

## Entscheidungsbesprechung

### Verfassungskonformität des Bundestagswahlrechts trotz Nichteinführung der Eventualstimme?

**Die Einführung einer Eventualstimme für den Fall, dass die über die Hauptstimme mit Priorität gewählte Partei wegen der Fünf-Prozent-Sperrklausel nicht die erforderliche Mindeststimmenzahl erhält, ist verfassungsrechtlich nicht geboten.**

**(Amtlicher Leitsatz)**

GG Art. 20 Abs. 1, 21 Abs. 1, 38 Abs. 1

BVerfG, Beschl. v. 19.9.2017 – 2 BvC 46/14<sup>1</sup>

#### I. Einleitung

Das Bundesverfassungsgericht hat mit seinem Beschl. v. 19.9.2017 eine Wahlprüfungsbeschwerde als offensichtlich unbegründet verworfen, die die in § 6 Abs. 3 S. 1 Alt. 1 BWahlG normierte Fünf-Prozent-Sperrklausel, den Verzicht des Gesetzgebers auf die Einführung eines sog. Eventualstimmrechts und die „verschleierte Staats- und Wahlkampffinanzierung der Bundestagsparteien durch ihre Fraktionen, Abgeordnetenmitarbeiter und parteinahen Stiftungen“ beanstandete. Das Gericht sah zwar das Fehlen von Vorschriften zur Verhinderung eines Missbrauchs der Abgeordnetenmitarbeitern im Wahlkampf als Verstoß gegen die Chancengleichheit der Parteien (Art. 21 Abs. 1 GG) an.<sup>2</sup> Dies verhalf der Wahlprüfungsbeschwerde jedoch nicht zum Erfolg, da das Verfassungsgericht keine Mandatsrelevanz des Regelungsdefizits feststellen konnte.<sup>3</sup>

Im Folgenden wird die angebliche verschleierte Staats- und Wahlkampffinanzierung der Bundestagsparteien nicht weiter behandelt, sondern sich auf die Fünf-Prozent-Sperrklausel ohne Eventualstimme konzentriert.

#### II. Die Eventualstimme

Das Konzept der Eventualstimme ist unter vielen weiteren Namen bekannt: Alternativstimme<sup>4</sup>, Ersatzstimme<sup>5</sup>, Nebenstimme<sup>6</sup>, Hilfsstimme<sup>7</sup>, Reservestimme<sup>8</sup>, Subsidiärstimme<sup>9</sup>,

subsidiäre Wahl<sup>10</sup>, Dualwahl<sup>11</sup> und Stimmweitergabe-Option<sup>12</sup>. Dies ist jedoch kein inhaltlicher, sondern ein lediglich sprachlicher Unterschied.

In diesem Konzept erhält der Wähler zusätzlich zu seiner bisherigen (Haupt-)Zweitstimme eine Eventualzweitstimme. Diese Stimme 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 die Hauptzweitstimme des Wählers an eine in das Parlament einziehende Partei geht, ist dessen Eventualstimme 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 ausgenommen und die Eventualstimmen 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 Eventualstimmen 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 Eventualstimmen) ausgeschlossen und deren Eventualstimmen 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 Eventualstimmen kleinerer Parteien noch über die Sperrklausel kommen und somit an der Sitzzuteilung beteiligt werden. Dabei ist ausgeschlossen, dass sich Parteien gegenseitig über die Sperrklausel helfen,<sup>13</sup> da die schwächere Partei vom Einzug in das Parlament ausgeschlossen wird. Im Folgenden wird von dem aus Sicht des *Verf.* vorzugswürdigen mehrstufigen Verfahren ausgegangen.

Die Wahlkampfkostenerstattung einer Partei würde wie bisher anhand des Anteils an gültigen Hauptzweitstimmen bemessen werden. Auch bisher erhalten die Parteien die Wahlkampfkostenerstattung unabhängig von ihrem Einzug in das Parlament. Es besteht kein Grund die Wahlkampfkostenerstattung an den Sitzanteil im Parlament zu koppeln. 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.

<sup>1</sup> Die Entscheidung ist online abrufbar unter [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2017/09/cs20170919\\_2bvc004614.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2017/09/cs20170919_2bvc004614.html) (9.3.2018).

<sup>2</sup> BVerfG, Beschl. v. 19.9.2017 – 2 BvC 46/14, Rn. 114.

<sup>3</sup> BVerfG, Beschl. v. 19.9.2017 – 2 BvC 46/14, Rn. 115.

<sup>4</sup> VerfGH des Saarlandes, Beschl. v. 7.4.2014 – Lv 18/13.

<sup>5</sup> Positionen von „Mehr Demokratie e.V.“ zum Wahlrecht, <https://www.mehr-demokratie.de/themen/wahlrecht/unsere-wahlrechts-positionen/> (9.3.2018); Jesse, in: Mörschel, *Wahlen und Demokratie*, 2016, S. 127 ff.

<sup>6</sup> Jesse, *Wahlrecht zwischen Kontinuität und Reform*, 1985, S. 258 ff.; Damm, *DÖV* 2013, 913.

<sup>7</sup> Wenner, *Sperrklauseln im Wahlrecht der Bundesrepublik Deutschland*, 1986, S. 412 ff.

<sup>8</sup> Roth, in: Umbach/Clemens, *Grundgesetz*, 2002, Art. 38 Rn. 67.

<sup>9</sup> Buchwald/Rauber/Grzeszick, *LKRZ* 2012, 441 (445).

<sup>10</sup> Speckmann, *ZRP* 1970, 198 (198).

<sup>11</sup> Benken, *Wahleinspruch gegen die Wahl zum Deutschen Bundestag am 22.9.2013*, <http://wahlreform.de/we2013.pdf> (9.3.2018), S. 20 ff.

<sup>12</sup> Wahlprüfungsausschuss, *BT-Drs.* 17/4600, S. 123 f.

<sup>13</sup> So aber Decker, *ZParl* 47 (2016), 460 (465).

### III. Entscheidung

Die Wahlprüfungsbeschwerde stellte darauf ab, dass ein Wahlrecht mit Fünf-Prozent-Sperrklausel und Eventualstimme ein gleich geeignetes und milderer Mittel im Vergleich zum aktuellen Wahlrecht mit Fünf-Prozent-Sperrklausel ohne Eventualstimme ist. Die Grundrechtseinschränkungen des aktuellen Wahlrechts verfolgten mit der Funktionsfähigkeit des Bundestages zwar einen legitimen Zweck und seien auch zu dessen Erfüllung geeignet.<sup>14</sup> Sie seien aber nicht erforderlich und das Bundestagswahlrecht deshalb verfassungswidrig.

Das Bundesverfassungsgericht folgt dieser Argumentation nicht. Es sieht ein Eventualstimmrecht nicht als „zweifelsfrei gleich geeignetes, milderer Mittel“ an.<sup>15</sup> Das Eventualstimmrecht 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“.<sup>16</sup> Darüber hinaus stellt das Verfassungsgericht 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.<sup>17</sup>

### IV. Stellungnahme

Sollte das Eventualstimmrecht ein gleich geeignetes, milderer Mittel zur Sicherung der Funktionsfähigkeit des Bundestags sein, wäre die unkompenzierte Fünf-Prozent-Hürde in § 6 Abs. 3 S. 1 Var. 1 BWahlG ohne Einführung einer Eventualstimme nicht erforderlich und damit verfassungswidrig.

#### 1. Eventualstimmrecht als milderer Mittel

Das Eventualstimmrecht ist ein milderer Mittel im Vergleich zum aktuellen Wahlrecht, wenn es Grundrechte weniger stark beeinträchtigt. Möglicherweise eingeschränkte Grundrechte sind die Unmittelbarkeit der Wahl und das Demokratieprinzip (dazu a), die Wahlgleichheit (dazu b), die Chancengleichheit der Parteien (dazu c), die Freiheit der Wahl (dazu d) und die Öffentlichkeit der Wahl (dazu e).

#### a) Unmittelbarkeit der Wahl und Demokratieprinzip

Gem. 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 bedingungsfrei erfolgen muss.<sup>18</sup> Durch die Einführung der Eventualstimme würde eine Bedingung in die Stimmabgabe eingeführt werden: wenn die mit der Hauptzweitstimme gewählte Partei scheitert, geht die Stimme an die mit der Eventualstimme gewählte Partei. Das BVerfG

äußert deshalb Bedenken bezüglich eines Verstoßes gegen die Unmittelbarkeit der Wahl und gegen das Demokratieprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG.<sup>19</sup> Diese Meinung wird auch von Teilen der Literatur gestützt.<sup>20</sup> Darüber hinaus sieht das Verfassungsgericht ein Problem darin, dass „letztlich andere Wähler darüber entscheiden, für wen eine Stimme abgegeben wird.“<sup>21</sup>

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 selbständig zu bestimmen.“<sup>22</sup> Historisch soll durch den Grundsatz der Unmittelbarkeit vor allem das Wahlmännersystem ausgeschlossen werden.<sup>23</sup> Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG ist aber nicht hierauf beschränkt.<sup>24</sup> Die Norm will allgemein verhindern, dass von Dritten auf den Inhalt der Wählerstimme Einfluss genommen wird<sup>25</sup> und sich ein fremder Wille zwischen den Wähler und die Auswirkung seiner Stimme auf die Parlamentszusammensetzung drängt.<sup>26</sup> 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 wird<sup>27</sup> und somit „die Wirkung der Stimmabgabe ausschließlich vom Willen der Wähler bestimmt wird“<sup>28</sup>. Unmittelbar nach Beendigung der Stimmabgabe muss der Wahlbewerber, der die jeweilige Stimme erhält, bestimmbar sein; er muss nicht direkt durch die Stimmabgabe bestimmt sein.<sup>29</sup> Für den Wähler muss ersichtlich bleiben, „wie sich die eigene Stimmabgabe auf Erfolg oder Misserfolg der Wahlbewerber auswirken kann“<sup>30</sup>.

Mit dem Konzept der Eventualstimme wird eine erfolgreiche Stimme erneut mit Bedeutung aufgeladen. Bei der Abgabe der Eventualstimme handelt es sich im Grunde um einen zweiten Wahlgang, nur dass dieser mit dem ersten Wahlgang zusammengezogen wird.<sup>31</sup> Bei der Eventualstimme kann der

<sup>19</sup> BVerfG, Beschl. v. 19.9.2017 – 2 BvC 46/14, Rn. 80.

<sup>20</sup> *Stumpf*, JA 2012, 923 (930); *Strelen* (Fn. 18), § 6 Rn. 37; dagegen *Holste*, NVwZ 2014, 42 (42).

<sup>21</sup> BVerfG, Beschl. v. 19.9.2017 – 2 BvC 46/14, Rn. 81.

<sup>22</sup> BVerfGE 47, 253 (279 f.) – Gemeindeparlamente.

<sup>23</sup> *Trute*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 38 Rn. 27; *Magiera*, in: Sachs, Grundgesetz, 7. Aufl. 2014, Art. 38 Rn. 83.

<sup>24</sup> BVerfGE 7, 63 (68) – Listenwahl.

<sup>25</sup> *Meyer*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 3, 3. Aufl. 2005, § 46 Rn. 17; *Morlok*, in: Dreier, Grundgesetz-Kommentar, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 38 Rn. 80.

<sup>26</sup> *Seifert*, Bundeswahlrecht, 3. Aufl. 1976, Art. 38 GG Rn. 10.

<sup>27</sup> *Meyer* (Fn. 25), § 46 Rn. 17.

<sup>28</sup> *Seifert* (Fn. 26), Art. 28 GG Rn. 12.

<sup>29</sup> BVerfGE 121, 266 (307) – Landeslisten.

<sup>30</sup> BVerfGE 121, 266 (307) – Landeslisten; 95, 335 (350) – Überhangmandate II.

<sup>31</sup> *Decker*, ZParl 47 (2016), 460 (465).

Bürger zwar nicht die endgültige Wirkung seiner Stimme voraussagen. Er kann jedoch erkennen, wie sich seine Stimmabgabe auswirken kann.<sup>32</sup> Es wird gerade keine weitere Instanz der Wahl nachgeschaltet, die nach eigenem Ermessen entscheidet.<sup>33</sup> Die Mandatzuteilung wird auch nicht willkürlich<sup>34</sup>, da sie nach klaren, zuvor festgelegten Regeln abläuft.

Die Einführung der Eventualstimme verstößt somit nicht gegen das Prinzip der Unmittelbarkeit der Wahl oder gegen das Demokratieprinzip.<sup>35</sup>

#### b) Wahlgleichheit

Das Verfassungsgericht sieht bei einer Einführung der Eventualstimme 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.“<sup>36</sup> Andererseits geht es auch von der Herbeiführung neuer Eingriffe in die Gleichheit der Wahl aus.<sup>37</sup>

#### aa) Zählwertgleichheit

Sowohl in Mehrheits- als auch in Verhältniswahlssystemen verlangt die Wahlgleichheit, dass alle Stimmen den gleichen Zählwert und Erfolgswert haben müssen. Bei einer Verhältniswahl ist darüber hinaus grundsätzlich auch derselbe Erfolgswert aller Stimmen einzuhalten.<sup>38</sup> Die Eventualstimme erscheint problematisch, da diejenigen Wähler, deren Eventualstimme aktiviert wird, neben ihrer Hauptzweitstimme eine zweite (auch berücksichtigte) Stimme abgegeben haben, wohingegen alle anderen Wähler nur eine berücksichtigte Stimme abgegeben haben. Das Bundesverfassungsgericht erkennt dabei richtigerweise, dass im Fall der Aktivierung der Eventualstimme sowohl die Hauptzweitstimme (für die Parteienfinanzierung) als auch die Eventualzweitstimme (für die Mandatsverteilung) gültig wären.<sup>39</sup>

Bei dieser Betrachtung wird jedoch nicht hinreichend berücksichtigt, dass jeder Wähler von Beginn an die Hauptzweitstimme und die Eventualstimme erhält. Auch Wähler, deren Eventualstimme 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 auseinan-

derfällt, 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.

#### bb) Erfolgswertgleichheit

Durch die Sperrklausel wird der Erfolgswert derjenigen Stimmen, die an erfolglose Parteien gingen, auf null reduziert.<sup>40</sup> Durch die Eventualstimme wird der Erfolgswert der Zweitstimme des Wählers zwar im Falle der Vergabe sowohl der Hauptzweitstimme als auch der Eventualstimme an kleine Parteien nicht gewahrt,<sup>41</sup> wie auch das Verfassungsgericht korrekt erkannt hat.<sup>42</sup> Der Erfolgswert der überwiegenden Anzahl der Stimmen für Kleinparteien würde jedoch aufrechterhalten werden, da sie mit einer Eventualstimme für eine größere Partei verbunden wären. Das Verfassungsgericht erkennt diesen positiven Effekt als „Verbesserung der Integrationsfunktion der Wahl“<sup>43</sup>. Jene Stimmen würden ihren Einfluss auf die Parlamentszusammensetzung behalten und sich lediglich inhaltlich durch die Aktivierung der Eventualstimme ändern.

Ein Wahlsystem mit Eventualstimme schränkt somit die Zählwertgleichheit nicht ein und kann die Erfolgswertgleichheit besser als das geltende Wahlrecht wahren, wodurch die Wahlgleichheit insgesamt besser gewahrt wird.

#### c) Chancengleichheit der Parteien

Die unkompenzierte Fünf-Prozent-Sperrklausel könnte die Chancengleichheit der Parteien aus Art. 3 Abs. 1 GG, dem Demokratieprinzip und Art. 21 Abs. 1 GG<sup>44</sup> einschränken.

#### aa) Verfälschung des Wählerwillens

Die Chancengleichheit der Parteien wird dadurch eingeschränkt, dass die Zusammensetzung des Parlaments bei dem aktuellen Wahlrecht stärker als bei einem Eventualwahlssystem nicht den tatsächlichen Wählerwillen widerspiegelt.

#### (1) Durch die Sperrklausel an sich

Offensichtlich geschieht dies durch die Sperrklausel an sich: Kleine Parteien werden nicht berücksichtigt, sodass nicht der tatsächliche Wählerwille im Parlament abgebildet wird.<sup>45</sup> Wie problematisch dies aus demokratischer Sicht sein kann,

<sup>32</sup> Heußner, LKRZ 2014, 7 (10).

<sup>33</sup> Buchwald/Rauber/Grzeszick, LKRZ 2012, 441 (445); Heußner, LKRZ 2014, 7 (9).

<sup>34</sup> BVerfGE 131, 316 (336) – Landeslisten II.

<sup>35</sup> A.A. ohne Begründung Wahlprüfungsausschuss, BT-Drs. 18/1810, S. 334.

<sup>36</sup> BVerfG, Beschl. v. 19.9.2017 – 2 BvC 46/14, Rn. 81.

<sup>37</sup> BVerfG, Beschl. v. 19.9.2017 – 2 BvC 46/14, Rn. 82.

<sup>38</sup> BVerfGE 4, 31 (39) – 5 %-Sperrklausel; 95, 408 (417) – Grundmandatsklausel; 120, 82 (102 f.) – Sperrklausel Schleswig-Holstein.

<sup>39</sup> BVerfG, Beschl. v. 19.9.2017 – 2 BvC 46/14, Rn. 81.

<sup>40</sup> BVerfGE 120, 82 (105 f.) – Sperrklausel Schleswig-Holstein; Pünder, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Bd. 72, 2013, 191 (218) m.w.N.

<sup>41</sup> Linck, DÖV 1984, 884 (885); VerfGH Baden-Württemberg, Beschl. v. 9.5.2016 – 1 VB 25/16, Rn. 10.

<sup>42</sup> BVerfG, Beschl. v. 19.9.2017 – 2 BvC 46/14, Rn. 81.

<sup>43</sup> BVerfG, Beschl. v. 19.9.2017 – 2 BvC 46/14, Rn. 82; ähnlich auch VerfGH Baden-Württemberg, Beschl. v. 9.5.2016 – 1 VB 25/16, Rn. 10.

<sup>44</sup> Zur verfassungsrechtlichen Verortung der Chancengleichheit der Parteien siehe BVerfGE 82, 322 (337) – Gesamtdeutsche Wahl; Morlok (Fn. 25), Art. 21 Rn. 78.

<sup>45</sup> Decker, ZParl 47 (2016), 460 (464).

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.<sup>46</sup>

## (2) Durch taktisches Wahlverhalten

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 sog. Papierkorbstimme abzugeben, ist es für solche Wähler wahltaktisch ratsamer, eine der Parteien zu wählen, die mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit die Sperrklausel überschreiten werden.<sup>47</sup> Manche Wähler müssen sich aus ihrer Sicht für die Wahl des „geringsten Übels“ entscheiden.<sup>48</sup> Durch das Bewusstsein des vermeintlichen Wahlverhaltens der übrigen Wähler entsteht so eine höhere tatsächliche Sperrwirkung.<sup>49</sup> Diese Effekte sind auch von Befürwortern der reinen Sperrklausel unbestritten.<sup>50</sup> Die Sperrwirkung führt außerdem dazu, dass aussichtslose Parteien auch völlig unbekannt bleiben. Ob diese Parteien sinnvolle politische 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 (sog. 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]“<sup>51</sup> und deshalb

<sup>46</sup> 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](https://www.bundeswahlleiter.de/dam/jcr/2ace94c3-15cb-476b-aa98-806b97209353/btw13_kerg.csv) (9.3.2018).

<sup>47</sup> *Linck*, DÖV 1984, 884 (885); *Köhler*, Parteien im Wettbewerb, 2005, S. 142; *Jesse*, ZfP 2013, 374 (388); *ders.*, 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 FDP und Grüne zwischen 1983 und 1994 sowie die PDS 1994.

<sup>48</sup> *Herrmann*, PVS 2010, 665 (686); *Jessen*, Perspektiven der politischen Meinungsforschung, 2014, S. 252; *Jesse* (Fn. 6), S. 259 f.

<sup>49</sup> *Jesse* (Fn. 6), S. 254; *Speckmann*, ZRP 1970, 198 (198).

<sup>50</sup> *Strelen* (Fn. 18), § 6 Rn. 37: „gewisse Vorwirkung auf das Wählerverhalten“.

<sup>51</sup> BVerfGE 6, 84 (92) – Sperrklausel.

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.

Durch die Einführung der Eventualstimme wäre zwar „die Erforderlichkeit einer kompromisshaften Wahlentscheidung und des Taktierens [...] nur auf die Ebene der Hilfsstimme (Eventualstimme) verschoben.“<sup>52</sup> Nichtsdestotrotz würde der Wählerwille viel besser abgebildet, wenn die Hauptzweitstimmen ohne taktisches Wahlverhalten vergeben werden könnten.

## bb) 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 BVerfG 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.<sup>53</sup>

In der älteren Literatur wird die Bildung neuer Parteien teilweise als „illusorisch“<sup>54</sup> oder „politisch aussichtslos“<sup>55</sup> bezeichnet; neue Parteien hätten „überhaupt keine Chance mehr, sich am politischen Wettbewerb erfolgreich zu beteiligen“<sup>56</sup>, sodass „[v]on einem chancengleichen Parteienwettbewerb und einer offenen politischen Willensbildung [...] in der Bundesrepublik ernsthaft nicht mehr die Rede sein [kann].“<sup>57</sup> Die Vorwürfe sind in dieser Schärfe heutzutage nicht mehr haltbar: Mit den Linken und den Grünen haben es zwei neue Parteien geschafft, sich dauerhaft in der Bundespolitik zu etablieren. Mit der Bundestagswahl 2017 hat es auch die AfD erstmals geschafft, in den Bundestag einzuziehen. 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

<sup>52</sup> VerfGH Baden-Württemberg, Beschl. v. 9.5.2016 – 1 VB 25/16, Rn. 10.

<sup>53</sup> BVerfGE 111, 382 (404 f.) – Drei-Länder-Quorum.

<sup>54</sup> *Seifert*, Die politischen Parteien im Recht der Bundesrepublik Deutschland, 1975, S. 156.

<sup>55</sup> *Loewenstein*, zit. nach *Seifert* (Fn. 54), S. 156 und *Linck*, DÖV 1984, 884 (886).

<sup>56</sup> *Loewenstein*, zit. nach *Seifert* (Fn. 54), S. 156 und *Linck*, DÖV 1984, 884 (886).

<sup>57</sup> *Seifert* (Fn. 54), S. 157.

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.<sup>58</sup>

Möglicherweise ist auch die seit den 1970er-Jahren kontinuierlich fallende Wahlbeteiligung bei Bundestagswahlen, die bei den letzten vier Bundestagswahlen so gering wie nie zuvor war,<sup>59</sup> auf den teilweise durch die unkompenzierte Sperrklausel entstehenden Politikverdrossen<sup>60</sup> zurückzuführen. Die Einführung der Eventualstimme könnte zu einem Ansteigen der Wahlbeteiligung führen.

#### d) Freiheit der Wahl

Das BVerfG hat erkannt, dass – auch um die Freiheit der Wahl aus Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG zu wahren – „die Parteien, soweit irgend möglich, mit gleichen Aussichten in den Wahlkampf eintreten“ müssen.<sup>61</sup> „[E]ine Gestaltung des Wahlverfahrens [...], das die Entschließungsfreiheit des Wählers in einer innerhalb des gewählten Wahlsystems vermeidbaren Weise verengt“<sup>62</sup>, 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 Volkes wirksam zu werden“<sup>63</sup>, aufgrund der eben festgestellten Einschränkung der Chancengleichheit der Parteien eingeschränkt ist und eine „Erstarrung des Parteienwesens“<sup>64</sup> droht, ist darin folglich auch eine Beschränkung der Freiheit der Wahl zu sehen.<sup>65</sup> 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 wahltaktischen Überlegung, den Erfolgswert der eigenen Stimme nicht aufgeben zu wol-

len.<sup>66</sup> Dies ist nicht bloß eine unbeachtliche Motivlage.<sup>67</sup> 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 näherkommen. Er muss sein Ziel stattdessen unfreiwillig aufgeben und es durch das nächstbeste ersetzen.

Die aktuelle unkompenzierte Sperrklausel schränkt somit die Freiheit der Wahl ein.

#### e) Öffentlichkeit der Wahl

Das Bundesverfassungsgericht führt in seinem Beschluss zur Wahlprüfungsbeschwerde außerdem verfassungsrechtliche Bedenken unter dem Gesichtspunkt der Öffentlichkeit der Wahl an.<sup>68</sup> Da der Vorgang der Stimmabgabe sich nicht ändern würde, spricht das Gericht damit wahrscheinlich die Nachvollziehbarkeit der Ergebnismittlung an.<sup>69</sup> Diese Nachvollziehbarkeit bliebe jedoch weiterhin bestehen. Die Bekanntgabe aller Zweitstimmen in den abgegebenen Kombinationen aus Hauptzweitstimmen und Eventualstimmen würde es – wie bisher – erlauben, die Verteilung der Mandate im Einzelnen nachzuvollziehen. Durch eine Einführung der Eventualstimme wäre die Öffentlichkeit der Wahl folglich nicht berührt.

#### f) Zwischenergebnis

Das Eventualstimmrecht schränkt weder die Unmittelbarkeit der Wahl noch das Demokratieprinzip ein. Es schränkt die Zählwertgleichheit nicht ein und kann die Erfolgswertgleichheit besser als das geltende Wahlrecht wahren. Auch die Chancengleichheit der Parteien und die Freiheit der Wahl wären mit der Einführung der Eventualstimme besser gewahrt. Die Öffentlichkeit der Wahl bliebe unangetastet.

Ein Wahlrecht mit Sperrklausel und Eventualstimme ist somit ein milderer Mittel als die unkompenzierte Sperrklausel.

#### 2. Eventualstimmrecht als gleich geeignetes Mittel

Entscheidend ist, ob ein solches Wahlsystem auch gleich gut geeignet ist, die Funktionsfähigkeit des Bundestags zu wahren (dazu a).<sup>70</sup> Nach der Feststellung des Einschätzungs- und Prognosespielraums des Gesetzgebers (dazu b) wird die Frage der Geeignetheit abschließend bewertet (dazu c).

#### a) Wahrung der Funktionsfähigkeit des Bundestags

Das Eventualstimmrecht müsste die Funktionsfähigkeit des Bundestags in gleichem Maße herstellen. Vor dem Hinter-

<sup>58</sup> Schönberger, Lob der Fünfprozenthürde, 27.9.2013,

<https://verfassungsblog.de/lob-fuenfprozenthuerde/>

(9.3.2018); Heußner, LKRZ 2014, 7 (7); nicht in dieser Schärfe zustimmend Hartenstein, Den Wählern auf der Spur, 2002, S. 181.

<sup>59</sup> Bundeswahlleiter, Wahlbeteiligung, 23.10.2017,

<https://www.bundeswahlleiter.de/service/glossar/w/wahlbeteiligung.html> (9.3.2018); Strelen (Fn. 18), § 6 Rn. 37 ersetzt in der Formulierung von 1998 in § 6 Rn. 16 „ohne dass sich bisher eine verbreitete Unzufriedenheit der Wählerschaft durch ein nennenswertes Absinken der Wahlbeteiligung [...] gezeigt hätte.“ das „nennenswertes“ durch ein „gravierendes“ seit der 7. Aufl. v. 2002.

<sup>60</sup> Jesse (Fn. 6), S. 254; Zimmer, DÖV 1985, 101 (102); Thiele, ZRP 2017, 105 (107).

<sup>61</sup> BVerfGE 14, 121 (133) – FDP-Sendezeit.

<sup>62</sup> BVerfGE 95, 335 (350) – Überhangmandate II.

<sup>63</sup> BVerfGE 91, 276 (285) – Parteienbegriff II.

<sup>64</sup> BVerfGE 91, 276 (286) – Parteienbegriff II.

<sup>65</sup> Vgl. Benken, Wahleinspruch gegen die Wahl zum Deutschen Bundestag am 22.9.2013,

<http://wahlreform.de/we2013.pdf> (9.3.2018), S. 7.

<sup>66</sup> Ladeur, DuR 1980, 81 (82).

<sup>67</sup> So aber Müller, Berichterstatterschreiben v. 18.4.2016, <http://www.wahlreform.de/wb2016-bverfg.htm> (9.3.2018).

<sup>68</sup> BVerfG, Beschl. v. 19.9.2017 – 2 BvC 46/14, Rn. 80.

<sup>69</sup> Kritisch hierzu auch Buchwald/Rauber/Grzeszick, LKRZ 2012, 441 (445).

<sup>70</sup> BVerfGE 25, 1 (20) – Mühlengesetz; 67, 157 (176 f.) – G 10.

grund der Lehren aus Weimar ist dabei relevant, die Anzahl der Parteien im Parlament zu begrenzen (dazu aa). Die Erreichung des Ziels kann erschwert werden durch eine Verkomplizierung und der daraus folgenden Fehleranfälligkeit des Wahlvorgangs (dazu bb), durch eine Verzögerung der Ergebnisermittlung (dazu cc), durch mangelnde Legitimation der durch Eventualstimmen gewählten Abgeordneten (dazu dd), durch die Förderung von reinen Interessensgruppen oder Ein-Themen-Parteien (dazu ee) oder durch Missbrauchsmöglichkeiten (dazu ff).

#### aa) Begrenzung der Anzahl der Parteien im Parlament

Durch die Einführung der Eventualstimme bliebe die Sperrklausel an sich unberührt. Eine Partei, die die Fünf-Prozent-Hürde (auch mit möglichen Eventualstimmen) nicht überwinden kann, bliebe weiterhin von der Sitzzuteilung ausgeschlossen. Die Anzahl der Parteien im Parlament kann sich deshalb nur in begrenzten Rahmen erhöhen. Durch die Eventualstimme erleichtert sich die Etablierung anfangs kleiner Parteien im Bundestag, da die benannten Hürden des taktischen Wahlverhaltens entfernt werden.<sup>71</sup> Es ist deshalb davon auszugehen, dass in einem begrenzten Rahmen tendenziell mehr Parteien in das Parlament einziehen werden.

#### bb) Verkomplizierung und Fehleranfälligkeit des Wahlvorgangs

Das BVerfG geht in seiner Entscheidung davon aus, dass sich durch die Einführung einer Eventualstimme „die Komplexität der Wahl erhöhe[], so dass eine Zunahme von Wahlenthaltungen und ungültigen Stimmen nicht ausgeschlossen erscheint.“<sup>72</sup> Dies ist ein häufig genanntes Argument gegen die Einführung der Eventualstimme.<sup>73</sup> In Stellungnahmen der Landtage Bayerns und Schleswig-Holsteins zu Verfassungsbeschwerden gegen das Wahlrecht der beiden Länder befürchteten diese durch die Eventualstimme eine „Verunsicherung der Wähler“<sup>74</sup> beziehungsweise sahen sie in der Einführung der Eventualstimme „eine mit dem deutschen Verhältniswahlssystem nicht ohne weiteres kompatible Änderung des Wahlsystems“<sup>75</sup>. Es erscheint nicht ausgeschlossen, dass die Auswirkungen einer Sperrklausel mit Eventualstimme 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 Zweitstimme abgeben und somit auf die Abgabe einer Eventualstimme verzichten. Dies würde die Gültigkeit der Stimmabgabe nicht beeinflussen. Im Übrigen sind auch bei deutlich komplizierteren Wahlsystemen mit den Möglichkeiten des Panaschierens und Kumulierens oder bei anderen Wahlrechtsreformen nicht übermäßig viele ungültige Stimmen zu bemerken,<sup>76</sup> sodass auch diese deutlich einfachere Wahlrechtsänderung einem Großteil der Wähler gut verständlich zu machen wäre.<sup>77</sup>

#### cc) Verzögerung der Ergebnisermittlung

Häufig wird das Argument aufgebracht, dass mit der Einführung der Eventualstimme die Auszählung des Wahlergebnisses verkompliziert würde.<sup>78</sup> Die Auszählung sei kaum praktikabel<sup>79</sup> und eine „schwierige“<sup>80</sup> oder sogar „fast unlösbare Aufgabe“<sup>81</sup>, da mit der Auszählung der Eventualstimmen erst nach der bundesweiten Feststellung des Hauptzweitstimmenergebnisses begonnen werden könne und eine sehr große Zahl an möglichen Varianten von Stimmabgaben möglich sei.

Die Auszählung der Eventualzweitstimmen könnte in den Wahllokalen direkt im Anschluss an die Auszählung der Hauptzweitstimmen geschehen.<sup>82</sup> Die Verzögerung wäre aus mehreren Gründen – anders als wohl von einigen Autoren befürchtet – zu verkraften. Nur eine Minderheit der Wähler würde voraussichtlich überhaupt von der Eventualstimme Gebrauch machen. Wähler größerer Parteien hätten keinen Vorteil von der zusätzlichen Abgabe einer Eventualstimme. 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 nur begrenzt genutzt.<sup>83</sup> Unter den aktuellen politischen Gegebenheiten ist davon auszugehen, dass maximal 10 bis 15 Prozent, wahr-

<sup>71</sup> A.A. wohl LVerfG Schleswig-Holstein, Urt. v. 13.9.2013 – LVerfG 9/12, Rn. 107: „Verstärkung der Erfolgchancen der großen Parteien“.

<sup>72</sup> BVerfG, Beschl. v. 19.9.2017 – 2 BvC 46/14, Rn. 81.

<sup>73</sup> VerfGH Baden-Württemberg, Beschl. v. 9.5.2016 – 1 VB 25/16, Rn. 10; *Morlok* (Fn. 25), Art. 38 Rn. 112; *Roth* (Fn. 8), Art. 38 Rn. 67; *Decker*, ZParl 47 (2016), 460 (465); *Buchwald/Rauber/Grzeszick*, LKRZ 2012, 441 (445); Petitionsausschuss des Deutschen Bundestags, Petition 7472 – Abschlussbegründung, [https://epetitionen.bundestag.de/petitionen/2009/09/28/Petition\\_7472\\_abschlussbegruendungpdf.pdf](https://epetitionen.bundestag.de/petitionen/2009/09/28/Petition_7472_abschlussbegruendungpdf.pdf) (9.3.2018), S. 3; *Bull*, in: Schleswig-Holsteinischer Landtag, LT-Drs. 18/2249, S. 20 f. m.w.N.

<sup>74</sup> BayVerfGH, Entsch. v. 10.10.2014 – Vf. 25-III-14, Rn. 13.

<sup>75</sup> LVerfG Schleswig-Holstein, Urt. v. 13.9.2013 – LVerfG 7/12, Rn. 29.

<sup>76</sup> *Linck*, DÖV 1984, 884 (887); Landeswahlleiter Bayern, Bayerische Landtagswahl 2013 – Endgültiges Ergebnis, <http://www.landtagswahl2013.bayern.de/tabla2990.html> (9.3.2018); *Heußner*, LKRZ 2014, 52 (53).

<sup>77</sup> *Heußner*, LKRZ 2014, 52 (54).

<sup>78</sup> Petitionsausschuss des Deutschen Bundestags, Petition 7472 – Abschlussbegründung, [https://epetitionen.bundestag.de/petitionen/2009/09/28/Petition\\_7472\\_abschlussbegruendungpdf.pdf](https://epetitionen.bundestag.de/petitionen/2009/09/28/Petition_7472_abschlussbegruendungpdf.pdf) (9.3.2018), S. 3.

<sup>79</sup> *Kramer*, JuS 2003, 966 (968); *Morlok* (Fn. 25), Art. 38 Rn. 112.

<sup>80</sup> *Stumpf*, JA 2012, 923 (930).

<sup>81</sup> *Strelen* (Fn. 18), § 6 Rn. 37.

<sup>82</sup> *Heußner*, LKRZ 2014, 7 (10); dies übersieht *Strelen* (Fn. 18), § 6 Rn. 37.

<sup>83</sup> Statistisches Bundesamt, Wahlstatistik zur Bundestagswahl 2013: Stimmensplitting, <https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/ImFokus/Sonstiges/Stimmensplitting.html> (9.3.2018).

scheinlich eher 5 bis 10 Prozent der gültigen Wahlstimmen auch eine Eventualstimme enthalten werden.<sup>84</sup>

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.<sup>85</sup> Eine schnelle Feststellung des Ergebnisses wäre zwar für die gespannten Wähler und Wahlbewerber wünschenswert, ist aber keineswegs verfassungsrechtlich geboten.

#### *dd) Legitimation der durch Eventualstimmen gewählten Abgeordneten*

Man könnte an der Legitimation der durch Eventualstimmen gewählten Abgeordneten zweifeln oder deren Legitimation im Vergleich zu den durch Hauptzweitstimmen gewählten Abgeordneten geringer schätzen.<sup>86</sup> Diese Abgeordneten könnten als Abgeordnete „zweiter Wahl“<sup>87</sup> gelten. Dies mag in der politischen Diskussion aufkommen, ist jedoch verfassungsrechtlich und -politisch nicht begründet: Vergewenigt man sich, dass die Eventualzweitstimmen ebenso gültige Stimmen sind, die nur erneut mit Geltungskraft aufgeladen wurden, zeigt dies, dass auch diese Abgeordneten ebenso vom Willen des Volkes getragen werden. Da ein Wahlsystem mit Eventualstimme 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 Eventualstimme rechnerisch als letzte in das Parlament gekommen sind.

#### *ee) Förderung von reinen Interessensgruppen oder Ein-Themen-Parteien*

Kritisch zu beleuchten sind die möglichen Auswirkungen einer Eventualstimme auf die Parteienlandschaft. Da Wähler ihre Stimme im Falle der Abgabe der Hauptstimme an eine aussichtslose Partei nicht verlieren würden, könnte langfristig der Effekt entstehen, dass Wähler vermehrt mit der Hauptzweitstimme eine Kleinstpartei (teilweise „Splitterpartei“<sup>88</sup> 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 Interessensgemeinschaft von mindestens fünf Prozent der Wahlberechtigten gewählt werden, ist sie ausreichend legitimiert, im Parlament vertreten zu sein.<sup>89</sup> Das BVerfG erkennt die Bedeutung von Ein-Themen-Parteien für die parlamentarische Debatte an.<sup>90</sup>

Durch ein Wahlrecht, das die Entwicklung von Einzelinteressensparteien fördert, könnte jedoch das Repräsentationsprinzip eingeschränkt sein: 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,<sup>91</sup> sondern das gesamte Volk.<sup>92</sup> Das Ideal, dass alle Abgeordneten das Gemeinwohl der gesamten Bevölkerung gleichermaßen erstreben, ist allerdings wohl illusorisch: Um unter den übrigen Wahlbewerbern hervorstechen, 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 Eventualstimme könnte diese Abweichung vom Ideal verstärken. Dieser Effekt wäre wahrscheinlich abgeschwächt: Bei der Wahl entscheiden sich die Wähler nicht nur danach, welche Wahlversprechen ihren Interessen entsprechen. 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.<sup>93</sup>

#### *ff) Missbrauchsmöglichkeiten*

Man könnte befürchten, dass unpolitische Vereinigungen sich als Parteien zur Wahl aufstellen lassen, nur um Wahlkampf-kostenfinanzierung zu erhalten, indem sie von ihren Mitgliedern und Sympathisanten mit der Hauptzweitstimme gewählt werden. Diese Wähler könnten dann mit der Eventualstimme 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 Voraussetzung zur Erstattung

<sup>84</sup> Eigene Schätzung nach Meinungsforschungsinstitut INSA, Meinungstrend 17.10.2017, <http://insa-meinungstrend.de/de/sonntagsfrage.php> (9.3.2018).

<sup>85</sup> Köhler (Fn. 47), S. 141 f.

<sup>86</sup> Zimmer, DÖV 1985, 101 (102); ablehnend Damm, DÖV 2013, 913 (919 f.).

<sup>87</sup> Ablehnend Jesse (Fn. 5), S. 127.

<sup>88</sup> Zur Kritik an diesem Begriff Forsthoff, DRZ 1950, 314 (315).

<sup>89</sup> Roth (Fn. 8), Art. 38 Rn. 66; a.A. wohl Strelen (Fn. 18), § 6 Rn. 35.

<sup>90</sup> BVerfGE 129, 300 (340) – 5 %-Sperrklausel EuWG II.

<sup>91</sup> Morlok (Fn. 25), Art. 38 Rn. 136; Trute (Fn. 23), Art. 38 Rn. 77.

<sup>92</sup> Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 1, 2. Aufl. 1984, S. 1069; Böckenförde, in: Isensee/Kirchhof (Fn. 25), § 34 Rn. 51, 32; Schliesky, in: Morlok/Schliesky/Wiefelspütz, Parlamentsrecht, 2016, § 5 Rn. 29.

<sup>93</sup> Vgl. BVerfGE 91, 276 (286) – Parteienbegriff II.

von Wahlkampfkosten von mindestens 0,5 Prozent der gültigen Zweitstimmen (also über 200.000)<sup>94</sup> erfüllen müssten.

*gg) Weitere gegen die Eventualstimme 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]“<sup>95</sup>. 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.

Teilweise wird vorgebracht, dass durch die Fünf-Prozent-Hürde verfassungsfeindliche Parteien aus dem Bundestag gehalten werden können.<sup>96</sup> Das Bundesverfassungsgericht und der ganz überwiegende Teil der Literatur erkennen jedoch richtigerweise, dass das Wahlrecht das falsche Mittel zur Bekämpfung extremistischer Parteien ist.<sup>97</sup> Die Einstufung einer Partei als verfassungsfeindlich und die Sanktionierung dessen steht nach Art. 21 Abs. 2 GG einzig dem BVerfG zu.

Es ist auch unbeachtlich, dass die Sperrklausel durch die Grundmandatsklausel und die Ausnahme von der Sperrklausel für Parteien nationaler Minderheiten bereits abgemildert ist. Die Grundmandatsklausel, die von einem Großteil der Literatur als verfassungswidrig angesehen wird,<sup>98</sup> ist für kleine Parteien nur selten hilfreich: Die DP konnte durch sie 1953 und 1957 und die PDS 1994 in den Bundestag einzie-

hen.<sup>99</sup> Die DP wurde dabei jedoch im sogenannten Huckepack-Verfahren von der CDU unterstützt<sup>100</sup> und die Situation der PDS war nach der Wiedervereinigung eine historische Einmaligkeit. Auch die Ausnahme von der Sperrklausel für Parteien nationaler Minderheiten ist für die meisten Parteien nicht hilfreich.

*hh) Zusammenfassung*

Bei der Einführung einer Eventualstimme ist davon auszugehen, dass in einem begrenzten Rahmen tendenziell mehr Parteien in das Parlament einziehen werden. Die geringfügig gesteigerte Komplexität des Wahlverfahrens hat keine verfassungsrechtliche Relevanz. Auch die mögliche Förderung reiner Interessensgruppen ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Die Legitimation der aufgrund der Eventualstimme erfolgreichen Abgeordneten und die Verzögerung der Ergebnisfeststellung bereiten keine Probleme; durch die Eventualstimme entstehen auch keine Missbrauchsmöglichkeiten. Nicht überzeugend sind die Argumente gegen die Eventualstimme, dass von den Bürgern eine eindeutige Entscheidung ohne Rückfallposition gefordert werden könne und die Sperrklausel bereits abgemildert ist.

Letztlich bleibt als Argument gegen die gleiche Eignung des Eventualstimmrechts einzig die mögliche Erhöhung der Anzahl der Parteien im Bundestag.

*b) Einschätzungs- und Prognosespielraum des Gesetzgebers*

Der Gesetzgeber hat grundsätzlich einen gewissen Einschätzungs- und Prognosespielraum, weshalb „nicht zu prüfen [ist], ob die innerhalb [des Ermessensspielraums] vom Gesetzgeber gefundene Lösung [...] zweckmäßig oder rechtspolitisch erwünscht erscheint.“<sup>101</sup> Fraglich ist, ob die Einschätzung, dass das Eventualstimmrecht nicht gleich geeignet ist, noch im Rahmen des gesetzgeberischen Ermessensspielraums liegt.

Das Bundesverfassungsgericht hat früher entschieden, dass dem Gesetzgeber „bei der Konkretisierung der verfassungsrechtlich festgelegten Wahlgrundsätze notwendig ein weiter Ermessensspielraum gewährt [ist].“<sup>102</sup> 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].“<sup>103</sup> Vor allem eine Abweichung vom Grundsatz der Erfolgswertgleichheit wird „nur in Grenzen zugelassen“, wenn dafür ein „zwingende[r] Grund“ vorliegt.<sup>104</sup> In der neueren Rechtsprechung wird zwar der Begriff „zwingender Grund“ nicht mehr verwendet, aber dem Ge-

<sup>94</sup> 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](https://www.bundeswahlleiter.de/dam/jcr/2ace94c3-15cb-476b-aa98-806b97209353/btw13_kerg.csv) (9.3.2018).

<sup>95</sup> *Strelen* (Fn. 18), § 6 Rn. 37; siehe auch Petitionsausschuss des Deutschen Bundestags, Petition 7472 – Abschlussbegründung,

[https://epetitionen.bundestag.de/petitionen/\\_2009/09/28/Petition\\_7472\\_abschlussbegrueundungpdf.pdf](https://epetitionen.bundestag.de/petitionen/_2009/09/28/Petition_7472_abschlussbegrueundungpdf.pdf)

(9.3.2018), S. 2; *Bull.*, DVBl 2014, 1213 (1216 m.w.N.); vgl. auch *Schönberger*, Lob der Fünfprozenthürde, 27.9.2013,

<https://verfassungsblog.de/lob-fuenfprozenthuerde/> (9.3.2018).

<sup>96</sup> *Zimmer*, DÖV 1985, 101 (101 f.); *Strelen* (Fn. 18), § 6 Rn. 35.

<sup>97</sup> BVerfGE 1, 208 (255) – 7,5 %-Sperrklausel; BVerfGE 111, 382 (410) – Drei-Länder-Quorum.

<sup>98</sup> *Morlok* (Fn. 25), Art. 38 Rn. 116; *Ipsen*, Staatsrecht I – Staatsorganisationsrecht, 27. Aufl. 2015, Rn. 103 m.w.N.; *Seifert* (Fn. 54), S. 143 f.; *Maurer*, Staatsrecht I – Grundlagen Verfassungsorgane Staatsfunktionen, 6. Aufl. 2010, § 13 Rn. 34.

<sup>99</sup> Bundeswahlleiter, Wahl-Lexikon: Grundmandatsklausel, <https://www.bundeswahlleiter.de/service/glossar/g/grundmandatsklausel.html> (9.3.2018).

<sup>100</sup> *Ipsen* (Fn. 98), S. 33.

<sup>101</sup> BVerfGE 6, 84 (94) – Sperrklausel; siehe auch VerfGHE BY 59, 125, Rn. 29; BayVerfGH, BayVBl 2010, 531, Rn. 50.

<sup>102</sup> BVerfGE 3, 19 (24) – Unterschriftenquorum.

<sup>103</sup> BVerfGE 4, 375 (382 f.) – Schwerpunktparteien.

<sup>104</sup> BVerfGE 1, 208 (248 f.) – 7,5 %-Sperrklausel.

setzgeber weiterhin nur ein eng bemessener Spielraum eingeräumt.<sup>105</sup>

Als Folge hiervon und weil „die parlamentarische Mehrheit gewissermaßen in eigener Sache tätig wird“<sup>106</sup> und gerade bei der Wahlgesetzgebung die Gefahr besteht, dass die jeweilige Parlamentsmehrheit sich statt von gemeinwohlbezogenen Erwägungen vom Ziel des eigenen Machterhalts leiten lässt,<sup>107</sup> fordert das Gericht – auch in seiner aktuellen Entscheidung<sup>107</sup> –, dass bei der Einschätzung der drohenden Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit des Bundestags alleine auf die aktuellen Verhältnisse abgestellt wird.<sup>108</sup> 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.“<sup>109</sup> Hierbei ist auch eine vorsichtige Einschätzung vertretbar, da der Bundestag das BWahlG nicht erneut ändern kann, falls er handlungsunfähig geworden ist.<sup>110</sup>

Diesen strengen Maßstab hat das Verfassungsgericht in seinem aktuellen Beschluss nicht konsequent angewandt. Es befasst sich nicht intensiver mit den Argumenten, da es die Eventualstimme nicht als „zweifelsfrei“ gleich geeignet und milder ansieht.<sup>111</sup>

### c) Entscheidendes Kriterium: Prognostizierbarkeit der Gefahren

Alleine Zweifel an der gleichen Eignung der Eventualstimme sind jedoch noch kein ausreichendes Argument. Nach dem Maßstab der bisherigen umfangreichen Rechtsprechung des Verfassungsgerichts stellt sich stattdessen folgende Frage: Ist eine Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit des Bundestags bei Einführung der Eventualstimme aufgrund hinreichend belastbarer tatsächlicher Anhaltspunkte verlässlich zu prognostizieren? Die Funktionsfähigkeit des Bundestags könnte dadurch eingeschränkt werden, dass kleinere Parteien durch Eventualstimmen die Sperrklausel überwinden und 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 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.“<sup>112</sup> Das Gericht 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.“<sup>113</sup> 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 bloße 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. Solange die im Parlament vertretenen Parteien diese Kompromissbereitschaft aufweisen, würde auch ein Parlament mit ein oder zwei Parteien mehr eine stabile Regierungsmehrheit stellen können.<sup>114</sup>

Eine tatsächliche Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit des Bundestags ist nach Meinung des *Verf.* deshalb nicht völlig auszuschließen, aber sehr unwahrscheinlich.<sup>115</sup> Noch unwahrscheinlicher wäre es, dass diese Entwicklung überraschend nach einer Wahl auftreten würde. Diese Entwicklung müsste sich über Jahrzehnte entwickeln und würde auch vor Wahlen in Umfragen zu erkennen sein. Dem Gesetzgeber wäre es also 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.

<sup>105</sup> BVerfGE 124, 1 (19) – Nachwahl; 135, 259 (287 Rn. 53) – 3 %-Sperrklausel EuWG; kritisch dazu *Bull.*, DVBl. 2014, 1213 (1214 ff.).

<sup>106</sup> Zur gerichtlichen Kontrolle bei Entscheidungen des Parlaments in eigener Sache *von Arnim*, DÖV 2015, 537.

<sup>107</sup> BVerfG, Beschl. v. 19.9.2017 – 2 BvC 46/14, Rn. 63.

<sup>108</sup> BVerfGE 135, 259 (289 Rn. 59) – 3 %-Sperrklausel EuWG.

<sup>109</sup> BVerfGE 135, 259 (289 Rn. 57) – 3 %-Sperrklausel EuWG.

<sup>110</sup> Vgl. BVerfGE 129, 300 (324) – 5 %-Sperrklausel EuWG II; 135, 259 (289 Rn. 58) – 3 %-Sperrklausel EuWG.

<sup>111</sup> BVerfG, Beschl. v. 19.9.2017 – 2 BvC 46/14, Rn. 82.

<sup>112</sup> BVerfGE 129, 300 (323) – 5 %-Sperrklausel EuWG II.

<sup>113</sup> BVerfGE 120, 82 (114 f.) – Sperrklausel Schleswig-Holstein.

<sup>114</sup> *Hartenstein* (Fn. 58), S. 180 f. gibt eine Übersicht über knapp an den Sperrklauseln bei Bundes- und Landtagswahlen gescheiterten Parteien und deren Auswirkungen auf die Regierungsbildung.

<sup>115</sup> Ausführlicher dazu am Beispiel des saarländischen Landtags *Heußner*, LKRZ 2014, 7 (10 ff.).

Eine Beeinträchtigung der Funktionsweise des Bundestags ist somit auch bei vorsichtiger Betrachtung nicht zu prognostizieren.

die Wahlgleichheit und die Chancengleichheit der Parteien trotzdem besser gewahrt.

*Stud. iur. Philipp Barlet, München\**

## V. Fazit

Ein Wahlrecht mit Eventualstimme ist gleich gut geeignet, die Funktionsfähigkeit des Bundestags zu wahren, wie das aktuelle Wahlrecht. Da eine Sperrklausel mit Eventualstimme gegenüber der aktuellen Sperrklausel ohne Eventualstimme ein mildereres, gleich geeignetes Mittel ist, ist die aktuelle Regelung nicht erforderlich. Die unkompensierte Fünf-Prozent-Hürde in § 6 Abs. 3 S. 1 Var. 1 BWahlG ohne Einführung einer Eventualstimme ist deshalb verfassungswidrig.

## VI. Ausblick

Der ablehnende Beschluss des Bundesverfassungsgerichts reiht sich in die langjährige Rechtsprechung des Gerichts ein, in der die Fünf-Prozent-Hürde mehrfach als verfassungskonform anerkannt wurde. Erstmals hat es sich dabei etwas ausführlicher zu dem Konzept der Eventualstimme geäußert.

Nach dem aktuellen Beschluss des Bundesverfassungsgerichts ist eine hiervon abweichende Entscheidung in naher Zukunft sehr unwahrscheinlich. Die Rechtsprechungsänderung zu Sperrklauseln bei Europawahlen 2011 und 2013<sup>116</sup> und das Urteil zu Sperrklauseln bei Kommunalwahlen 2008<sup>117</sup> lassen zwar grundsätzlich ein Umdenken des Verfassungsgerichts zu Sperrklauseln erkennen. Das Gericht hat jedoch zurecht explizit auch auf die Unterschiede bei der Abhängigkeit der Bundesregierung vom Bundestag im Gegensatz zur europäischen und kommunalen Ebene hingewiesen, weshalb sich diese Argumente nicht auf die Bundesebene übertragen lassen.

Die Einführung der Eventualstimme könnte vom Bundestag mit einfacher Mehrheit beschlossen werden. Die Union hätte bei der Bundestagswahl 2013 durch das Scheitern der FDP und der AfD im Falle der Einführung des Eventualstimmenkonzepts wahrscheinlich viele Stimmen gewonnen (unter der Annahme, dass sich das Wählerverhalten nicht gravierend geändert hätte). Bei der Bundestagswahl 2017 haben jedoch FDP und AfD den Einzug in den Bundestag geschafft. Da bei einer Einführung der Eventualstimme langfristig eher mit Verlusten der größeren Parteien zu rechnen ist, ist es ohne Druck aus der Gesellschaft sehr unwahrscheinlich, dass die Eventualstimme über den Bundestag in das Bundeswahlgesetz eingeführt wird.

Bei der Einführung der Eventualstimme könnte man im Gegenzug die Sperrklausel leicht anheben. So wird eine Erhöhung der Anzahl der Parteien im Parlament verhindert und

<sup>116</sup> BVerfGE 51, 222 – 5 %-Sperrklausel EuWG I; 129, 300 – 5 %-Sperrklausel EuWG II; 135, 259 – 3 %-Sperrklausel EuWG.

<sup>117</sup> BVerfGE 120, 82 – Sperrklausel Schleswig-Holstein.

\* Der *Autor* studiert Jura an der LMU München. Dieser Beitrag beruht auf einer Arbeit, die im Rahmen eines Seminars bei Prof. Dr. Becker (Direktor am Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik) erstellt wurde.