

Verfassungswidrigkeit der Fünf-Prozent-Sperrklausel bei Bundestagswahlen: Die Ersatzzweitstimme als milderes und gleich geeignetes Mittel¹

Philipp Barlet

I. Eingriffe durch die Sperrklausel

Gemäß § 6 Abs. 3 S. 1 Var. 1 Bundeswahlgesetz (BWahlG) aF (§ 4 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 BWahlG nF)² werden bei der Mandatsverteilung grundsätzlich – neben der Grundmandatsklausel in Var. 2 aF (in nF gestrichen) – nur diejenigen Parteien berücksichtigt, die mindestens fünf Prozent der gültigen Zweitstimmen erhalten haben. Durch diese Fünf-Prozent-Sperrklausel wird in die Wahlgleichheit, die Chancengleichheit der Parteien und die Wahlfreiheit eingegriffen.

1. Wahlgleichheit

Sowohl in Mehrheits- als auch in Verhältniswahlsystemen verlangt die Wahlgleichheit (Art. 38 Abs. 1 GG), dass alle Stimmen den gleichen Zählpunkt und Erfolgschancenwert haben müssen. Da sich der deutsche Gesetzgeber im Kern für ein Verhältniswahlrecht bei der Wahl zum Deutschen Bundestag entschieden hat, ist darüber hinaus grundsätzlich auch derselbe Erfolgswert aller Stimmen zu wahren (Unterwerfungstheorie).³ Durch die

-
- 1 Aktualisierte Fassung eines Beitrags des Verfassers in der ZJS 2018, 179 („Entscheidungsbesprechung zu BVerfG, Beschl. v. 19.9.2017 – 2 BvC 46/14 – Verfassungskonformität des Bundestagswahlrechts trotz Nichteinführung der Eventualstimme?“).
 - 2 Die Wahlrechtsreform 2023 ist zum Zeitpunkt des Verfassens dieses Artikels noch nicht in Kraft getreten. Im Folgenden werden mit aF die bislang gültige Fassung und mit nF die voraussichtlich in Zukunft geltende Fassung (BT-Drs. 20/5370, BT-Drs. 20/6015, BR-Drs. 160/23(B)) angegeben.
 - 3 BVerfGE 4, 31 (39) – 5 %-Sperrklausel; BVerfGE 95, 408 (417) – Grundmandatsklausel; BVerfGE 120, 82 (102 f) – Sperrklausel Schleswig-Holstein; Lenz, „Kommunalverwaltung und Demokratieprinzip“, 2020, S. 243–260, der umfangreich auf die Kritik hieran (insbesondere aus der Wahlsystemforschung) eingeht; Lenz, NVwZ 2019, 1797 (1800); aA Drossel, „Wahlsystem und Wahlgleichheit“, 2021, S. 228.

Sperrklausel wird der Erfolgswert derjenigen Stimmen, die an Parteien unter 5 Prozent gingen, auf null reduziert, wodurch in die Wahlgleichheit eingegriffen wird.⁴

Bei den Bundestagswahlen in den 70er- und 80er-Jahren gingen jeweils nur 0,5 bis 2 Prozent der gültigen Zweitstimmen an Parteien, die an der Sperrklausel scheiterten. Seitdem ist dieser Anteil deutlich gestiegen, sodass auch der damit verbundene Eingriff in die Wahlgleichheit schwerer wiegt. Bei der Bundestagswahl 2013 wurde mit 15,7 Prozent ein Rekordwert erreicht.⁵

2. Chancengleichheit der Parteien

Die Sperrklausel schränkt auch die Chancengleichheit der Parteien aus Art. 3 Abs. 1 GG, dem Demokratieprinzip und Art. 21 Abs. 1 GG⁶ ein.

a. Verfälschung des Wählerwillens

Die Chancengleichheit der Parteien wird zum einen dadurch eingeschränkt, dass die Zusammensetzung des Parlaments nicht den tatsächlichen Wählerwillen widerspiegelt.

4 BVerfGE 120, 82 (105 f) – Sperrklausel Schleswig-Holstein; *Pünder*, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Band 72 (2013), 191 (218) mwN; *Waldfhoff*, in: Herdegen/Masing/Poscher/Gärditz, „Handbuch des Verfassungsrechts“, 1. Aufl. 2021, § 10 Rn. 85; *Boehl*, in: Schreiber, „BWahlG“, 11. Aufl. 2021, § 6 Rn. 66; *Kotzur*, in: Merten/Papier, „Handbuch der Grundrechte V“, 2013, § 120 Rn. 39.

5 Vgl. *Benken*, „Einleitung: Differenzierte Wahlentscheidungen in einer sich ausdifferenzierenden Parteienlandschaft“, Abschn. 1, abgedruckt im vorliegenden Band; diese Entwicklung stark kritisierend *Hettlage*, NJOZ 2018, 1721 (1721) und *Decker*, ZfP 2022, 217 (236); *Schönberger*, „Macht die Wahl das Recht verfassungswidrig?“, 27.9.2013, <https://verfassungsblog.de/macht-wahl-recht-verfassungswidrig-anmerkungen-zur-fuenfprozentuerde/> (abgerufen am 10.1.2023); nach *Di Fabio/Mellinghoff*, Sondervotum zu BVerfGE 129, 300 (348 Rn. 150) – 5 %-Sperrklausel EuWG II relativiert sich die Eingriffsintensität ganz erheblich, da sie mit Mehrheitswahlsystemen zu vergleichen sei, bei denen oft mehr als 50 % der Stimmen ohne Mandatswirkung bleiben; ähnlich auch *Steinbeis*, „Ist am Sonntag die Fünfprozentürde verfassungswidrig geworden?“, 24.9.2013, <https://verfassungsblog.de/ist-am-sonntag-fuenfprozentuerde-verfassungswidrig-geworden/> (abgerufen am 10.1.2023).

6 Zur verfassungsrechtlichen Verortung der Chancengleichheit der Parteien siehe BVerfGE 82, 322 (337) – Gesamtdeutsche Wahl; *Morlok*, in: Dreier, „Grundgesetz“, Band 2, 3. Aufl. 2015, Art. 21 Rn. 78.

Offensichtlich geschieht dies durch die Sperrklausel an sich: Kleine Parteien werden nicht berücksichtigt, sodass nicht der tatsächliche Wählerwillen im Parlament abgebildet wird.⁷ Wie problematisch dies aus demokratischer Sicht sein kann (auch wenn es nicht aus sich selbst heraus schon einen Wahlfehler begründet⁸), zeigt das Wahlergebnis der Bundestagswahl 2013: Durch das Scheitern der FDP mit 4,8 Prozent und der AfD mit 4,7 Prozent der gültigen Zweitstimmen eröffnete sich die Möglichkeit einer linken Regierung (aus SPD, Linken und Grünen) mit 50,8 Prozent der Sitze, während dieses Bündnis bei Berücksichtigung der FDP und der AfD lediglich 45,6 Prozent der berücksichtigten Stimmen erhalten hatte.⁹

Die Chancengleichheit der Parteien wird darüber hinaus dadurch weiter eingeschränkt, dass den Sympathisanten kleiner Parteien bewusst ist, dass die von ihnen präferierte Partei vermutlich nicht in das Parlament einziehen wird. Um trotzdem einen Einfluss auf die Sitzverteilung zu haben und nicht eine sogenannte Papierkorbstimme abzugeben, ist es für solche Wähler wahltaktisch ratsamer, eine der Parteien zu wählen, die mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit die Sperrklausel überschreiten werden.¹⁰ Manche Wähler müssen sich aus ihrer Sicht für die Wahl des „geringsten Übels“ entscheiden.¹¹ Durch das Bewusstsein des vermeintlichen Wahlverhaltens der übrigen Wähler entsteht so eine höhere tatsächliche Sperrwirkung.¹² Diese Effekte sind auch von Befürwortern der reinen Sperrklausel unbestritten.¹³ Die Sperrwirkung führt außerdem dazu, dass aussichtslose Parteien auch völlig unbekannt bleiben. Ob diese Parteien sinnvolle politische

7 Decker, ZParl 47 (2016), 460 (464).

8 BVerfGE 146, 327 (356 Rn. 74) – Eventualstimme Bundestagswahl 2013.

9 Eigene Berechnung nach *Bundeswahlleiter*, Tabelle: Endgültiges Ergebnis nach Wahlkreisen der Bundestagswahl 2013, https://www.bundeswahlleiter.de/dam/jcr/2ace94c3-15cb-476b-aa98-806b97209353/btw13_kerg.csv (abgerufen am 30.12.2022).

10 Graeb/Vetter, ZParl 49 (2018), 552 (561 f); Linck, DÖV 1984, 884 (885); Köhler, „Parteien im Wettbewerb“, 2005, S. 142; Jesse, ZfP 2013, 374 (388); Jesse, ZParl 47 (2016), 893 (893); Thiele, ZRP 2017, 105 (107); Ladeur, DuR 1980, 81 (82); Schoen, KZfSS 1999, 565 (578 f) bezweifelt diesen Effekt für Parteien, deren Einzug ins Parlament nicht völlig unwahrscheinlich ist, wie bei FDP und Grünen zwischen 1983 und 1994 sowie bei der PDS 1994.

11 Herrmann, PVS 2010, 665 (686); Jessen, „Perspektiven der politischen Meinungsforschung“, 2014, S. 252; Jesse, „Wahlrecht zwischen Kontinuität und Reform“, 1985, S. 259 f.

12 Jesse, „Wahlrecht zwischen Kontinuität und Reform“, 1985, S. 254; Speckmann, ZRP 1970, 198 (198).

13 Boehl, in: Schreiber, „BWahlG“, 11. Aufl. 2021, § 6 Rn. 66: „gewisse Vorwirkung auf das Wählerverhalten“.

Ideen haben, kann der weit überwiegende Teil der Wähler nicht bewerten, da sie von den Positionen der Kleinstparteien nie erfahren. Hierdurch wird die Chancengleichheit dieser Parteien eingeschränkt.

Taktisches Wahlverhalten wird auch dadurch betrieben, dass die Sperrklausel Anhänger größerer Parteien dazu einlädt, ihre Stimme an den kleineren möglichen Koalitionspartner ihrer präferierten Partei zu geben (sogenannte Leihstimme), um diesen so dabei zu unterstützen, die Fünf-Prozent-Hürde zu überspringen und somit die gewünschte Koalition zu ermöglichen. Dies widerspricht den demokratischen Grundsätzen, dass das Parlament „ein Spiegelbild der im Volk vorhandenen politischen Meinungen darstell[en]“¹⁴ soll und deshalb der Wählerwille möglichst exakt bei der Sitzverteilung im Parlament wiedergegeben werden soll. Eine Regelung, die Anreize schafft, für eine Partei zu stimmen, die man nicht präferiert, ist eine Einschränkung des Demokratieprinzips.

b. Einschränkung des politischen Wettbewerbs

Die Demokratie lebt von einem aktiven Wettbewerb der politischen Parteien. In diesen Parteien können die Bürger ihre politischen Vorstellungen vorantreiben; sie können diese Parteien durch ihre Stimmabgabe unterstützen und so als Volk im Einklang mit Art. 20 Abs. 2 GG die Staatsgewalt ausüben. Der (möglichst unbeschränkte) aktive politische Wettbewerb ist eine Voraussetzung für ein funktionierendes Mehrparteiensystem. Das Bundesverfassungsgericht hat festgestellt, dass hierbei auch kleine und neue Parteien von Bedeutung sind, da sie den Wettbewerb zwischen den Parteien erweitern, intensivieren und fördern, indem sie mit überzeugenden Lösungskonzepten selbst Erfolge bei Wahlen erzielen können. So werden diese Ideen direkt ins Parlament getragen und die größeren Parteien gezwungen, sich mit diesen Ideen auseinanderzusetzen.¹⁵

In der älteren Literatur wird die Bildung neuer Parteien teilweise als „illusorisch“¹⁶ oder „politisch aussichtslos“¹⁷ bezeichnet; neue Parteien hätten „überhaupt keine Chance mehr, sich am politischen Wettbewerb erfolgreich

14 BVerfGE 6, 84 (92) – Sperrklausel.

15 BVerfGE III, 382 (404 f) – Drei-Länder-Quorum.

16 Seifert, „Die politischen Parteien im Recht der Bundesrepublik Deutschland“, 1975, S. 156.

17 Loewenstein, zit. nach Seifert, „Die politischen Parteien im Recht der Bundesrepublik Deutschland“, 1975, S. 156 und Linck, DÖV 1984, 884 (886).

zu beteiligen“¹⁸, sodass „[v]on einem chancengleichen Parteienwettbewerb und einer offenen politischen Willensbildung [...] in der Bundesrepublik ernsthaft nicht mehr die Rede sein [kann].“¹⁹ Die Vorwürfe sind in dieser Schärfe heutzutage nicht mehr haltbar: Mit den Linken, den Grünen und wohl auch der AfD haben es drei neue Parteien geschafft, sich dauerhaft in der Bundespolitik zu etablieren. Auffällig ist, dass alle drei Parteien jedenfalls anfangs Ein-Themen-Parteien waren (Sozialismus, Umweltschutz und Euro-Austritt/später restriktive Flüchtlingspolitik) und ihre Etablierung durch besondere historische Situationen gefördert wurde (Wiedervereinigung, Tschernobyl, Finanz- und später Flüchtlingskrise). Keiner neuen Partei ist es gelungen, ohne ein bedeutendes geschichtliches Ereignis in den Bundestag einzuziehen. Dieser Effekt wird auch dadurch verstärkt, dass Parteien, die einmal an der Sperrklausel gescheitert sind, in der öffentlichen Debatte kaum mehr gehört werden und die Parteien auch deshalb sofort ins Parlament drängen müssen, um eine Chance zu haben, dauerhaft die politische Meinungsbildung gestalten zu können.²⁰

3. Wahlfreiheit

Die Sperrklausel schränkt auch die Wahlfreiheit aus Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG ein. Das Bundesverfassungsgericht hat erkannt, dass – auch um die Freiheit der Wahl zu wahren – „die Parteien, soweit irgend möglich, mit gleichen Aussichten in den Wahlkampf eintreten“ müssen.²¹ „[E]ine Gestaltung des Wahlverfahrens [...], das die Entschließungsfreiheit des Wählers in einer innerhalb des gewählten Wahlsystems vermeidbaren Weise verengt“²², verstößt gegen den Grundsatz der Freiheit der Wahl. Wenn „die Möglichkeit, jederzeit neue Parteien zu gründen, um so neuen politischen Vorstellungen die Chance zu eröffnen, im Prozess der politischen Willensbildung des Vol-

18 Loewenstein, zit. nach Seifert, „Die politischen Parteien im Recht der Bundesrepublik Deutschland“, 1975, S. 156 und Linck, DÖV 1984, 884 (886).

19 Seifert, „Die politischen Parteien im Recht der Bundesrepublik Deutschland“, 1975, S. 157.

20 Schönberger, „Lob der Fünfprozenthürde“, 27.9.2013, <https://verfassungsblog.de/lob-fuenfprozenthuerde/> (abgerufen am 30.12.2022); Heußner, LKRZ 2014, 7 (7); Lenz, „Kommunalverwaltung und Demokratieprinzip“, 2020, S. 286 f; nicht in dieser Schärfe zustimmend Hartenstein, „Den Wählern auf der Spur“, 2002, S. 181.

21 BVerfGE 14, 121 (133) – FDP-Sendezeit.

22 BVerfGE 95, 335 (350) – Überhangmandate II.

kes wirksam zu werden“²³, aufgrund der eben festgestellten Einschränkung der Chancengleichheit der Parteien eingeschränkt ist und eine „Erstarrung des Parteienwesens“²⁴ droht, ist darin folglich auch eine Beschränkung der Freiheit der Wahl zu sehen.²⁵ Viele Wähler treffen ihre Wahlentscheidung nicht ausschließlich aufgrund einer freien Abwägung zwischen den Inhalten und Kandidaten der verschiedenen Parteien; die Entscheidung beruht – wie beschrieben – zu einem beachtlichen Teil auf der wahlaktischen Überlegung, den Erfolgswert der eigenen Stimme nicht aufzugeben zu wollen.²⁶ Dies ist nicht bloß eine unbeachtliche Motivlage.²⁷ Dies wäre dann der Fall, wenn der Wähler wie bei Überlegungen zu möglichen Regierungskoalitionen seine präferierte Partei freiwillig nicht wählt, um seinem Ziel noch näher zu kommen. Beim taktischen Wählen aufgrund der Sperrklausel kann der Wähler jedoch nicht seinem gewünschten Ziel noch nähernkommen. Er muss sein Ziel stattdessen unfreiwillig aufgeben und es durch das nächstbeste ersetzen.

II. Rechtfertigung der Eingriffe durch die Sperrklausel: Verhältnismäßigkeit

Die beeinträchtigten Wahlgrundsätze unterliegen keinem absoluten Differenzierungsverbot.²⁸ Eingriffe in sie können gerechtfertigt sein. Hierzu müssten die Eingriffe verhältnismäßig sein, also ein legitimes Ziel verfolgen, zur Erreichung dieses Ziels geeignet und erforderlich sein und in einem angemessenen Verhältnis zum angestrebten Ziel stehen.

Das Bundesverfassungsgericht hat mit Beschluss vom 19. September 2017 (Az. 2 BvC 46/14, BVerfGE 146, 327 – Eventualstimme Bundestagswahl 2013)²⁹ entschieden, dass die nicht durch eine Ersatzstimme kompensierte Fünf-Prozent-Sperrklausel verhältnismäßig und damit verfassungskonform sei. Die Argumentation des Gerichts soll im Folgenden kritisch gewürdigt werden.

23 BVerfGE 91, 276 (285) – Parteienbegriff II.

24 BVerfGE 91, 276 (286) – Parteienbegriff II.

25 Vgl. Benken, „Wähleinspruch gegen die Wahl zum Deutschen Bundestag am 22. September 2013“, <https://www.wahlreform.de/we2013.pdf> (abgerufen am 10.1.2023), S. 7.

26 Ladeur, DuR 1980, 81 (82); Graeb/Vetter, ZParl 49 (2018), 552 (561f).

27 So aber Müller, Berichterstatterschreiben v. 18.4.2016, <https://www.wahlreform.de/wb2016-bverfg.htm> (abgerufen am 10.1.2023).

28 BVerfGE 146, 327 (350 f Rn. 61) – Eventualstimme Bundestagswahl 2013.

29 Die Entscheidung ist online abrufbar unter https://www.bverfg.de/e/cs20170919_2bv004614.html (abgerufen am 30.12.2022).

1. Legitimes Ziel und Geeignetheit der unkompensierten Sperrklausel

Mit der Sperrklausel soll die Funktionsfähigkeit des Bundestags gewahrt werden. Durch die Wahl soll nicht nur überhaupt eine Volksvertretung, sondern auch ein handlungsfähiges Vertretungsorgan geschaffen werden. Ein handlungsunfähiges Parlament würde die Ausübung der Staatsgewalt in wichtigen Teilen wie der Gesetzgebung zum Stillstand kommen lassen. Da die Ausübung der Staatsgewalt durch das Volk ein Rechtsgut von Verfassungsrang ist, zeigt sich die Bedeutung der Funktionsfähigkeit des Bundestags im Grundgesetz. Die Funktionsfähigkeit des Bundestags zu wahren ist somit ein legitimes Ziel.³⁰

Da durch die Fünf-Prozent-Hürde einerseits kleinere Parteien bei der Sitzzuteilung nicht berücksichtigt werden und andererseits Anreize geschaffen werden, kleine Parteien von vornherein nicht zu wählen, sind weniger Parteien im Bundestag vertreten. Hierdurch wird die Mehrheitsbildung im Parlament erleichtert und somit die Funktionsfähigkeit des Bundestags gefördert.³¹

Die Bekämpfung extremistischer Parteien ist hingegen kein legitimes Ziel der Sperrklausel, da die Einstufung einer Partei als verfassungsfeindlich und die Sanktionierung dessen nach Art. 21 Abs. 2 GG einzig dem Bundesverfassungsgericht zusteht.³²

-
- 30 BVerfGE 146, 327 (351 f, 353 f Rn. 62, 67) – Eventualstimme Bundestagswahl 2013; BVerfGE 6, 84 (92) – Sperrklausel; BVerfGE 1, 208 (248) – 7,5 %-Sperrklausel; Boehl, in: Schreiber, „BWahlG“, II. Aufl. 2021, § 6 Rn. 66; Trute, in: von Münch/Kunig, „Grundgesetz“, Band 1, 7. Aufl. 2021, Art. 38 Rn. 74; Magiera, in: Sachs, „Grundgesetz“, 9. Aufl. 2021, Art. 38 Rn. 99; zu Kommunalwahlen Lenz, „Kommunalverwaltung und Demokratieprinzip“, 2020, S. 261 f.
- 31 BVerfGE 6, 84 (93 f) – Sperrklausel; BVerfGE 146, 327 (354 ff Rn. 68 ff) – Eventualstimme Bundestagswahl 2013; Kotzur, in: Merten/Papier, „Handbuch der Grundrechte V“, 2013, § 120 Rn. 39; zum möglichen Effekt der *Parteienzersplitterung* siehe auch Boehl, in: Schreiber, „BWahlG“, II. Aufl. 2021, § 6 Rn. 66.
- 32 BVerfGE 1, 208 (255) – 7,5 %-Sperrklausel; BVerfGE 111, 382 (410) – Drei-Länder-Quorum; zu Kommunalwahlen Lenz, „Kommunalverwaltung und Demokratieprinzip“, 2020, S. 264 f; aA Zimmer, DÖV 1985, 101 (101 f); Boehl, in: Schreiber, „BWahlG“, II. Aufl. 2021, § 6 Rn. 66 hält das Fernhalten extremistischer Parteien jedenfalls nicht als alleinigen Grund für ausreichend; das legitime Ziel noch bejahend Strelen, in: Schreiber, „BWahlG“, 10. Aufl. 2017, § 6 Rn. 35.

2. Unkompensierte Sperrklausel nicht erforderlich

Die unkompensierte Sperrklausel ist – entgegen der Rechtsprechung und Teilen der Literatur³³ – jedoch nicht erforderlich, da eine mit einer Ersatzstimme abgemilderte Sperrklausel im Vergleich dazu das mildere und gleich geeignete Mittel ist: Durch die Ersatzstimme wird weniger stark in die Wahlgleichheit, die Chancengleichheit der Parteien und die Wahlfreiheit eingegriffen, wobei die Funktionsfähigkeit des Bundestags trotzdem gleich gut gewahrt wird.

a. Konzept der Ersatzstimme

Das Konzept der Ersatzstimme ist unter vielen weiteren Namen bekannt: Eventualstimme³⁴, Alternativstimme³⁵, Nebenstimme³⁶, Hilfsstimme³⁷, Reservestimme³⁸, Subsidiärstimme³⁹, subsidiäre Wahl⁴⁰, Dualwahl⁴¹ und Stimmweitergabe-Option⁴². Dies ist jedoch kein inhaltlicher, sondern ein lediglich sprachlicher Unterschied.

Die aktuelle unkompensierte Sperrklausel könnte modifiziert werden, indem die Wähler zusätzlich zu ihrer bisherigen (Haupt-)Zweitstimme eine Ersatzzweitstimme erhalten. Diese Ersatzzweitstimme wird wirksam, wenn die Hauptzweitstimme des Wählers an eine Partei geht, die an der Sperrklausel scheitert und somit nicht in das Parlament einzieht. Falls bereits

33 BVerfGE 146, 327 (353 f Rn. 67) – Eventualstimme Bundestagswahl 2013; zum Landesrecht LVerfG Schleswig-Holstein, Urteil v. 13.9.2013 – LVerfG 7/12, Rn. 123; VerfG Brandenburg, Beschluss v. 19.2.2021 – 35/20; ohne Begründung Magiera, in: Sachs, „Grundgesetz“, 9. Aufl. 2021, Art. 38 Rn. 99; skeptisch Grzeszick, in: Stern/Becker, „Grundrechte-Kommentar“, 3. Aufl. 2019, Art. 38 Rn. 88.

34 BVerfGE 146, 327 – Eventualstimme Bundestagswahl 2013; Barlet, ZJS 2018, 179.

35 Boehl, in: Schreiber, „BWahlG“, 11. Aufl. 2021, § 6 Rn. 67; VerfGH Saarland, Beschluss v. 7.4.2014 – Lv 18/13.

36 Jesse, „Wahlrecht zwischen Kontinuität und Reform“, 1985, S. 258 ff; Damm, DÖV 2013, 913.

37 Wenner, „Sperrklauseln im Wahlrecht der Bundesrepublik Deutschland“, 1986, S. 412 ff.

38 Roth, in: Umbach/Clemens, „Grundgesetz Mitarbeiterkommentar“, 2002, Art. 38 Rn. 67.

39 Buchwald/Rauber/Grzeszick, LKRZ 2012, 441 (445).

40 Speckmann, ZRP 1970, 198 (198).

41 Benken, „Wahleinspruch gegen die Wahl zum Deutschen Bundestag am 22. September 2013“, <https://www.wahlreform.de/we2013.pdf> (abgerufen am 10.1.2023), S. 20 ff.

42 Wahlprüfungsausschuss, BT-Drs. 17/4600, S. 123 f.

die Hauptzweitstimme des Wählers an eine in das Parlament einziehende Partei geht, ist dessen Ersatzzweitstimme ohne Wirkung.

Bei der Ermittlung des Wahlergebnisses werden zuerst die gültigen Hauptzweitstimmen ausgewertet. Anschließend gibt es zwei verschiedene Möglichkeiten, die Zweitstimmen zu werten: Beim einstufigen Verfahren werden alle Parteien unter der Sperrklausel von der Sitzzuteilung ausgeschlossen und die Ersatzzweitstimmen der Wähler, die diese Parteien mit der Hauptzweitstimme gewählt haben, den übrig gebliebenen Parteien zugeordnet. Im mehrstufigen Verfahren wird zuerst die Partei mit den wenigsten Hauptzweitstimmen von der Sitzzuteilung ausgeschlossen und die Ersatzzweitstimmen der Wähler, die dieser Partei ihre Hauptzweitstimme gaben, auf die übrigen Parteien verteilt. Danach wird die Partei mit den nun in der Summe wenigsten Zweitstimmen (einschließlich möglicher hinzugekommener Ersatzzweitstimmen) ausgeschlossen und deren Ersatzzweitstimmen verteilt. Dieser Vorgang wird fortgesetzt, bis alle verbleibenden Parteien jeweils mindestens fünf Prozent der gültigen Zweitstimmen haben. Durch das mehrstufige Verfahren wird ermöglicht, dass nur knapp an der Sperrklausel gescheiterte Parteien durch die Ersatzzweitstimmen kleinerer Parteien noch über die Sperrklausel kommen und somit an der Mandatsverteilung beteiligt werden. Dabei ist ausgeschlossen, dass sich Parteien gegenseitig über die Sperrklausel helfen,⁴³ da die schwächere Partei vom Einzug in das Parlament ausgeschlossen wird. Im Folgenden wird von dem aus Sicht des Verfassers – aufgrund der besseren Repräsentation – vorzugswürdigen mehrstufigen Verfahren ausgegangen.⁴⁴

Es wird auch diskutiert, den Wählern die Möglichkeit mehrerer Ersatzzweitstimmen zu geben (ähnlich wie dies bei den Mehrheitswahlen in Alaska⁴⁵ und Australien⁴⁶ geschieht). Die nachrangigen Ersatzzweitstimmen würden gewertet werden, wenn die vorrangigen Stimmen an Parteien gin-

43 So aber Decker, ZParl 47 (2016), 460 (465); siehe auch Decker, ZfP 2022, 217 (238).

44 Zu möglichen Verletzungen des Monotonie-Kriteriums (negatives Stimmengewicht) in Extremfällen Benken, „Was genau meinen wir, wenn wir „Ersatzstimme“ sagen?“, Abschn. 4.4, abgedruckt im vorliegenden Band; hierzu beim Single Transferable Vote (Einstimmenwahl in Mehrpersonenwahlkreisen mit übertragbarer Stimme) Hellmann, ZParl 47 (2016), 389 (406 f.).

45 *Alaska Division of Elections*, „Alaska Better Elections Implementation“, <https://www.elections.alaska.gov/RCV.php> (abgerufen am 9.1.2023).

46 *Australian Election Commission*, „Preferential voting“, <https://www.aec.gov.au/learn/preferential-voting.htm> (abgerufen am 9.1.2023); zum Prinzip des Single Transferable Vote Hellmann, ZParl 49 (2016), 389 (396 ff.).

gen, die an der Sperrklausel scheitern. Dies würde jedoch – vor allem in Kombination mit einer mehrstufigen Auszählung – die Komplexität der Wahl deutlich steigern.⁴⁷ Deswegen wird im Folgenden zur Vereinfachung von einem Modell mit nur einer Ersatzzweitstimme ausgegangen.

Das Bundesverfassungsgericht sieht in seiner Entscheidung von 2017 ein Ersatzstimmrecht als nicht „zweifelsfrei gleich geeignetes, milderes Mittel“ an.⁴⁸ Das Ersatzstimmrecht habe die „ambivalenten Wirkungen einer Verbesserung der Integrationsfunktion der Wahl einerseits und einer erhöhten Komplexität und Fehleranfälligkeit des Wahlvorgangs sowie der Herbeiführung neuer Eingriffe in die Gleichheit und Unmittelbarkeit der Wahl andererseits“.⁴⁹ Darüber hinaus stellt das Bundesverfassungsgericht mögliche Verletzungen des Demokratieprinzips und der Öffentlichkeit der Wahl in den Raum, lässt diese jedoch aufgrund der aus seiner Sicht bereits ausreichenden sonstigen Argumente dahinstehen.⁵⁰

Das Ersatzstimmrecht ist jedoch ein milderes (dazu b) und gleich geeignetes (dazu c) Mittel.

b. Ersatzstimmrecht als milderes Mittel

Entgegen der Ansicht des Bundesverfassungsgerichts ist das Ersatzstimmrecht ein milderes Mittel im Vergleich zum aktuellen Wahlrecht. Die Chancengleichheit der Parteien und die Freiheit der Wahl wären mit der Einführung der Ersatzstimme besser gewahrt (dazu i). Das Ersatzstimmrecht schränkt die Zählwertgleichheit nicht ein und kann die Erfolgswertgleichheit besser als das geltende Wahlrecht wahren (dazu ii). Auch wird weder die Unmittelbarkeit der Wahl noch das Demokratieprinzip eingeschränkt (dazu iii). Die Öffentlichkeit der Wahl bliebe unangetastet (dazu iv).

47 Lenz, NVwZ 2019, 1797 (1801); zu Kommunalwahlen Lenz, „Kommunalverwaltung und Demokratieprinzip“, 2020, S. 332; zur möglichen Sitzverteilung und Komplexität unter Verwendung von Single Transferable Votes Hellmann, ZParl 47 (2016), 389 (396 ff, 405 f).

48 BVerfGE 146, 327 (360 f Rn. 82) – Eventualstimme Bundestagswahl 2013.

49 BVerfGE 146, 327 (360 f Rn. 82) – Eventualstimme Bundestagswahl 2013.

50 BVerfGE 146, 327 (359 Rn. 80) – Eventualstimme Bundestagswahl 2013.

i. Chancengleichheit der Parteien und Freiheit der Wahl

Die oben beschriebenen Eingriffe in die Chancengleichheit der Parteien und die Freiheit der Wahl durch die unkomensierte Sperrklausel wären durch eine Ersatzzweitstimme abgemildert. Die Zusammensetzung des Bundestags würde besser dem tatsächlichen Wählerwillen entsprechen. Außerdem würden Anreize für taktisches Wahlverhalten abgemildert sowie die Entschließungsfreiheit der Wähler und der politische Wettbewerb gefördert werden.⁵¹

Durch die Einführung der Ersatzstimme wäre zwar „die Erforderlichkeit einer kompromisshaften Wahlentscheidung und des Taktierens [...] nur auf die Ebene der Hilfsstimme [= Ersatzstimme] verschoben.“⁵² Nichtsdestotrotz wäre es eine große Verbesserung im Vergleich zur aktuellen Sperrklausel, wenn jedenfalls die Hauptzweitstimmen ohne Wahlaktik vergeben werden könnten.

ii. Wahlgleichheit

Das Bundesverfassungsgericht sieht bei einer Einführung der Ersatzstimme einerseits eine Abmilderung des „mit einer Sperrklausel verbundenen Eingriff[s] in den Grundsatz der gleichen Wahl insoweit [...], als sich damit die Zahl der Wählerinnen und Wähler verringern ließe, die im Deutschen Bundestag nicht repräsentiert sind, wenn die von ihnen mit der Hauptstimme gewählte Partei an der Sperrklausel scheitert.“⁵³ Andererseits geht es auch von der Herbeiführung neuer Eingriffe in die Gleichheit der Wahl aus.⁵⁴

aa. Zählwertgleichheit

Bei der Ersatzstimme erscheint es auf den Blick problematisch, dass diejenigen Wähler, deren Ersatzstimme aktiviert wird, neben ihrer Hauptzweitstimme eine zweite (auch berücksichtigte) Zweitstimme abgegeben haben,

51 Zum Single Transferable Vote Hellmann, ZParl 49 (2016), 389 (404).

52 VerfGH Baden-Württemberg, Beschluss v. 9.5.2016 – 1 VB 25/16, Rn. 10.

53 BVerfGE 146, 327 (359 f Rn. 81) – Eventualstimme Bundestagswahl 2013.

54 BVerfGE 146, 327 (360 f Rn. 82) – Eventualstimme Bundestagswahl 2013.

wohingegen bei allen anderen Wählern nur eine Zweitstimme berücksichtigt wird.⁵⁵ Das Bundesverfassungsgericht erkennt dabei richtigerweise, dass im Fall der Aktivierung der Ersatzstimme sowohl die Hauptzweitstimme (für die Parteienfinanzierung/Wahlkampfkostenerstattung) als auch die Ersatzzweitstimme (für die Mandatsverteilung) gültig wären.⁵⁶

Die Wahlkampfkostenerstattung einer Partei würde sinnvollerweise wie bisher anhand des Anteils an gültigen Hauptzweitstimmen bemessen werden. Auch bisher erhalten die Parteien die Wahlkampfkostenerstattung unabhängig von ihrem Einzug in das Parlament. Die Beschränkung des § 18 PartG, der Parteien bei einer Bundestagswahl erst ab 0,5 Prozent der gültigen Zweitstimmen staatliche Wahlkampfkostenerstattung zukommen lässt, wäre beizubehalten, um Missbrauch vorzubeugen.

Es ist für die Betrachtung der Zählwertgleichheit zu berücksichtigen, dass jeder Wähler von Beginn an die Hauptzweitstimme und die Ersatzzweitstimme erhält. Auch Wähler, deren Ersatzzweitstimme aktiviert wird, können diese nicht an das Wahlergebnis anpassen. Ihre Stimme wird (in Bezug auf die Mandatsverteilung) nur wieder mit Geltungskraft aufgeladen, um die Erfolgswertgleichheit möglichst aufrecht zu erhalten. Dass die Wertung einer Stimme in Bezug auf die Mandatsverteilung und auf die Parteifinanzierung auseinanderfällt, wäre zwar in Deutschland eine neuartige Regelung, aber deshalb keinesfalls ein Verstoß gegen die Zählwertgleichheit. Jeder Wähler würde durch seine Wahl genau eine Partei bei der Mandatsverteilung und genau eine Partei bei der Parteienfinanzierung unterstützen (siehe Abb. 1).

Dass sowohl Haupt- als auch Ersatzzweitstimme der Wähler im Wahlergebnis angegeben werden würden, ist für die Zählwertgleichheit irrelevant, da sich nur aus der bloßen Angabe im Wahlergebnis (anders als bei der Be-

-
- 55 Deswegen die Ersatzzweitstimme ablehnend *Trute*, in: von Münch/Kunig, „Grundgesetz“, Band 1, 7. Aufl. 2021, Art. 38 Rn. 74; speziell hinsichtlich des aktuellen Ampel-Vorschlags hinsichtlich einer Ersatzstimme bei der Erststimme (Mehrheitswahl) *Schönberger*, „Krokodilstränen der Demokratie“, 8.7.2022, <https://verfassungsblog.de/krokodilstranen-der-demokratie/> (abgerufen am 9.1.2023).
- 56 BVerfGE 146, 327 (359 f Rn. 81) – Eventualstimme Bundestagswahl 2013; siehe auch *Petitionsausschuss des Deutschen Bundestags*, Petition 127720 – Votum und Begründung, https://epetitionen.bundestag.de/petitionen/_2021/_11/_09/Petition_127720.ab schlussbegrundung.pdf.pdf (abgerufen am 8.1.2023), S. 2.

rücksichtigung bei der Parteienfinanzierung oder der Mandatsverteilung) keine Vorteile ziehen lassen.⁵⁷

	Mandatsverteilung	Parteienfinanzierung	Wahlergebnis
Hauptzweitstimme	nein	ja	(ja)
Ersatzzweitstimme	ja	nein	(ja)

Abb. 1: Berücksichtigung von Haupt- und Ersatzzweitstimme bei Mandatsverteilung, Parteienfinanzierung und Wahlergebnis (falls die Ersatzzweitstimme aktiviert wird)

bb. Erfolgswertgleichheit

Durch die Ersatzzweitstimme wird der Erfolgswert der Zweitstimme des Wählers zwar im Falle der Vergabe sowohl der Hauptzweitstimme als auch der Ersatzzweitstimme an kleine Parteien nicht gewahrt,⁵⁸ wie auch das Bundesverfassungsgericht korrekt erkannt hat.⁵⁹ Der Erfolgswert der überwiegenden Anzahl der Stimmen für Kleinparteien würde jedoch aufrechterhalten werden, da sie mit einer Ersatzzweitstimme für eine größere Partei verbunden wären.⁶⁰ Das Bundesverfassungsgericht erkennt diesen positiven Effekt als „Verbesserung der Integrationsfunktion der Wahl“⁶¹.

Ein Wahlsystem mit Ersatzzweitstimme schränkt somit die Zählgewertgleichheit nicht ein und kann die Erfolgswertgleichheit besser als das geltende Wahlrecht wahren, wodurch die Wahlgleichheit insgesamt besser

57 Lenz, NVwZ 2019, 1797 (1800); Lenz, „Kommunalverwaltung und Demokratieprinzip“, 2020, S. 283; Fuchs-Wissemann, DRiZ 1985, 479 (479); aA ohne detaillierte Begründung BVerfGE 146, 327 (359 f Rn. 81) – Eventualstimme Bundestagswahl 2013.

58 Linck, DÖV 1984, 884 (885); VerfGH Baden-Württemberg, Beschluss v. 9.5.2016 – 1 VB 25/16, Rn. 10.

59 BVerfGE 146, 327 (359 f Rn. 81) – Eventualstimme Bundestagswahl 2013.

60 Graeb/Vetter, ZParl 49 (2018), 552 (562).

61 BVerfGE 146, 327 (360 f Rn. 82) – Eventualstimme Bundestagswahl 2013; ähnlich auch VerfGH Baden-Württemberg, Beschluss v. 9.5.2016 – 1 VB 25/16, Rn. 10.

gewahrt wird.⁶² Es liegt somit kein „neuer Eingriff[] in die Wahlgleichheit“ vor.⁶³

iii. Unmittelbarkeit der Wahl und Demokratieprinzip

Gemäß Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG werden die Abgeordneten des Bundestags in unmittelbarer Wahl gewählt. Teilweise wird gefordert, dass die Stimmabgabe deshalb vollkommen vorbehaltlos und bedarfsgerecht erfolgen müsse.⁶⁴ Durch die Ersatzstimme würde eine Bedingung in die Stimmabgabe eingeführt werden: Wenn die mit der Hauptzweitstimme gewählte Partei scheitert, geht die Stimme an die mit der Ersatzzweitstimme gewählte Partei. Das Bundesverfassungsgericht äußert deshalb Bedenken bezüglich eines Verstoßes gegen die Unmittelbarkeit der Wahl und gegen das Demokratieprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG.⁶⁵ Diese Ansicht wird auch von Teilen der Literatur gestützt.⁶⁶ Das Bundesverfassungsgericht sieht ein Problem darin, dass „letztlich andere Wähler darüber entscheiden, für wen eine Stimme abgegeben wird.“⁶⁷

Durch den Grundsatz der Unmittelbarkeit der Wahl wird „jedes Wahlverfahren aus[geschlossen], bei denen zwischen Wähler und Wahlbewerber nach der Wahlhandlung eine Instanz eingeschaltet ist, die nach ihrem Ermessen den Vertreter auswählt und damit dem einzelnen Wähler die Möglichkeit nimmt, die zukünftigen Mitglieder der Volksvertretung durch die Stimmabgabe selbstständig zu bestimmen.“⁶⁸ Historisch soll durch den Grundsatz der Unmittelbarkeit vor allem das Wahlmänner-System ausgeschlossen werden.⁶⁹ Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG ist aber nicht hierauf beschränkt.⁷⁰ Die Norm will allgemein verhindern, dass von

62 Lenz, NVwZ 2019, 1797 (1800).

63 aA BVerfGE 146, 327 (360 f Rn. 82) – Eventualstimme Bundestagswahl 2013.

64 Boehl, in: Schreiber, „BWahlG“, II. Aufl. 2021, § 6 Rn. 67; Stumpf, JA 2012, 923 (930).

65 BVerfGE 146, 327 (359 Rn. 80) – Eventualstimme Bundestagswahl 2013.

66 Stumpf, JA 2012, 923 (930); Boehl, in: Schreiber, „BWahlG“, II. Aufl. 2021, § 6 Rn. 67; Trute, in: von Münch/Kunig, „Grundgesetz“, Band 1, 7. Aufl. 2021, Art. 38 Rn. 74; dagegen Holste, NVwZ 2014, 42 (42).

67 BVerfGE 146, 327 (359 f Rn. 81) – Eventualstimme Bundestagswahl 2013.

68 BVerfGE 47, 253 (279 f) – Gemeindeparlamente.

69 Trute, in: von Münch/Kunig, „Grundgesetz“, Band 1, 7. Aufl. 2021, Art. 38 Rn. 41; Magiera, in: Sachs, „Grundgesetz“, 9. Aufl. 2021, Art. 38 Rn. 88.

70 BVerfGE 7, 63 (68) – Listenwahl.

Dritten auf den Inhalt der Wählerstimme Einfluss genommen wird⁷¹ und sich ein fremder Wille zwischen den Wähler und die Auswirkung seiner Stimme auf die Parlamentszusammensetzung drängt.⁷² Es ist folglich darauf abzustellen, dass das Wahlergebnis ohne Beeinflussung Dritter einzig aufgrund der vor der Wahl aufgestellten Regeln und der Stimmabgabe der Bürger ermittelt wird⁷³ und somit „die Wirkung der Stimmabgabe ausschließlich vom Willen der Wähler bestimmt wird“⁷⁴. Unmittelbar nach Beendigung der Stimmabgabe muss der Wahlbewerber, der die jeweilige Stimme erhält, bestimmbar sein; er muss nicht direkt durch die Stimmabgabe bestimmt sein.⁷⁵ Für den Wähler muss ersichtlich bleiben, „wie sich die eigene Stimmabgabe auf Erfolg oder Misserfolg der Wahlbewerber auswirken kann“⁷⁶.

Mit dem Konzept der Ersatzzweitstimme wird eine erfolglose Stimme erneut mit Bedeutung aufgeladen. Bei der Abgabe der Ersatzstimme handelt es sich im Grunde um einen zweiten Wahlgang, nur dass dieser mit dem ersten Wahlgang zusammengezogen wird.⁷⁷ Bei der Ersatzstimme kann der Bürger zwar nicht die endgültige Wirkung seiner Stimme voraussagen. Er kann jedoch erkennen, wie sich seine Stimmabgabe auswirken kann.⁷⁸ Es wird gerade keine weitere Instanz der Wahl nachgeschaltet, die nach eigenem Ermessen entscheidet.⁷⁹ Die Mandatszuteilung wird auch nicht willkürlich⁸⁰, da sie nach klaren Regeln abläuft und sich einzig aufgrund der vor der Wahl aufgestellten Regeln und der Stimmabgabe der Bürger ergibt. Die Stimmabgabe der anderen Wähler, die über die Aktivierung der

71 Meyer, in: Isensee/Kirchhof, „Handbuch des Staatsrechts“, Band 3, 3. Aufl. 2005, § 46 Rn. 17; Morlok, in: Dreier, „Grundgesetz“, Band 2, 3. Aufl. 2015, Art. 38 Rn. 80.

72 Seifert, „Bundeswahlrecht“, 3. Aufl. 1976, GG Art. 38 Rn. 10.

73 Meyer, in: Isensee/Kirchhof, „Handbuch des Staatsrechts“, Band 3, 3. Aufl. 2005, § 46 Rn. 17.

74 Seifert, „Bundeswahlrecht“, 3. Aufl. 1976, GG Art. 38 Rn. 12.

75 BVerfGE 121, 266 (307) – Landeslisten.

76 BVerfGE 121, 266 (307) – Landeslisten; BVerfGE 95, 335 (350) – Überhangmandate II.

77 Decker, ZParl 47 (2016), 460 (468).

78 Heußner, LKRZ 2014, 7 (10).

79 Buchwald/Rauber/Grzeszick, LKRZ 2012, 441 (445); Heußner, LKRZ 2014, 7 (9); Lenz, NVwZ 2019, 1797 (1800 f.).

80 BVerfGE 131, 316 (336) – Landeslisten II.

Ersatzstimme jedes einzelnen Wählers entscheidet, geschieht zeitgleich mit dessen Stimmabgabe.⁸¹

Die Einführung der Ersatzzweitstimme verstößt somit nicht gegen das Prinzip der Unmittelbarkeit der Wahl oder gegen das Demokratieprinzip.⁸²

iv. Öffentlichkeit der Wahl

Das Bundesverfassungsgericht führt in seinem Ersatzstimmen-Beschluss von 2017 außerdem verfassungsrechtliche Bedenken unter dem Gesichtspunkt der Öffentlichkeit der Wahl an.⁸³ Da der Vorgang der Stimmabgabe sich nicht ändern würde, spricht das Gericht damit wahrscheinlich die Nachvollziehbarkeit der Ergebnisermittlung an.⁸⁴ Diese Nachvollziehbarkeit bliebe jedoch weiterhin bestehen. Die Bekanntgabe aller Zweitstimmen in den abgegebenen Kombinationen aus Hauptzweitstimmen und Ersatzzweitstimmen würde es – wie bisher – erlauben, die Verteilung der Mandate im Einzelnen nachzuvollziehen. Durch eine Einführung der Ersatzstimme wäre die Öffentlichkeit der Wahl folglich nicht berührt.

Die um eine Ersatzzweitstimme modifizierte Sperrklausel ist somit ein milderer Mittel im Vergleich zur unkom pensierten Sperrklausel.

c. Ersatzstimmrecht als gleich geeignetes Mittel

Ein solches Wahlsystem ist auch gleich gut geeignet, die Funktionsfähigkeit des Bundestags zu wahren.⁸⁵ Da alle sonstigen vorgebrachten Bedenken gegen die gleiche Eignung des Ersatzstimmrechts ausgeräumt werden können (dazu i), verbleibt als einziges Gegenargument die mögliche, aber unsichere Erhöhung der Anzahl der Parteien im Bundestag (dazu ii). Der Einschätzungs- und Prognosespielraums des Gesetzgebers diesbezüglich (dazu iii) ist aber überschritten, wenn der Gesetzgeber sich durch nur vage Zweifel an der Eignung der Sperrklausel mit Ersatzzweitstimme leiten lässt, obwohl eine Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit des Bundestags bei Einführung der Ersatzstimme nicht verlässlich zu prognostizieren ist (dazu iv).

81 Lenz, „Kommunalverwaltung und Demokratieprinzip“, 2020, S. 283 f.

82 aA ohne Begründung *Wahlprüfungsausschuss*, BT-Drs. 18/1810, S. 334.

83 BVerfGE 146, 327 (359 Rn. 80) – Eventualstimme Bundestagswahl 2013.

84 Kritisch hierzu auch *Buchwald/Rauber/Grzeszick*, LKRZ 2012, 441 (445).

85 So auch *Decker*, ZfP 2022, 217 (238).

i. Sonstige Argumente gegen die Eignung des Ersatzstimmrechts zur Wahrung der Funktionsfähigkeit des Bundestags

Eine geringfügig gesteigerte Komplexität und daraus folgende Fehleranfälligkeit des Wahlverfahrens haben keine verfassungsrechtliche Relevanz (dazu aa). Die Verzögerung der Ergebnisfeststellung (dazu bb) und die Legitimation der aufgrund der Ersatzstimme erfolgreichen Abgeordneten (dazu cc) bereiten keine Probleme. Auch die mögliche Förderung reiner Interessensgruppen ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden (dazu dd). Durch die Ersatzstimme entstehen keine Missbrauchsmöglichkeiten (dazu ee). Nicht überzeugend sind auch die Argumente gegen die Ersatzstimme, dass von den Bürgern eine eindeutige Entscheidung ohne Rückfallposition gefordert werden könne und die Sperrklausel bereits abgemildert ist (dazu ff).

aa. Verkomplizierung und Fehleranfälligkeit des Wahlvorgangs

Das Bundesverfassungsgericht geht in seiner Entscheidung von 2017 davon aus, dass sich durch die Einführung einer Ersatzstimme „die Komplexität der Wahl erhöhe[], so dass eine Zunahme von Wahlenthaltungen und ungültigen Stimmen nicht ausgeschlossen erscheint.“⁸⁶ Dies ist ein häufig genanntes Argument gegen die Einführung der Ersatzstimme.⁸⁷ In Stellungnahmen der Landtage Bayerns und Schleswig-Holsteins zu Verfassungsbeschwerden gegen das Wahlrecht der beiden Länder befürchteten diese durch die Ersatzstimme eine „Verunsicherung der Wähler“⁸⁸ beziehungsweise sahen sie in der Einführung der Ersatzstimme „eine mit dem deutschen Verhältniswahlssystem nicht ohne weiteres kompatible Änderung des

86 BVerfGE 146, 327 (359 f Rn. 81) – Eventualstimme Bundestagswahl 2013.

87 VerfGH Baden-Württemberg, Beschluss v. 9.5.2016 – 1 VB 25/16, Rn. 10; Morlok, in: Dreier, „Grundgesetz“, Band 2, 3. Aufl. 2015, Art. 38 Rn. 112; Roth, in: Umbach/Clemens, „Grundgesetz Mitarbeiterkommentar“, 2002, Art. 38 Rn. 67; Decker, ZParl 47 (2016), 460 (465); Buchwald/Rauber/Grzeszick, LKRZ 2012, 441 (445); Bull, „Stellungnahme zur Problematik der Fünf-Prozent-Sperrklausel im Landtagswahlrecht“, in: Schleswig-Holsteinischer Landtag, LT-Drs. 18/2249, S. 20 f mwN.

88 Bayerischer Landtag, in: BayVerfGH 10.10.2014 – Vf. 25-III-14, Rn. 13; ähnlich auch Lenz, NVwZ 2019, 1797 (1801f), der aber davon ausgeht, dass die Ersatzstimme zwingend jeweils für Erst- und Zweitstimme eingeführt werden müsste.

Wahlsystems⁸⁹. Es erscheint nicht ausgeschlossen, dass die Auswirkungen einer Sperrklausel mit Ersatzstimme nicht für sämtliche Wahlberechtigten nachvollziehbar sind. Dies würde jedoch nicht dazu führen, dass diese Personen von der Wahl ausgeschlossen wären: Sie könnten weiterhin wie bisher schlicht nur eine (Haupt-)Zweitstimme abgeben und somit auf die Abgabe einer Ersatzzweitstimme verzichten.⁹⁰ Dies würde die Gültigkeit der Stimmabgabe nicht beeinflussen. Im Übrigen sind auch bei deutlich komplizierteren Aspekten des Wahlrechts mit den Möglichkeiten des Panaschierens und Kumulierens oder bei anderen Wahlrechtsreformen nicht übermäßig viele ungültige Stimmen zu bemerken,⁹¹ sodass auch diese deutlich einfachere Wahlrechtsänderung einem Großteil der Wähler gut verständlich zu machen wäre.⁹²

bb. Verzögerung der Ergebnisfeststellung

Häufig wird das Argument vorgebracht, dass mit der Einführung der Ersatzstimme die Auszählung des Wahlergebnisses verkompliziert werden würde. Die Auszählung würde „wesentlich erschwert“⁹³, sei kaum praktikabel⁹⁴ und eine „schwierige Aufgabe“⁹⁵, da mit der Auszählung der Ersatzstimmen erst nach der bundesweiten Feststellung des Hauptzweitstimmenergebnisses begonnen werden könnte und eine sehr große Zahl an möglichen Varianten von Stimmabgaben möglich sei.

Die Auszählung der Ersatzzweitstimmen könnte in den Wahllokalen jeweils direkt im Anschluss an die Auszählung der Hauptzweitstimmen geschehen; dabei muss nicht auf den bundesweiten Abschluss der Haupt-

89 Landtag Schleswig-Holsteins, in: LVerfG Schleswig-Holstein, Urteil v. 13.9.2013 – LVerfG 7/12, Rn. 29.

90 Vgl. Decker, ZfP 2022, 217 (238).

91 Linck, DÖV 1984, 884 (887); Landeswahlleiter Bayern, „Bayerische Landtagswahl 2018 – Endgültiges Ergebnis“, https://www.landtagswahl2018.bayern.de/ergebnis_tabelle_990.html (abgerufen am 30.12.2022); Heußner, LKRZ 2014, 52 (53).

92 Heußner, LKRZ 2014, 52 (54); ähnlich Graeb/Vetter, ZParl 49 (2018), 552 (562 f.).

93 Boehl, in: Schreiber, „BWahlG“, 11. Aufl. 2021, § 6 Rn. 67; zuvor Strelen, in: Schreiber, „BWahlG“, 10. Aufl. 2017, § 6 Rn. 37 noch: „fast unlösbare Aufgabe“.

94 Kramer, JuS 2003, 966 (968); Morlok, in: Dreier, „Grundgesetz“, Band 2, 3. Aufl. 2015, Art. 38 Rn. 112.

95 Stumpf, JA 2012, 923 (930).

zweitstimmen-Auszählung gewartet werden.⁹⁶ Die Verzögerung wäre aus mehreren Gründen zu verkraften. Nur eine Minderheit der Wähler würde voraussichtlich überhaupt von der Ersatzstimme Gebrauch machen. Wähler größerer Parteien hätten keinen Vorteil von der zusätzlichen Abgabe einer Ersatzstimme. Auch die Wähler kleinerer Parteien würden wohl nur zu einem Teil diese Möglichkeit wahrnehmen; auch unter dem aktuellen Wahlrecht wird die Möglichkeit des Stimmensplittings zwischen Erst- und Zweitstimme bei weitem nicht von allen Wählern genutzt.⁹⁷ Unter den aktuellen politischen Gegebenheiten ist davon auszugehen, dass maximal 10 bis 20 Prozent, wahrscheinlich eher 5 bis 10 Prozent der Wähler eine Ersatzzweitstimme abgeben würden.⁹⁸

Das Wahlergebnis und die Sitzzuteilung können mithilfe von Computer-Programmen ohne Verzögerung berechnet werden. Darüber hinaus ist zu beachten, dass selbst eine Verzögerung der Ergebnisfeststellung um ein bis zwei Tage kein beachtliches Problem aufwirft.⁹⁹ Eine schnelle Feststellung des Ergebnisses wäre zwar für die gespannten Wähler und Wahlbewerber wünschenswert, ist aber keineswegs verfassungsrechtlich geboten.

cc. Legitimation der durch Ersatzstimmen gewählten Abgeordneten

Man könnte an der Legitimation der durch Ersatzzweitstimmen gewählten Abgeordneten zweifeln oder deren Legitimation im Vergleich zu den durch Hauptzweitstimmen gewählten Abgeordneten geringer schätzen.¹⁰⁰ Diese Abgeordneten könnten als Abgeordnete „zweiter Wahl“¹⁰¹ gelten. Dies mag in der politischen Diskussion auftreten, ist jedoch verfassungsrechtlich und -politisch nicht begründet: Vergegenwärtigt man sich, dass die Ersatzzweitstimmen ebenso gültige Stimmen sind, die nur erneut mit Geltungs-

96 Heußner, LKRZ 2014, 7 (10); dies übersieht Boehl, in: Schreiber, „BWahlG“, 11. Aufl. 2021, § 6 Rn. 67.

97 Statistisches Bundesamt, „Bundestagswahl 2017: Stimmensplitting so stark genutzt wie noch nie“, https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2018/01/PDI_8_029_141.html (abgerufen am 8.1.2023).

98 Eigene Schätzung nach DAWUM, Wahltrnd vom 5.1.2023, <https://dawum.de/Bundestag/> (abgerufen am 8.1.2023).

99 Köhler, „Parteien im Wettbewerb“, 2005, S. 141 f.

100 Zimmer, DÖV 1985, 101 (102); ablehnend Damm, DÖV 2013, 913 (919 f.).

101 Ablehnend Jesse, „Aktuelle Reformvorschläge zum Wahlrecht: die Modifizierung der Fünfprozentklausel durch die Einführung einer Nebenstimme und die Abschaffung des Zweistimmensystems“, in: Mörschel, „Wahlen und Demokratie“, 2016, S. 127.

kraft aufgeladen wurden, zeigt dies, dass auch diese Abgeordneten ebenso vom Willen des Volkes getragen werden. Da ein Wahlsystem mit Ersatzstimme den Willen des Volkes sogar besser abbildet, sind diejenigen Abgeordneten, die rechnerisch als letzte einen Sitz im Parlament erhalten haben, besser legitimiert als diejenigen Abgeordneten, die in einem Wahlsystem ohne Ersatzzweitstimme rechnerisch als letzte in das Parlament gekommen sind.

dd. Förderung von reinen Interessensgruppen oder Ein-Themen-Parteien

Kritisch zu beleuchten sind die möglichen Auswirkungen einer Ersatzzweitstimme auf die Parteienlandschaft. Da Wähler ihre Stimme im Fall der Abgabe der Hauptzweitstimme an eine aussichtslose Partei nicht verlieren würden, könnte langfristig der Effekt entstehen, dass Wähler vermehrt mit der Hauptzweitstimme eine Kleinstpartei (teilweise „Splitterpartei“¹⁰² genannt) wählen, die eine reine Interessensgruppe oder Ein-Themen-Partei ist.

Dieser Effekt wäre dadurch abgeschwächt, dass die Politiker verschiedener Interessensgruppen ein Interesse daran haben, durch Parteizusammenschlüsse die Sperrklausel zu überwinden und somit selbst in das Parlament einzuziehen. Außerdem wäre diese Entwicklung verfassungsrechtlich nicht problematisch. Solange eine solche Partei keine fünf Prozent der gültigen Zweitstimmen erhält, bleibt sie von der Sitzzuteilung ausgeschlossen. Sollte eine Interessengemeinschaft von mindestens fünf Prozent der Wähler gewählt werden, ist sie ausreichend legitimiert, im Parlament vertreten zu sein.¹⁰³ Das BVerfG erkennt die Bedeutung von Ein-Themen-Parteien für die parlamentarische Debatte an.¹⁰⁴

Durch ein Wahlrecht, das die Entwicklung von Einzelinteressensparteien fördert, könnte jedoch das Repräsentationsprinzip eingeschränkt sein:

102 Zur Kritik an diesem Begriff: *Forsthoff*, DRZ 1950, 314 (315).

103 *Roth*, in: *Umbach/Clemens*, „Grundgesetz Mitarbeiterkommentar“, 2002, Art. 38 Rn. 66; zu Kommunalwahlen *Lenz*, „Kommunalverwaltung und Demokratieprinzip“, 2020, S. 265; ähnlich *Trute*, in: *von Münch/Kunig*, „Grundgesetz“, Band 1, 7. Aufl. 2021, Art. 38 Rn. 74; *Schönberger*, „Macht die Wahl das Recht verfassungswidrig?“, 27.9.2013, <https://verfassungsblog.de/macht-wahl-recht-verfassungswidrig-anmerkungen-zur-fuenfprozenthuerde/> (abgerufen am 10.1.2023); aA wohl *Boehl*, in: *Schreiber*, „BWahlG“, 11. Aufl. 2021, § 6 Rn. 66.

104 BVerfGE 129, 300 (340) – 5 %-Sperrklausel EuWG II.

Art. 38 Abs. 1 S. 2 Hs. 1 GG bestimmt, dass die Abgeordneten Vertreter des ganzen Volkes sind. Die Abgeordneten vertreten folglich nicht bloß die Bürger ihres Wahlkreises oder ihre Wähler,¹⁰⁵ sondern das gesamte Volk.¹⁰⁶ Das Ideal, dass alle Abgeordneten das Gemeinwohl der gesamten Bevölkerung gleichermaßen erstreben, ist allerdings wohl illusorisch: Um unter den übrigen Wahlbewerbern hervorzustechen, müssen sich die Parteien klar positionieren und vorrangig die Wähler ihres Wahlkreises ansprechen. Viele Wähler wollen auch unter dem aktuellen Wahlsystem wissen, von welcher Partei sie persönlich am stärksten profitieren. Die Einführung der Ersatzstimme könnte diese Abweichung vom Ideal verstärken. Dieser Effekt wäre wahrscheinlich abgeschwächt: Die Wähler treffen ihre Wahlentscheidung nicht nur danach, welche Parteien mit ihren Versprechungen die persönlichen Interessen der Wähler am besten abdecken. Ein Großteil der Wähler will auch Politiker wählen, denen sie zutrauen, in der täglichen Parlamentsarbeit an den richtigen Stellen kompromissbereit zu sein und dadurch die Wahlversprechen durchzusetzen. Darüber hinaus werden Wahlentscheidungen aufgrund von Persönlichkeiten getroffen. Kleinstparteien wird es tendenziell schwerer fallen, ihre Wähler davon zu überzeugen, dass sie bei ihrer geringen Mitgliederzahl und ihren begrenzten Mitteln diese Kriterien erfüllen können.¹⁰⁷

ee. Missbrauchsmöglichkeiten

Man könnte befürchten, dass unpolitische Vereinigungen sich als Parteien zur Wahl aufstellen lassen, nur um Wahlkampfkostenfinanzierung zu erhalten, indem sie von ihren Mitgliedern und Sympathisanten mit der Hauptzweitstimme gewählt werden. Diese Wähler könnten dann mit der Ersatzzweitstimme ihre präferierte Partei wählen. Diesem Missbrauch wird aber dadurch vorgebeugt, dass solche Vereinigungen erstens vom Bundeswahlausschuss nicht als Parteien anerkannt werden (§ 18 Abs. 1, 4 BWahlG, § 2 Abs. 1 PartG) und sie zweitens erst die weiterhin bestehende Vorausset-

105 Morlok, in: Dreier, „Grundgesetz“, Band 2, 3. Aufl. 2015, Art. 38 Rn. 136; Trute, in: von Münch/Kunig, „Grundgesetz“, Band 1, 7. Aufl. 2021, Art. 38 Rn. 105.

106 Stern, „Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland“, Band 1, 2. Aufl. 1984, S. 1069; Böckenförde, in: Isensee/Kirchhof, „Handbuch des Staatsrechts“, Band 3, 3. Aufl. 2005, § 34 Rn. 51, 32; Schliesky, in: Morlok/Schliesky/Wiefelspütz, „Parlamentsrecht“, 2016, § 5 Rn. 29.

107 Vgl. BVerfGE 91, 276 (286) – Parteienbegriff II.

zung zur Erstattung von Wahlkampfkosten von mindestens 0,5 Prozent der gültigen (Haupt-)Zweitstimmen (also derzeit über 200.000)¹⁰⁸ erfüllen müssten.

ff. Weitere gegen die Ersatzstimme vorgebrachte Argumente

Nicht überzeugend ist das Argument, dass „bei diesem entscheidenden Akt der demokratischen Willensbildung von den Wahlberechtigten eindeutige politische Entscheidungen – ohne Vorbehalt und Rückfallpositionen – zu fordern [sind]“¹⁰⁹. Die Bedeutung der Wahl für die Demokratie ist kein Grund dafür, die Entwicklung eines Wahlsystems zu unterlassen, das den Wählerwillen möglichst gut wiedergibt. Einschränkungen der Wahlgleichheit und weiterer Grundrechte können nicht mit dem Argument verteidigt werden, dass das aktuelle Wahlsystem eben auf diese Weise funktioniere und der Wähler sich in diesem Rahmen entscheiden müsse. Es ist gerade die Frage, ob das Wahlsystem zu ändern ist.

Es ist auch unbeachtlich, dass die Sperrklausel durch die Grundmandatsklausel (§ 6 Abs. 3 S. 1 Var. 2 BWahlG aF; in nF gestrichen¹¹⁰) und die Ausnahme von der Sperrklausel für Parteien nationaler Minderheiten (§ 6 Abs. 3 S. 2 BWahlG aF; § 4 Abs. 2 S. 3 BWahlG nF) bereits abgemildert ist. Die Grundmandatsklausel, die von einem Großteil der Literatur als verfassungswidrig angesehen wird,¹¹¹ ist für kleine Parteien nur selten hilfreich: Die DP konnte durch sie 1953 und 1957 und die PDS 1994 in den Bundestag einziehen.¹¹² Die DP wurde dabei jedoch im sogenannten Huckepack-Verfahren von der CDU unterstützt¹¹³ und die Situation der PDS war nach der Wiedervereinigung eine historische Einmaligkeit. Auch die Ausnahme von

108 Eigene Berechnung nach *Bundeswahlleiter*, Bundestagswahl 2021 – Ergebnistabelle, <https://bundeswahlleiter.de/bundestagswahlen/2021/ergebnisse/bund-99.html#stimmertabelle14> (abgerufen am 8.1.2023).

109 Boehl, in: Schreiber, „BWahlG“, 11. Aufl. 2021, § 6 Rn. 67; Bull, DVBl 2014, 1213 (1216 mwN); vgl. auch Schönberger, „Lob der Fünfprozentürde“, 27.9.2013, <https://verfassungsblog.de/lob-fuenfprozentuerde/> (abgerufen am 10.1.2023).

110 Vgl. Fn. 2.

111 Morlok, in: Dreier, „Grundgesetz“, Band 2, 3. Aufl. 2015, Art. 38 Rn. II6; Seifert, „Die politischen Parteien im Recht der Bundesrepublik Deutschland“, 1975, S. 143 f; Maurer, „Staatsrecht I“, 6. Aufl. 2010, § 13 Rn. 34.

112 *Bundeswahlleiter*, Wahl-Lexikon: Grundmandatsklausel, <https://www.bundeswahlleiter.de/service/glossar/g/grundmandatsklausel.html> (abgerufen am 30.12.2022).

113 Ipsen/Kaufhold/Wischmeyer, „Staatsrecht I“, 34. Aufl. 2022, § 4 Rn. 38.

der Sperrklausel für Parteien nationaler Minderheiten ist für die meisten Parteien nicht hilfreich.

ii. Erhöhung der Anzahl der Parteien im Bundestag

Letztlich bleibt als mögliches Argument gegen die gleiche Eignung des Ersatzstimmrechts zur Wahrung der Funktionsfähigkeit des Bundestags einzig die mögliche Erhöhung der Anzahl der Parteien im Parlament.

Durch die Sperrklausel wird – wie oben beschrieben – die Anzahl der im Bundestag vertretenen Parteien verringert, dadurch die Mehrheitsbildung im Parlament erleichtert und somit die Funktionsfähigkeit des Bundestags gefördert. Durch die Einführung der Ersatzstimme bliebe die Sperrklausel an sich unberührt. Eine Partei, die die Fünf-Prozent-Hürde (auch mit möglichen Ersatzstimmen) nicht überwinden kann, bliebe weiterhin von der Sitzzuteilung ausgeschlossen. Die Anzahl der Parteien im Parlament kann sich deshalb nur in begrenztem Rahmen erhöhen. Durch die Ersatzzweitstimme erleichtert sich die Etablierung anfangs kleiner Parteien im Bundestag, da die benannten Hürden des taktischen Wahlverhaltens entfernt werden.¹¹⁴ Andererseits wird teilweise argumentiert, dass die Wähler kleiner Parteien ihre Ersatzzweitstimmen an größere Parteien vergeben würden, wodurch deren Stimmenanteil im Ergebnis steigen würde.¹¹⁵ Es ist jedenfalls davon auszugehen, dass nur in einem begrenzten Rahmen mehr Parteien in das Parlament einziehen würden.¹¹⁶

114 So auch das Ergebnis einer nicht-repräsentativen Studie bei Graeb/Vetter, ZParl 49 (2018), 552 (561 ff).

115 Zu Kommunalwahlen Lenz, NVwZ 2019, 1797 (1799 f); so wohl auch LVerfG Schleswig-Holstein, Urteil v. 13.9.2013 – LVerfG 9/12, Rn. 107: „Verstärkung der Erfolgsschancen der großen Parteien“.

116 Graeb/Vetter, ZParl 49 (2018), 552 (563): „ohne [...] stärkere[] Fragmentierung des Bundestages“; Heußner, LKRZ 2014, 7 (10) geht bei einer Einführung einer Ersatzzweitstimme bei der sächsischen Landtagswahl von höchstens einer Partei mehr im Landtag aus; so auch zum Single Transferable Vote Hellmann, ZParl 49 (2016), 389 (404).

iii. Einschätzungs- und Prognosespielraum des Gesetzgebers

Der Gesetzgeber hat grundsätzlich einen gewissen Einschätzungs- und Prognosespielraum, weshalb nach Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts „nicht zu prüfen [ist], ob die innerhalb [des Ermessensspielraums] vom Gesetzgeber gefundene Lösung [...] zweckmäßig oder rechtspolitisch erwünscht erscheint.“¹¹⁷ Die Einschätzung des Gesetzgebers, dass das Ersatzstimmrecht aufgrund der potentiellen Erhöhung der Anzahl der im Bundestag vertretenen Parteien nicht gleich geeignet sei, liegt jedoch nicht mehr im Rahmen des gesetzgeberischen Einschätzungs- und Prognosespielraums.

Das Bundesverfassungsgericht hat früher entschieden, dass dem Gesetzgeber „bei der Konkretisierung der verfassungsrechtlich festgelegten Wahlgrundsätze notwendig ein weiter Ermessensspielraum gewährt [ist].“¹¹⁸ Schon kurz darauf wurde die Rechtsprechung dahingehend geändert, dass „dem Gesetzgeber [auf dem Gebiet des Wahlrechts] nur ein gewisser Spielraum innerhalb des sonst weiten Bereichs für sein freies Ermessen [bleibt].“¹¹⁹ Vor allem eine Abweichung vom Grundsatz der Erfolgswertgleichheit wird „nur in Grenzen zugelassen“, wenn dafür ein „zwingende[r] Grund“ vorliegt.¹²⁰ In der neueren Rechtsprechung wird zwar der Begriff „zwingender Grund“ nicht mehr verwendet, aber dem Gesetzgeber weiterhin nur ein eng bemessener Spielraum eingeräumt.¹²¹

Als Folge hiervon und weil „die parlamentarische Mehrheit gewissermaßen in eigener Sache tätig wird und gerade bei der Wahlgesetzgebung die Gefahr besteht, dass die jeweilige Parlamentsmehrheit sich statt von gemeinwohlbezogenen Erwägungen vom Ziel des eigenen Machterhalts leiten lässt,“ fordert das Bundesverfassungsgericht – auch in seiner Entscheidung von 2017 –, dass bei der Einschätzung der drohenden Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit des Bundestags allein auf die aktuellen Verhältnisse

117 BVerfGE 6, 84 (94) – Sperrklausel; siehe auch VerfGHE BY 59, 125, Rn. 29; BayVerfGH, BayVBl 2010, 531, Rn. 50.

118 BVerfGE 3, 19 (24) – Unterschriftenquorum.

119 BVerfGE 4, 375 (382 f) – Schwerpunktparteien.

120 BVerfGE 1, 208 (248 f) – 7,5 %-Sperrklausel.

121 BVerfGE 146, 327 (350 f Rn. 61) – Eventualstimme Bundestagswahl 2013; BVerfGE 124, 1 (19) – Nachwahl; BVerfGE 135, 259 (287 Rn. 53) – 3 %-Sperrklausel EuWG; kritisch dazu *Bull*, DVBl 2014, 1213 (1214 ff).

abgestellt wird.¹²² Dabei sind „auch konkret absehbare künftige Entwicklungen bereits im Rahmen der [...] Bewertung der aktuellen Verhältnisse zu berücksichtigen [...], wenn die weitere Entwicklung aufgrund hinreichend belastbarer tatsächlicher Anhaltspunkte schon gegenwärtig verlässlich zu prognostizieren ist.“¹²³ Hierbei ist auch eine vorsichtige Einschätzung vertretbar, da der Bundestag das BWahlG nicht erneut ändern könnte, wenn er handlungsunfähig geworden wäre.¹²⁴

Diesen strengen Maßstab hat das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluss von 2017 nicht konsequent angewandt. Es befasst sich nicht intensiver mit den Argumenten, da es die Ersatzstimme als nicht „zweifelsfrei“ gleich geeignet und milder ansieht.¹²⁵

iv. Entscheidendes Kriterium: Prognostizierbarkeit der Gefahren

Allein Zweifel an der gleichen Eignung der Ersatzweitstimme sind jedoch noch kein ausreichendes Argument. Nach dem Maßstab der bisherigen umfangreichen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts stellt sich stattdessen folgende Frage: Ist eine Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit des Bundestags bei Einführung der Ersatzweitstimme aufgrund hinreichend belastbarer tatsächlicher Anhaltspunkte verlässlich zu prognostizieren? Die Funktionsfähigkeit des Bundestags könnte dadurch eingeschränkt werden, dass kleinere Parteien sich besser etablieren können und folglich tendenziell mehr Parteien im Bundestag vertreten sind. Das Bundesverfassungsgericht stellt jedoch in seiner neueren Rechtsprechung überzeugend fest, dass „die allgemeine und abstrakte Behauptung, durch den Wegfall der Fünf-Prozent-Sperrklausel werde der Einzug kleinerer Parteien und

122 BVerfGE 146, 327 (352 Rn. 63) – Eventualstimme Bundestagswahl 2013; BVerfGE 135, 259 (289 Rn. 59) – 3 %-Sperrklausel EuWG; so auch Lenz, „Kommunalverwaltung und Demokratieprinzip“, 2020, S. 271; zur gerichtlichen Kontrolle bei Entscheidungen des Parlaments in eigener Sache von Arnim, DÖV 2015, 537; gegen eine intensive Einschränkung des Gesetzgebers aufgrund der Entscheidung in eigener Sache Di Fabio/Mellinghoff, Sondervotum zu BVerfGE 129, 300 (351 f Rn. 156) – 5 %-Sperrklausel EuWG II und Drossel, „Wahlsystem und Wahlgleichheit“, 2021, S. 115 f, 143.

123 BVerfGE 135, 259 (289 Rn. 57) – 3 %-Sperrklausel EuWG.

124 Vgl. BVerfGE 129, 300 (324) – 5 %-Sperrklausel EuWG II; BVerfGE 135, 259 (289 Rn. 58) – 3 %-Sperrklausel EuWG; Lenz, „Kommunalverwaltung und Demokratieprinzip“, 2020, S. 270.

125 BVerfGE 146, 327 (360 f Rn. 82) – Eventualstimme Bundestagswahl 2013.

Wählergemeinschaften in die Vertretungsorgane erleichtert und dadurch die Willensbildung in diesen Organen erschwert, einen Eingriff in die Grundsätze der Wahlgleichheit und der Chancengleichheit nicht rechtfertigen [kann]. [...] Nur die mit einiger Wahrscheinlichkeit zu erwartende Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der Vertretungsorgane kann die Fünf-Prozent-Sperrklausel rechtfertigen.“¹²⁶ Das Bundesverfassungsgericht erkennt außerdem, dass bei weniger Fraktionen im Parlament Beschlüsse zwar einfacher gefasst werden können; „die bloße Erleichterung oder Vereinfachung der Beschlussfassung [reicht aber] nicht aus, um den mit der Fünf-Prozent-Sperrklausel verbundenen Eingriff in die Wahlgleichheit und die Chancengleichheit der politischen Parteien zu rechtfertigen [...]. Denn Demokratie setzt das Aufeinandertreffen verschiedener Positionen und das Finden von Kompromissen voraus [...]. Nicht jeder Konflikt und nicht jede politische Auseinandersetzung [...] kann als Störung der Funktionsfähigkeit angesehen werden.“¹²⁷ Diese Ansicht überzeugt, da eine Demokratie darauf ausgerichtet ist, durch (umständlichen) Meinungsstreit konsensfähige Lösungen zu entwickeln. Würde man jegliche Beeinträchtigung der Arbeitsweise der Legislative verhindern wollen, wäre eine Diktatur die richtige Herrschaftsform.

Entscheidend ist somit, ob eine tatsächliche Beeinträchtigung – und nicht nur eine hinnehmbare Erschwerung – der Funktionsweise des Bundestags zu prognostizieren ist. Da tendenziell mehr Parteien im Bundestag vertreten wären, ist eine Erschwerung der Parlamentsarbeit jedenfalls in geringem Maße gut möglich. Da die Fünf-Prozent-Hürde erhalten bleiben würde, wäre diese Entwicklung aber stark begrenzt. Außerdem sind zur Funktionsfähigkeit des Bundestags weitere – von der Sperrklausel unabhängige – Faktoren wie die Kompromissbereitschaft der Parteien im Parlament relevant. Hierbei ist auch zu berücksichtigen, dass sich in Deutschland eine politisch reife Demokratie entwickelt hat.¹²⁸ Solange die im Parlament vertretenen Parteien die notwendige Kompromissbereitschaft aufweisen, würde auch ein Parlament mit ein oder zwei Parteien mehr eine stabile Regierungsmehrheit stellen können.¹²⁹

126 BVerfGE 129, 300 (323) – 5 %-Sperrklausel EuWG II.

127 BVerfGE 120, 82 (114 f) – Sperrklausel Schleswig-Holstein.

128 Decker, ZfP 2022, 217 (237).

129 Hartenstein, „Den Wählern auf der Spur“, 2002, S. 180 f gibt eine Übersicht über knapp an den Sperrklauseln bei Bundes- und Landtagswahlen gescheiterten Parteien und deren Auswirkungen auf die Regierungsbildung.

Eine tatsächliche Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit des Bundestags bei Einführung einer Ersatzzweitstimme ist nach Meinung des Verfassers deshalb sehr unwahrscheinlich.¹³⁰ Noch unwahrscheinlicher wäre es, dass diese Entwicklung überraschend nach einer Wahl auftreten würde. Diese Situation müsste sich über Jahrzehnte entwickeln und würde auch vor Wahlen in Umfragen zu erkennen sein. Dem Gesetzgeber wäre es deshalb möglich, im äußerst unwahrscheinlichen Fall einer drohenden Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit des Bundestags rechtzeitig das Wahlrecht zu ändern und diese Entwicklung somit zu stoppen. Unter tatsächlichen Anzeichen einer solchen Entwicklung wäre dies auch verfassungskonform.

Eine Beeinträchtigung der Funktionsweise des Bundestags ist somit auch bei vorsichtiger Betrachtung nicht zu prognostizieren. Die Einschätzung des Gesetzgebers, dass das Ersatzstimmrecht nicht gleich geeignet sei, liegt deshalb nicht mehr im Rahmen des gesetzgeberischen Einschätzungs- und Prognosespielraums.

Ein Wahlrecht mit Ersatzzweitstimme ist folglich gleich gut geeignet wie das gegenwärtige Wahlrecht, die Funktionsfähigkeit des Bundestags zu wahren. Da eine Sperrklausel mit Ersatzstimme gegenüber der Sperrklausel ohne Ersatzstimme ein milderes, gleich geeignetes Mittel ist, ist die aktuelle Regelung nicht erforderlich. Die unkomensierte Fünf-Prozent-Hürde in § 6 Abs. 3 S. 1 Var. 1 BWahlG aF (§ 4 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 BWahlG nF) ohne Ersatzzweitstimme ist deshalb unverhältnismäßig und verfassungswidrig.¹³¹

III. Ausblick

Der ablehnende Beschluss des Bundesverfassungsgerichts von 2017 reiht sich in die langjährige Rechtsprechung des Gerichts ein, die Fünf-Prozent-Hürde bei Bundestagswahlen als verfassungskonform anzuerkennen. Dabei hat es sich erstmals etwas ausführlicher zu dem Konzept der Ersatzstimme geäußert. Nach diesem Beschluss ist eine hiervon abweichende Entschei-

130 Ausführlicher dazu am Beispiel des saarländischen Landtags *Heußner*, LKRZ 2014, 7 (10 ff); zu Kommunalwahlen *Lenz*, „Kommunalverwaltung und Demokratieprinzip“, 2020, S. 332: „konzentrierende Wirkung bestünde fort“.

131 So im Ergebnis zu Kommunalwahlen auch *Lenz*, „Kommunalverwaltung und Demokratieprinzip“, 2020, S. 268, 284, 287, 291f, der jedoch die Prognoseunsicherheit auf der Ebene der Erforderlichkeit noch zugunsten des Gesetzgebers und erst auf Ebene der Angemessenheit zulasten des Gesetzgebers wertet.

dung in naher Zukunft sehr unwahrscheinlich. Die Rechtsprechungsänderung zu Sperrklauseln bei Europawahlen 2011 und 2013 und das Urteil zu Sperrklauseln bei Kommunalwahlen 2008 lassen zwar grundsätzlich ein Umdenken des Bundesverfassungsgerichts zu Sperrklauseln erkennen.¹³² Das Gericht hat jedoch zurecht explizit darauf hingewiesen, dass die Bundesregierung stärker vom Parlament abhängig ist, als dies auf europäischer und kommunaler Ebene der Fall ist.

Die Ersatzzweitstimme könnte vom Bundestag durch eine Änderung des Bundeswahlgesetzes mit einfacher Mehrheit beschlossen werden. Das Bundesverfassungsgericht schreibt auch in seiner Ersatzstimmen-Entscheidung von 2017: „[Es ist] Aufgabe des Gesetzgebers, [...] die mit einem Eventualstimmrecht verbundenen Vor- und Nachteile gegeneinander abzuwägen und auf dieser Grundlage über dessen Einführung zu entscheiden.“¹³³ Einige nicht im Bundestag vertretene Parteien (Volt, ÖDP, Piraten) fordern die Einführung der Ersatzzweitstimme.¹³⁴ Wie sich die Einführung einer Ersatzzweitstimme auf die Wahlergebnisse der einzelnen Parteien auswirken wird, ist sehr schwer vorherzusagen.¹³⁵ Da langfristig – aufgrund des Wegfalls taktischer Wahlanreize – eher mit Verlusten der im Bundestag etablierten Parteien zu rechnen ist, ist es ohne Druck aus der Gesellschaft unwahrscheinlich, dass die Ersatzzweitstimme eingeführt wird.¹³⁶

Als Kompromisslösung könnte man bei einer Einführung der Ersatzzweitstimme im Gegenzug die Sperrklausel leicht anheben. So würde eine Erhöhung der Anzahl der im Parlament vertretenen Parteien verhindert, gleichzeitig aber die Wahlgleichheit, die Chancengleichheit der Parteien und die Wahlfreiheit trotzdem besser gewahrt werden.

132 BVerfGE 51, 222 – 5 %-Sperrklausel EuWG I; BVerfGE 129, 300 – 5 %-Sperrklausel EuWG II; BVerfGE 135, 259 – 3 %-Sperrklausel EuWG; BVerfGE 120, 82 – Sperrklausel Schleswig-Holstein.

133 BVerfGE 146, 327 (360 f Rn. 82) – Eventualstimme Bundestagswahl 2013.

134 *Volt Deutschland*, „Ersatzstimme einführen!“, <https://www.voltdeutschland.org/ersatzstimme> (abgerufen am 10.1.2023); *Bundesverband Ökologisch-Demokratische Partei*, „ÖDP schlägt Dualwahl für gerechte Wahlen vor“, 29.8.2019, <https://www.oedp.de/aktuelles/pressemittelungen/newsdetails/news/oedp-schlaegt-dualwahl-fuer-gerechte-wahlen-vor> (abgerufen am 10.1.2023); *Piratenfraktion im Schleswig-Holsteinischen Landtag*, „Ersatzstimme statt massenhaftem Stimmenverfall“, 19.11.2013, <https://www.piratenfraktion-sh.de/2013/11/19/ersatzstimme-statt-massenhaftem-stimmenverfall-piraten-stossen-wahlrechtsreform-an/> (abgerufen am 10.1.2023).

135 Einen Versuch hierzu unternehmen mit im Ergebnis offenem Ausgang *Graeb/Vetter*, ZParl 49 (2018), 552 (557 ff, 563).

136 So auch *Lenz*, „Kommunalverwaltung und Demokratieprinzip“, 2020, S. 336.