetzen. Würde der Deutsche Bundestag den Wahleinspruch hingegen nicht annehmen, so würde der Verfasser dieses Einspruchs eine Wahlprüfungsbeschwerde vor dem Bundesverfassungsgericht stellen; ein solches Verfahren würde viele weitere Monate in Anspruch nehmen, was die zur Verfügung stehende Zeit nochmals reduzieren würde.

Es ist grundsätzliche Aufgabe des Gesetzgebers, den in diesem Wahleinspruch dargelegten *massiven* Zweifeln an der Verfassungskonformität des derzeit geltenden Bundeswahlgesetzes selbst nachzugehen und alle zur verfassungsrechtlichen Überprüfung des Wahlrechts relevanten tatsächlichen und rechtlichen Gesichtspunkte selbst zu ermitteln und gegeneinander abzuwägen (vgl. BVerfGE 120, 82 [113]). Angesichts der Bedeutung der hier betroffenen Rechtsgüter und der Komplexität ihrer verfassungsrechtlichen Beurteilung ist jedoch denkbar, dass es der Deutsche Bundestag als wünschenswert ansieht, das Bundesverfassungsgericht bei der Suche nach einer zweifelsfrei verfassungskonformen Lösung zu beteiligen. Allerdings kommt das Verfahren einer abstrakten Normenkontrolle nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG in diesem Fall nicht in Frage, weil der Bundestag als solcher nicht antragsberechtigt ist. Die einzige Möglichkeit, das Bundesverfassungsgericht in das Verfahren mit einzubeziehen, bestünde darin, den Wahleinspruch formal abzulehnen, um so dem Einspruchsführer den Weg über eine Wahlprüfungsbeschwerde zu eröffnen.

Angesichts der damit deutlich verlängerten Verfahrensdauer könnte die fristgemäße Umsetzung eines verfassungskonformen Wahlrechts rechtzeitig vor der (voraussichtlich) im Jahr 2017 stattfindenden Bundestagswahl schon allein dann

gefährdet sein, wenn sich der Deutsche Bundestag mit der Wahlprüfung einige Monate länger als üblich Zeit lässt. Jede schuldhaftige Verzögerung in dieser Richtung muss vermieden werden, denn alles andere als eine endgültige Klärung und Heilung der in diesem Einspruch aufgezeigten Verfassungswidrigkeit des Wahlrechts noch innerhalb der soeben begonnenen Legislaturperiode würde den mehr als 6,8 Millionen Wählern, die bei der Bundestagswahl 2013 unnötig in ihrem Grundrecht auf gleiche Wahl verletzt worden sind, nicht gerecht werden.

Braunschweig, den 21. November 2013

Dr. Björn Benken