

# Die verschiedenen Sperrklauseln im Wahlrecht auf dem Prüfstand

Von Prof. Dr. Urs Kramer, cand. iur. Vanessa Bahr, Passau\*

*Das deutsche Wahlrecht kennt Sperrklauseln auf der Bundes-, Landes- und auf kommunaler Ebene sowie bei der (deutschen Teil-)Wahl zum Europäischen Parlament. Grund für die Einführung dieser Klauseln waren negative Erfahrungen in der Weimarer Republik, wo das Fehlen eines solchen Korrektivs<sup>1</sup> zum Einzug zahlreicher teilweise extremer Parteien und damit zur Zersplitterung der Volksvertretung führte. Diese behinderte wiederum die Bildung stabiler Mehrheiten und schränkte die Funktionsfähigkeit des Parlamentes ein.<sup>2</sup> Die Frage nach der Verfassungsmäßigkeit der Sperrklauseln bedarf nach den jüngsten Verfassungsgerichtsentscheidungen allerdings einer differenzierten Beantwortung.*

## I. Die Sperrklausel auf Bundes- und Landtagsebene

Für die Wahlen zum Deutschen Bundestag gemäß § 6 Abs. 6 Bundeswahlgesetz (BWahlG) – und in ähnlicher Weise zu den einzelnen Landtagen, auf die wegen dieser Parallelität nachfolgend nicht sehr viel näher eingegangen wird – gilt eine Fünf-Prozent-Sperrklausel. Diese Hürde, die durch die so genannte Grundmandatsklausel des § 6 Abs. 5 BWahlG überwunden werden kann und Parteien nationaler Minderheiten nicht erfasst, wird grundsätzlich für verfassungsgemäß erachtet.<sup>3</sup> Das Gleiche gilt für entsprechende Sperrklauseln auf Landesebene. So verstößt beispielsweise die in Art. 14 Abs. 4 Bayerische Verfassung (BV) normierte Sperrklausel für Landtagswahlen nicht gegen andere Normen der BV.<sup>4</sup> Dabei kommt es durch die Sperrklauseln zu folgender Durchbrechung der Wahlrechtsgleichheit: Vergleicht man die abgegebenen Stimmen für die letztlich in der Sitzvergabe nicht berücksichtigten Parteien mit den Stimmen, die für die berücksichtigten Parteien abgegeben wurden, so haben sie zwar den gleichen Zählwert, erstere jedoch keinen Erfolgswert. Für die Rechtfertigung dieser Ungleichbehandlung wird dann aber darauf abgestellt, dass die Abwehr staatspolitischer

Gefahren als zwingender sachlicher Grund dient. Insbesondere bestünde anderenfalls die Gefahr, dass die Funktionsfähigkeit von Parlament und Regierung bedroht wäre, wenn zu viele kleine und kleinste Parteien zu einer Zersplitterung des Legislativorgans führten und damit die Regierungsbildung (die so genannte „Kreationsfunktion“ der Volksvertretung) sowie die Mehrheitsfindung im Parlament gefährdeten. Letztlich gelingt mit dieser Argumentation dann auch im Hinblick auf die Verhältnismäßigkeit als „Schranken-Schranke“ die Rechtfertigung der Sperrklausel für Wahlen zum Bundes- oder Landtag.

Anders fielen allerdings die jüngeren Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) bezüglich der Sperrklauseln auf kommunaler und auf „europäischer“ Ebene aus. Aus welchen Gründen die Verfassungsmäßigkeit gerade dieser Sperrklauseln zu verneinen ist, soll daher im Folgenden anhand der betreffenden verfassungsgerichtlichen Entscheidungen nachvollzogen werden.

## II. Die kommunale Sperrklausel<sup>5</sup>

Das Gemeinde- und Kreiswahlgesetz Schleswig-Holstein (GKWG)<sup>6</sup> enthielt eine Sperrklausel in § 10 Abs. 1 S. 1 GK-WG. Dieser Paragraph lautete: „An dem Verhältnisausgleich<sup>7</sup> nimmt jede politische Partei oder Wählergruppe teil, für die ein Listenwahlvorschlag aufgestellt und zugelassen worden ist, sofern für sie mindestens eine unmittelbare Vertreterin oder ein unmittelbarer Vertreter gewählt worden ist oder sofern sie insgesamt mindestens 5 v.H. der im Wahlgebiet abgegebenen gültigen Stimmen erzielt hat.“

Die Landtagsfraktion von Bündnis 90/Die Grünen brachte im Jahr 2006 einen Gesetzentwurf zur Abschaffung der Fünf-Prozent-Sperrklausel in § 10 Abs. 1 S. 1 GKWG in den Landtag ein, der dort jedoch am 13.12.2006 mit Stimmenmehrheit abgelehnt wurde.

Mit ihrem beim BVerfG eingelegten Antrag auf Durchführung eines Landesorganstreitverfahrens rügte die Partei Bündnis 90/Die Grünen die Verletzung ihrer Rechte aus Art. 3 Abs. 1 Verfassung Schleswig-Holstein (SHV) und aus Art. 21 Abs. 1 Grundgesetz (GG). Art. 3 Abs. 1 SHV bestimmt ähnlich wie Art. 38 Abs. 1 S. 1 und in Übereinstim-

\* Der *Erstautor* ist Lehrprofessor für Öffentliches Recht am Institut für Rechtsdidaktik der Universität Passau. Die *Zweitautorin* ist stud. Hilfskraft des *Erstautors*.

<sup>1</sup> Zwar gab es im Reichstagswahlssystem Hürden („lokale Sperrhürden“), nach denen Sitze nur an solche Parteien verteilt wurden, die in einem Wahlkreis bzw. in einem Wahlkreisverband eine gewisse Zahl an Stimmen erhalten hatten; vgl. §§ 30, 31 Reichswahlgesetz v. 27.4.1920, abrufbar unter <http://www.verfassungen.de/de/de19-33/reichswahl20.htm> (zuletzt abgerufen am 20.3.2012). Diese faktische Sperrklausel reichte jedoch nicht aus, um eine hohe Anzahl von Parteien im Reichstag zu verhindern (zur Parteienvielfalt im Reichstag vgl. *Falter u.a.*, Wahlen und Abstimmungen in der Weimarer Republik, 1986).

<sup>2</sup> S. dazu *Schreiber*, Handbuch des Wahlrechts zum Deutschen Bundestag, 7. Aufl. 2002, § 6 Rn. 16.

<sup>3</sup> So die ständige Rechtsprechung des BVerfG seit BVerfGE 1, 208 (247 ff.), zuletzt bestätigt in BVerfG, Beschl. v. 18.10.2011 – 2 BvC 8/11.

<sup>4</sup> BayVerfGH, Entsch. v. 18.7.2006 – Vf. 9-VII-04.

<sup>5</sup> BVerfG NVwZ 2008, 407 = BVerfGE 120, 82; dazu *Groth*, NordÖR 2008, 117; *Krajewski*, DÖV 2008, 345.

<sup>6</sup> Diese Sperrklausel fand sich in der alten Fassung des GKWG (v. 19.3.1997, zuletzt geändert durch Gesetz v. 1.2.2005, GVBl. S. 57). Nach der hier vorgestellten Entscheidung des BVerfG wurde das Gesetz angepasst, so dass § 10 Abs. 1 S. 1 GKWG nun keine Sperrklausel mehr enthält (vgl. hierzu GKWG v. 19.3.1997, zuletzt geändert durch Gesetz v. 16.9.2009, GVBl. S. 572).

<sup>7</sup> Der so genannte Verhältnisausgleich tritt in Schleswig-Holstein bei Kommunalwahlen (als eine Art Korrektiv) neben die nach dem System der Mehrheitswahl vergebene größere Zahl der Mandate und wird nach dem d'Hondt'schen Höchstzahlenverfahren aus den Listenwahlvorschlägen ermittelt.

mung mit Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG: „Die Wahlen zu den Volksvertretungen im Lande, in den Gemeinden und Gemeindeverbänden und die Abstimmungen sind allgemein, unmittelbar, frei, gleich und geheim“.

Zu klären waren vom BVerfG die Erfolgsaussichten des am 4.4.2007 gestellten Antrages der Partei Bündnis 90/Die Grünen,<sup>8</sup> der dazu zulässig und begründet sein musste.

### 1. Zulässigkeit des Antrages auf ein Landesorganstreitverfahren

Der Antrag auf Durchführung eines Landesorganstreitverfahrens war zulässig, wenn die entsprechenden Vorgaben erfüllt waren. Maßgeblich waren bzw. sind insoweit die Art. 59c SHV, 93 Abs. 1 Nr. 5,<sup>9</sup> 99 GG, die §§ 13 Nr. 10, 73 ff. BVerfGG sowie ergänzend die §§ 64 ff. BVerfGG für das Bundesorganstreitverfahren, die in Ermangelung speziellerer (landes-)rechtlicher Vorgaben sinngemäß auch für Organstreitigkeiten innerhalb eines Landes, über die das BVerfG zu befinden hat, gelten.<sup>10</sup>

#### a) Zuständigkeit des BVerfG

Die Zuständigkeit des BVerfG als Landesverfassungsgericht (LVerfG) folgte damals als Unikat aus Art. 59c SHV – „Für Landesverfassungsstreitigkeiten verbleibt es bis zur Errichtung des LVerfG bei der Zuständigkeit des BVerfG“ – und Art. 99 GG. Die Errichtung eines eigenen LVerfG für Schleswig-Holstein ist nämlich erst zum 1.5.2008 und damit nach der Entscheidung dieses Falles erfolgt.<sup>11</sup>

<sup>8</sup> Im konkreten Fall war dem Antrag die nicht im Landtag vertretene Partei Die Linke beigetreten. Deren Antrag war analog § 65 Abs. 1 BVerfGG (vgl. BVerfGE 20, 18 [24]) als Verfahrensbeitrag einer von der Norm künftig möglicherweise ebenfalls betroffenen Partei (dazu noch näher im Folgenden) zulässig und letztlich auch begründet, demnach also ebenfalls erfolgreich; er bleibt hier aber unberücksichtigt. Diese Partei hatte übrigens zuvor bereits selbst einmal ein derartiges Verfahren angestrengt, war damals jedoch an der Frist des § 73 Abs. 2 BVerfGG (s. insoweit noch unten) gescheitert: BVerfGE 107, 286.

<sup>9</sup> Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 GG ist auch gegenüber der nachfolgenden Nr. 5 subsidiär und kommt nur zur Anwendung, wenn keine andere Norm (also etwa auch nicht Art. 99 GG) eingreift; vgl. nur Maunz, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG, Stand: 2011, Art. 93 Rn. 60.

<sup>10</sup> Vgl. BVerfGE 27, 44 (51); 60, 53 (63).

<sup>11</sup> Vgl. Art. 44 SHV i.d.F. des Gesetzes v. 17.10.2006, GVOBl. S. 220. Dort sowie – in Ausführung der Verfassungsaufträge nach Art. 3 Abs. 4 sowie nach Art. 41 Abs. 4 und Art. 42 Abs. 5 SHV – im Landeswahlgesetz und im Volksabstimmungsgesetz sind die Zuständigkeiten des LVerfG geregelt. Dazu gehört nun auch das Organstreitverfahren über die Auslegung der Landesverfassung aus Anlass von Streitigkeiten über den Umfang der Rechte und Pflichten des Landtages oder der Landesregierung oder anderer Beteiligter, die durch die Landesverfassung oder die Geschäftsordnung des Landtages mit eigenen Rechten ausgestattet sind (Art. 44 Abs. 2

#### b) Beteiligtenfähigkeit

Beteiligtenfähig in Organstreitverfahren sind laut § 73 Abs. 1 BVerfGG „die obersten Organe des Landes und ihre durch die Landesverfassung oder die Geschäftsordnung eines obersten Landesorgans mit eigenen Rechten ausgestatteten Teile“.

aa) Hier ist kein klassisches oberstes Landes(-staats-)organ oder ein Teil davon als Antragstellerin aktiv geworden, sondern die Partei Bündnis 90/Die Grünen.<sup>12</sup> Die Beteiligtenfähigkeit der Parteien ist in Organstreitverfahren grundsätzlich problematisch. Ebenso wie beim Bundesorganstreit (vgl. dort § 63 BVerfGG) zählen sie nach Ansicht des BVerfG jedoch im Hinblick auf die Vorgaben der Verfassung zur Zusammensetzung der Parlamente zu den insoweit antragsberechtigten und hier ungenannten „anderen Beteiligten“, da ihnen das Grundgesetz in Art. 21 Abs. 1 GG als „am Verfassungsleben Beteiligten“ eigene Rechte (auf Mitwirkung an der politischen Willensbildung des Volkes) einräumt.<sup>13</sup> Aus Art. 3 Abs. 1 SHV folgt zudem das auch zu ihren Gunsten wirkende Recht auf Gleichheit der Wahl.<sup>14</sup>

bb) Der Partei Bündnis 90/Die Grünen stand hier im konträrkatorischen Organstreit als Antragsgegner der Landtag von

Nr. 1 SHV). Demgegenüber gibt es mangels Grundrechten in der SHV weiterhin keine Verfassungsbeschwerde zum LVerfG Schleswig-Holstein; hier bleibt der Weg zum BVerfG wegen eines Aktes der deutschen öffentlichen Gewalt in Schleswig-Holstein offen.

Zum Zeitpunkt der Anhängigkeit dieses Falles stellte sich mangels (damals) eigener Landesverfassungsgerichtsbarkeit auch das Problem der Konkurrenz bzw. Subsidiarität bundes- und landesverfassungsrechtlicher Rechtsbehelfe nicht. Existieren sie dagegen beide, gilt Folgendes (etwa für die konkrete Normenkontrolle durch das BVerfG nach Art. 100 Abs. 1 GG und die entsprechende Verfahrensart nach Landesrecht): Soweit sowohl ein Verfahren vor dem LVerfG als auch vor dem BVerfG in Betracht kommt, ist mangels spezieller Regelung wie etwa in § 91 S. 2 BVerfGG für die Kommunalverfassungsbeschwerde auch die Vorlage an das BVerfG zulässig; dazu näher *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, GG, 11. Aufl. 2011, Art. 100 Rn. 17; vgl. auch *Schlaich/Koriath*, BVerfG, 8. Aufl. 2010, Rn. 162.

<sup>12</sup> Das ist eine Besonderheit, denn die Parteien stehen „in der Gesellschaft“; sie gehören zu ihr.

<sup>13</sup> Diese schon alte Rechtsprechung hat sich bis heute gehalten; alle Kritik prallte an ihr ab. Das BVerfG geht im vorliegenden Fall bezeichnenderweise nicht einmal auf den „nicht passenden“ § 73 Abs. 1 BVerfGG ein, sondern verweist lediglich beim Beitritt (vgl. Fn. 8) auf BVerfGE 20, 18 (24), zum GG. Vgl. insgesamt *Pestalozza*, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl. 1991, § 7 Rn. 9, 12; *Hebeler*, 40 Probleme im Staatsrecht, 2. Aufl. 2008, S. 178 ff., beide m.w.N.

<sup>14</sup> Notwendige Kehrseite der Chancengleichheit der Parteien ist nämlich die Gleichheit der Wahl aus der Sicht der Wähler und umgekehrt (s. noch näher unten im Text). Die Besonderheit ist hier allerdings, dass Art. 3 Abs. 1 SHV die Gleichheit aller – also auch der kommunalen – Wahlen im Land anordnet und somit Art. 38 Abs. 1 S. 1 und Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG gleichsam „zusammenfasst“.

Schleswig-Holstein in der Rolle des Gesetzgebers und damit eines obersten Landesorgans nach § 73 Abs. 1 BVerfGG gegenüber, der die Regelung des § 10 Abs. 1 S. 1 GKWG zur Fünf-Prozent-Klausel trotz entsprechender Anträge nicht geändert hatte.

#### c) Antragsgegenstand

Tauglicher Antragsgegenstand war nach dem hier sinngemäß heranzuziehenden § 64 Abs. 1 BVerfGG eine Maßnahme oder Unterlassung des Antragsgegners gegenüber der Antragstellerin. Eine Maßnahme ist dabei – wegen der geforderten rechtlichen Beeinträchtigung der Antragstellerin – nur ein rechtserhebliches (oder zumindest potenziell rechtserhebliches) Tun, also keine bloße Ausführungs- oder Vorbereitungshandlung. Dagegen setzt die Unterlassung als tauglicher Gegenstand eine (mögliche, denn um sie wird gerade gestritten) Rechtspflicht des Antragsgegners zum Handeln – ähnlich der Garantienpflicht im Strafrecht – voraus.<sup>15</sup>

Außenwirkung entfaltete hier der negative Landtagsbeschluss zum Änderungsantrag der Bündnis 90/Die Grünen-Fraktion durch die Festschreibung des Fortbestandes des Status quo. Damit hatte der Antragsgegner die von der Fraktion der Antragstellerin beantragte Änderung des § 10 Abs. 1 S. 1 GKWG endgültig abgelehnt und so nach außen die Rechtsfolge „gesetzt“, dass beim Wahlrecht auf kommunaler Ebene alles beim Alten bleibt. Während bisher noch nicht höchstrichterlich entschieden ist, ob ein schlichtes Unterlassen gesetzgeberischer Maßnahmen tauglicher Gegenstand eines Organstreites sein kann,<sup>16</sup> handelte es sich hier jedenfalls um ein „qualifiziertes“ Unterlassen, wenn nicht sogar um ein positives Tun. Das „qualifizierte“ Unterlassen liegt nämlich in der expliziten Ablehnung des entsprechenden Gesetzesänderungsantrages der Fraktion der Antragstellerin nach intensiven – inhaltlichen – Beratungen (wie bei einem klassischen Gesetzgebungsverfahren) durch den Antragsgegner.<sup>17</sup>

<sup>15</sup> So BVerfGE 57, 1 (4 f.); 60, 374 (381); 97, 408 (414).

<sup>16</sup> Vgl. zuletzt BVerfGE 103, 164 (168 f.); 107, 286 (294), jeweils mit dem Streit um ein schlichtes Unterlassen. In der Sache geht es dabei noch deutlicher (vgl. aber auch noch die folgende Fn.) um die Frage, ob insoweit eine Rechtspflicht des Gesetzgebers zum Handeln besteht.

<sup>17</sup> Faktisch führt dann aber diese „Konstruktion“ bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen ebenfalls zu einem Anspruch der Antragstellerin auf Änderung der bestehenden Gesetzeslage und damit zu einer Handlungspflicht des Antragsgegners, sofern die Antragstellerin nur über ihre Fraktion einen entsprechenden Änderungsantrag ins Parlament einbringt. Insgesamt kritisch – die Parteien sollten zwar Gesetze auf eine Beeinträchtigung der Chancengleichheit prüfen können; die Normenkontrolle sei hierfür jedoch ungeeignet; außerdem bestehe die Gefahr einer Überdehnung des Anwendungsbereiches des Organstreites – Groth, NordÖR 2008, 117.

#### d) Antragsbefugnis

Die Antragsbefugnis setzte nach dem insoweit ebenfalls sinngemäß heranzuziehenden § 64 Abs. 1 BVerfGG voraus, dass die Antragstellerin geltend machen konnte – so genannte Möglichkeitstheorie –, dass sie selbst (oder bei dem Antrag eines Organteils: das Organ, dem sie angehört) durch den Antragsgegenstand in ihren Rechten oder Pflichten aus der Landesverfassung verletzt bzw. zumindest unmittelbar gefährdet war.<sup>18</sup> Erforderlich war dabei nicht, dass die Partei als Antragstellerin selbst am Gesetzgebungsverfahren beteiligt oder direkte Adressatin bzw. „Zielperson“ des angegriffenen Legislativaktes war. Es genügte vielmehr, dass (auch) sie zwangsläufig von der angegriffenen Maßnahme betroffen war.<sup>19</sup> Das ließ sich für die Partei Bündnis 90/Die Grünen, die an den Kommunalwahlen in Schleswig-Holstein teilnahm und dabei ebenfalls unter der Fünf-Prozent-Hürde „litt“, bejahen.<sup>20</sup>

Die Fünf-Prozent-Klausel in § 10 Abs. 1 S. 1 GKWG hatte zur Folge, dass die Stimmen für Parteien, die an dieser Hürde scheiterten, im Gegensatz zu den Stimmen für die größeren Parteien oder Wählergruppen im Hinblick auf die Zusammensetzung der kommunalen Vertretungskörperschaften keine Wirkung entfalteten. Insoweit erschien eine Verletzung der eigenen Rechte der Antragstellerin aus der Gleichheit der Wahl (Art. 3 Abs. 1 SHV) und – spiegelbildlich – der Chancengleichheit der Parteien (Art. 21 Abs. 1 GG) zumindest als möglich.<sup>21</sup>

<sup>18</sup> Dieser Aspekt bestimmt dann auch den Prüfungsumfang des BVerfG; es erfolgt hier also keine allgemeine verfassungsrechtliche Überprüfung: BVerfGE 68, 1 (65).

<sup>19</sup> Vgl. BVerfGE 62, 1 (32).

<sup>20</sup> Ein Organstreitverfahren der Bündnis90/Die GRÜNEN-Landtagsfraktion stieß an dieser Stelle dagegen auf Probleme: Schon die mögliche Rechtsverletzung (die Fraktion selbst fällt nicht unter den Schutz von Art. 21 Abs. 1 GG und wohl auch nicht von Art. 3 Abs. 1 SHV) ließe sich nur schwer begründen; vor allem aber wäre sie von der Fünf-Prozent-Klausel im kommunalen Bereich überhaupt nicht berührt.

<sup>21</sup> Zu beachten ist insoweit aber die prozessuale Differenzierung trotz inhaltlicher Ähnlichkeit durch die neue Sichtweise des BVerfG (s. BVerfGE 99, 1; BVerfG, DVBl. 2008, 236) bei einer Verfassungsbeschwerde gegen die kommunale Fünf-Prozent-Klausel wegen Verletzung von Art. 3 Abs. 1 GG (so die bis dahin h.M.): Nur Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG enthalte ein verfassungsbeschwerdefähiges Recht, Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG wegen des föderalen Staatsaufbaus dagegen nicht. Eine nicht unter diese Vorschriften fallende Wahl sei zwar (weiterhin) grundsätzlich an Art. 3 Abs. 1 GG zu messen, nicht jedoch die hiesige, die allgemeinpolitisch sei und die Ausübung unmittelbarer Staatsgewalt betreffe. Insoweit täten sich keine Rechtsschutzlücken auf, da es landesverfassungsgerichtliche Rechtsbehelfe gebe. Kritisch *Krajewski*, DÖV 2008, 345 (346 ff.), der eine „Schiefelage“ gegenüber anderen Wahlen befürchtet.

*e) Antragsform und Frist*

aa) Bei der Form des Antrages war neben der stets zu wählenden Schriftform des § 23 Abs. 1 S. 1 BVerfGG auch noch die sinngemäß anwendbare Vorschrift des § 64 Abs. 2 BVerfGG zu beachten, die das allgemeine Begründungserfordernis des § 23 Abs. 1 S. 2 BVerfGG erweitert.

bb) Die Frist für den Antrag auf Einleitung eines Landesorganstreitverfahrens betrug nach §§ 73 Abs. 2, 64 Abs. 3 BVerfGG in Ermangelung abweichender landesrechtlicher Bestimmungen<sup>22</sup> sechs Monate ab Bekanntwerden der Maßnahme bzw. Unterlassung. Sie begann im vorliegenden Fall mit der endgültigen Ablehnung der Gesetzesänderung im Landtag am 13.12.2006 zu laufen (die konkrete Berechnung der Fristdauer erfolgte mangels spezieller Regeln nach den Vorgaben der ZPO und des BGB) und ist daher durch den Antrag vom 4.4.2007 gewahrt worden.

Der Antrag auf Durchführung eines Landesorganstreitverfahrens der Partei Bündnis 90/Die Grünen war demzufolge insgesamt zulässig.

*2. Begründetheit des Antrages auf ein Landesorganstreitverfahren*

Der Antrag auf Durchführung eines Landesorganstreitverfahrens war begründet, wenn die angegriffene Maßnahme bzw. Unterlassung des Antragsgegners – hier: die Ablehnung einer Änderung des § 10 Abs. 1 S. 1 GWKG ohne zureichenden Grund – die Antragstellerin tatsächlich in ihren (Organ-)Rechten aus Art. 3 Abs. 1 SHV, 21 Abs. 1 GG verletzt hat.

*a) Verletzung des Grundsatzes der Gleichheit der Wahl, Art. 3 Abs. 1 SHV*

Eine Verletzung des Art. 3 Abs. 1 SHV verlangt (wie bei Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG) eine verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung bei der Wahl.

*aa) Ungleichbehandlung*

Die Gleichheit der Wahl i.S.d. Art. 3 Abs. 1 SHV (bzw. deckungsgleich<sup>23</sup> der Art. 38 Abs. 1 S. 1, 28 Abs. 1 S. 2 GG) umfasst zweierlei: den gleichen Zähl- und den gleichen Erfolgswert einer jeden abgegebenen Stimme. Gleicher Zählwert bedeutet, dass jede Stimme gleich gezählt („one man, one vote“) und nicht etwa wie früher im preußischen Dreiklassenwahlrecht nach dem Steueraufkommen etc. differenziert<sup>24</sup> wird. Ein gleicher Erfolgswert ist demgegenüber nur dann gegeben, wenn sich jede Stimme in gleicher Weise auf das Wahlergebnis auswirkt, also mit dem gleichen „Gewicht“ darin abgebildet wird. Eine Wahlrechtsungleichheit durch Sperrklauseln kommt im Hinblick auf den dann ungleichen Erfolgswert der Stimmen in Betracht (der gleiche Zählwert

ist hingegen gegeben): Bei strenger Betrachtung ist der gleiche Erfolgswert zwar ohnehin nur im reinen Verhältniswahlsystem gewährleistet.<sup>25</sup> Insofern erfolgt jedoch eine „systemimmanente“ Betrachtung; das heißt, die Gleichheit muss innerhalb des vorliegenden Systems gewährleistet sein. Bei dieser Sichtweise zeigt sich, dass durch eine (Fünf-Prozent-)Sperrklausel den Stimmen für die Parteien, die an dieser Hürde scheitern, im Unterschied zu denen für größere Parteien oder Wählergruppen von vornherein (also quasi „von Systems wegen“) keinerlei Erfolgswert mehr zukommt, so dass solche Sperrklauseln bei jeder Wahl zu einer Erfolgswertungleichheit und damit Ungleichbehandlung führen.<sup>26</sup>

*bb) Rechtfertigung*

Im Rahmen der Prüfung der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung dieser Ungleichbehandlung ist zunächst zu berücksichtigen, dass die Wahlrechtsgleichheit keinem absoluten Differenzierungsverbot, sondern vielmehr nur einer Schranke unterliegt.<sup>27</sup> Seinen Tribut fordert dabei allerdings der strenge und formale Charakter der Wahlrechtsgleichheit, der Einschränkungen nur in einem eng bemessenen Spielraum zulässt und für diese immer einen zwingenden Grund verlangt.<sup>28</sup>

Zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung des Eingriffes wurde bislang bei Wahlen auf allen Ebenen (also bei Europa-, Bundestags-, Landtags- und Kommunalwahlen) immer auf die Erforderlichkeit der Sperrklausel zur Erhaltung der Funktionsfähigkeit der Parlamente gerade vor dem Hintergrund der bereits eingangs erwähnten Erfahrungen der (zeitweise unregierbaren) Weimarer Republik abgestellt. Die Funktionsfähigkeit gelte es im Hinblick auf die ungestörte Parlamentsarbeit und die Regierungsbildung zu sichern, denn bei einer zu starken Zersplitterung der Volksvertretung bestünde keine klare Mehrheit, welche die „Regierung“ bilden könnte. Außerdem lähmten zu viele Kleingruppen durch eigene Anträge usw. den ordnungsgemäßen Geschäftsgang.<sup>29</sup> Das BVerfG hat mit diesen Überlegungen zur „Gewährleistung des störungsfreien Funktionierens der kommunalen Selbstverwaltung“ bisher auch die kommunale Sperrklausel „gehal-

<sup>22</sup> Das entsprechende Organstreitverfahren vor dem Hessischen Staatsgerichtshof ist beispielsweise an keine Frist gebunden; vgl. dazu § 42 Hessisches Staatsgerichtshofgesetz. Näher zur Fristberechnung BVerfGE 107, 286.

<sup>23</sup> So das BVerfG NVwZ 2008, 407 (408) m.w.N.

<sup>24</sup> Dazu näher *Frotscher/Pieroth*, Verfassungsgeschichte, 10. Aufl. 2011, Rn. 380 ff.

<sup>25</sup> Beim Mehrheitswahlrecht kommt den Stimmen für die Minderheit überhaupt kein Erfolgswert zu. Das ist aber systemimmanent und damit verfassungskonform; die Stimmen müssen nur den gleichen Erfolgswert haben können (was unter anderem durch gleich große Wahlkreise gewährleistet wird).

<sup>26</sup> Vgl. dazu und zum Folgenden nur BVerfGE 107, 286; NRWVerfGH NVwZ 2000, 666; MVVerfGH NVwZ 2001, 799 (nur LS); BremWahlPrüfG NordÖR 2000, 68; OVG Schleswig NVwZ 2003, 161; *Kramer*, JuS 2003, 966.

<sup>27</sup> Das BVerfG spricht das nicht so deutlich aus, betont aber immer wieder (so zuletzt NVwZ 2008, 407 [409]), dem *Gesetzgeber* verbleibe bei der Ordnung des Wahlrechts nur ein letztlich recht eng bemessener Spielraum.

<sup>28</sup> Ständige Rechtsprechung seit BVerfGE 1, 208 (249).

<sup>29</sup> So zuletzt etwa für das bayerische Landtagswahlrecht BayVerfGH BayVBl. 2007, 13 = NVwZ-RR 2007, 73.

ten“.<sup>30</sup> Insofern wurde allerdings gerade auf kommunaler Ebene zuletzt schon die Frage, in welcher Höhe eine solche Hürde liegen dürfe – bei zehn, fünf oder gar nur drei Prozent? –, unterschiedlich beantwortet.<sup>31</sup>

Bei der weiteren Prüfung ist nunmehr jedoch mit dem BVerfG ein differenzierter Blick auf die verschiedenen Wahlen – insbesondere auf die in den letzten Jahren gewandelte rechtliche oder tatsächliche Situation auf kommunaler Ebene – angezeigt:

(1) Schranke der Wahlrechtsgleichheit ist hier die betreffende Norm des GKWG. Dabei handelt es sich um ein Landesgesetz, das formell verfassungsgemäß ist. Das ergibt sich daraus, dass nach Art. 30, 70 Abs. 1 GG grundsätzlich die Länder die Gesetzgebungskompetenz haben, sofern nicht dem Bund durch die Art. 73, 74 GG enumerativ ein Kompetenztitel für die betreffende Materie zugewiesen wird, was jedoch für das hier sachlich betroffene Kommunalrecht nicht der Fall ist. Auch hinsichtlich des Gesetzgebungsverfahrens gibt es vorliegend keine Bedenken.<sup>32</sup>

(2) In materieller Hinsicht unterliegt die Einschränkung der Wahlrechtsgleichheit aber ihrerseits wiederum Beschränkungen, den so genannten materiellen Schranken-Schranken, zu denen insbesondere der aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleitete Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gehört.<sup>33</sup> Er lässt Einschränkungen des grundrechtsgleichen Rechts der Wahlrechtsgleichheit nur zu, wenn sie einem – gemessen an der Verfassung – legitimen Zweck dienen, zu dessen Erreichung geeignet und erforderlich sowie gegebenenfalls dann auch noch angemessen sind.

(a) Als verfassungsrechtlich legitime Zwecke der Fünf-Prozent-Klausel auf kommunaler Ebene lassen sich wie schon in der Vergangenheit das Funktionieren der kommunalen Selbstverwaltung und die Arbeitsfähigkeit der kommunalen Vertretungskörperschaften anführen. Nicht abgestellt werden kann hingegen auf den Ausschluss verfassungsfeindlicher Parteien oder deren fehlende Gemeinwohlorientierung.<sup>34</sup>

(b) Die Eignung der Sperrklausel zur Erreichung dieser Zwecke liegt darin begründet, dass durch die Hürden beim

Mandaterwerb die Zersplitterung der „Kommunalparlamente“ und damit ihre Blockade bzw. Lähmung verhindert werden kann.

(c) Probleme tun sich jedoch bei der Frage nach der Erforderlichkeit der Sperrklausel auf: Im Zuge der weiteren Demokratisierung der Kommunalverwaltung durch mehr Direktwahlen (und im Übrigen eine Ausdehnung direktdemokratischer Einwirkungsmöglichkeiten) werden die hauptamtlichen Bürgermeister und Landräte nun auch in Schleswig-Holstein nicht mehr von der Vertretungskörperschaft der Gemeinde bzw. des Landkreises, sondern direkt von den Bürgern gewählt. Dadurch ist das bisher zentrale Argument der „Regierungsstabilität“, die durch die Sperrklausel geschützt wird, auf kommunaler Ebene entfallen;<sup>35</sup> die kommunale Vertretungskörperschaft hat seitdem keine wesentliche „Kreationsfunktion“ (zur Bildung eines weiteren Organs wie etwa bei der Wahl des Bürgermeisters oder der „Regierung“) mehr. Hinzu kommt, dass angesichts der im Regelfall doch recht kleinen „Parlamente“ die Arbeitsfähigkeit der Kommunalvertretungen im Übrigen auch auf andere Weise geschützt werden kann.<sup>36</sup> Eine bloße Arbeiterschwerung auf Grund eines größeren Meinungsspektrums reicht für die Erforderlichkeit jedenfalls nicht aus; sie ist vielmehr typischer und notwendiger Bestandteil einer Demokratie. Wechselnde Mehrheiten sind anders als beim Bundes- oder Landtag zudem im Kommunalverfassungsrecht angelegt.

Wichtig ist insoweit überdies, dass es auf kommunaler Ebene gar nicht um wirkliche Parlamente, sondern um einen Teil der Landesverwaltung geht.<sup>37</sup> Deren Funktionieren kann

<sup>30</sup> BVerfGE 6, 104 (114 ff.) Vgl. auch schon BVerfGE 1, 208 (256 ff.), wonach eine Fünf-Prozent-Klausel auf Landesebene zulässig sei, eine 7,5 %-Klausel hingegen nicht mehr. Anders dagegen schon im Jahr 1952 BayVerfGHE 5, 66 (76 f.), letztlich mit denselben Argumenten wie heute.

<sup>31</sup> Vgl. etwa *Frotscher*, DVBl. 1985, 917 (927), mit der Forderung nach einer Drei-Prozent-Hürde.

<sup>32</sup> Das BVerfG würde die Einhaltung der entsprechenden Vorgaben der Landesverfassung ohnehin nicht im Einzelnen prüfen, sondern das Landesgesetz allenfalls an der „Homogenitätsklausel“ des Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG messen.

<sup>33</sup> Der schon oben erwähnte formale Charakter der Wahlrechtsgleichheit setzt hier dem Gesetzgeber laut BVerfG NVwZ 2008, 407 (409), enge Grenzen und zwingt ihn überdies zu einer regelmäßigen Überprüfung, ob die Verhältnismäßigkeit tatsächlich immer noch gegeben ist. In diese Richtung zuletzt auch ThürVerfGH NVwZ-RR 2009, 1 (2).

<sup>34</sup> Dem stehen das Parteienprivileg des Art. 21 Abs. 2 GG und die Freiheit der Wähler entgegen.

<sup>35</sup> In diesem Sinn bereits NRWVerfGH NVwZ 1995, 579 (581); BVerfG NVwZ 2000, 666; *Dreier*, in: *Dreier* (Hrsg.), GG, 2. Aufl. 2004, Art. 28 GG Rn. 69. *Krajewski*, DÖV 2008, 345 (351) m.w.N., betont, es gebe in jedem Fall eine Verwaltungsspitze. In Bayern war das schon im Jahr 1952 der Fall und Grund für die damalige Entscheidung BayVerfGHE 5, 66 (76 f.), gegen die Verfassungsmäßigkeit der dortigen Sperrklausel.

<sup>36</sup> Die Entscheidungen auf kommunaler Ebene werden meist mit relativer Mehrheit getroffen, so dass keine Lähmung der „Volksvertretung“ möglich ist. Zu denken ist insoweit auch an die Aufstellung anderer Hürden wie die Fraktionsmindeststärke, deren Überspringen erst weitere Privilegien für die Fraktionsmitglieder begründet. In sehr großen „Parlamenten“ (etwa dem „Gemeinderat“ von Frankfurt am Main mit 105 Mitgliedern) besteht das Problem aber offenbar dessen ungeachtet bei zu vielen kleinen „Splittergruppen“ in gewissem Maße fort. Gerade in kleineren Gemeinden gibt es im Übrigen eine Art „faktische Sperrklausel“ durch die für ein Mandat überhaupt benötigten Stimmen, die oft mehr als 5 % ausmachen. Dazu auch *Krajewski*, DÖV 2008, 345 (351). Als problematisch sieht demgegenüber *Groth*, NordÖR 2008, 117 (118), den Schutz hier durch Normen der gleichen Hierarchieebene an.

<sup>37</sup> Vgl. BVerfGE 65, 283 (289); ähnlich auch schon BayVerfGHE 5, 66 (76); ferner *Müller-Franken*, Bürgerentscheid und kommunale Finanzhoheit, in: *Gornig/Kramer/Volkmann* (Hrsg.),

auch noch anders, insbesondere durch das der Legislative fremde Institut der Kommunalaufsicht mit ihren recht weitgehenden Befugnissen gewährleistet werden, weshalb der Schutz über die Sperrklausel hier gar nicht in gleicher Weise erforderlich ist.<sup>38</sup> Praktische Erfahrungen in vergleichbaren Bundesländern ohne solche Sperrklauseln bestätigen schließlich die Praxistauglichkeit des Verzichtes auf derartige Hürden.<sup>39</sup> Bezeichnenderweise belegen das selbst die Ergebnisse der letzten Kommunalwahlen in Schleswig-Holstein, die erstmals ohne die Sperrklausel des § 10 Abs. 1 S. 1 GKWG (a.F.) stattfanden.<sup>40</sup> Damit ist schon die Erforderlichkeit der Sperrklausel auf kommunaler Ebene nicht mehr gegeben.

(d) Wollte man hingegen die Erforderlichkeit noch bejahen und den folgenden Aspekt gesondert ansprechen,<sup>41</sup> so ist schließlich noch die Angemessenheit der Einschränkung der Wahlrechtsgleichheit durch eine Sperrklausel auf kommunaler Ebene zu prüfen. Hier stellen sich dann wieder die schon oben bei der Erforderlichkeit aufgeworfenen Fragen, wobei im Rahmen der anzustellenden Abwägung zwischen „Gefahrenabwehr“ und Wahlrechtsgleichheit angesichts der allenfalls latenten Gefahren die Verhältnismäßigkeit i.e.S. der Sperrklausel-Regelung zu verneinen ist. Darum erweist sich die Nichtänderung des § 10 Abs. 1 S. 1 GKWG dann auch als Verletzung der verfassungsrechtlichen Rechte der Antragstellerin aus Art. 3 Abs. 1 SHV.

#### b) Verletzung der Chancengleichheit der Parteien, Art. 21 Abs. 1 GG

In Betracht kommt darüber hinaus noch ein Verstoß gegen das Recht der Antragstellerin auf Gleichbehandlung bzw. Chancengleichheit der Parteien nach Art. 21 Abs. 1 GG durch die Weigerung des Landtages, die Sperrklausel in § 10 Abs. 1 S. 1 GKWG zu streichen. Das BVerfG wurde hier zwar nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 5, 99 GG als LVerfG tätig, so dass sein Prüfungsumfang an sich auf die SHV beschränkt war. Eine Ausnahme besteht allerdings, wenn einzelne GG-Normen etwa als Teil der demokratischen Grundordnung (s. Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG) ungeschriebene Bestandteile der Landesverfassung sind,<sup>42</sup> was auch für Art. 21 Abs. 1 GG anzunehmen ist.<sup>43</sup>

Wie oben schon kurz erwähnt wurde, ist die Chancengleichheit der Parteien die notwendige „Kehrseite“ der in Art. 3 Abs. 1 SHV, 38 Abs. 1 S. 1, 28 Abs. 1 S. 2 GG für den Bürger gewährleisteten Wahlrechtsgleichheit,<sup>44</sup> so dass sich insoweit kein anderes Ergebnis als zuvor ergeben kann. Auch diesbezüglich verletzte die Nicht-Änderung von § 10 Abs. 1 S. 1 GKWG mithin die Antragstellerin in ihren verfassungsrechtlichen Rechten, weshalb ihr Antrag auf Durchführung eines Landesorganstreitverfahrens nicht nur zulässig, sondern auch begründet und erfolgreich war.<sup>45</sup>

### III. Die Sperrklausel bei der (deutschen) Wahl zum Europaparlament<sup>46</sup>

Das Europawahlgesetz (EuWG)<sup>47</sup> enthält eine dem Vorgenannten vergleichbare Sperrklausel in § 2 Abs. 7 EuWG. Er lautet: „Bei der Verteilung der Sitze auf die Wahlvorschläge werden nur Wahlvorschläge berücksichtigt, die *mindestens 5 vom Hundert der im Wahlgebiet abgegebenen gültigen Stimmen erhalten haben.*“ Auch bei der Europawahl 2009 (7.

Staat – Wirtschaft – Gemeinde, Festschrift für Werner Frottscher, 2007, 657 (665 ff.) m.w.N.

<sup>38</sup> Als weiterer Aspekt könnte hier noch angeführt werden, dass angesichts der lokalen Einbindung der Mandatsträger in die örtliche Gemeinschaft und der deutlich „lebensnäheren“ Entscheidungsgegenstände letztlich auch ein sehr viel höherer Konsensdruck als auf der „abstrakten“ Ebene der Landesparlamente oder des Bundestages besteht. Die Bereitschaft zur Kompromissbildung dürfte gerade in kleineren Gemeinden, wo im Regelfall auch persönliche oder gar familiäre Bindungen bestehen, sehr viel ausgeprägter, eine rein destruktiv orientierte Verhinderungspolitik hingegen kaum praktikabel sein.

<sup>39</sup> Die Heranziehung solcher „Indizien“ war früher umstritten, ist heute angesichts der Angleichung der Kommunalrechtsregime der Länder aber weitgehend anerkannt; vgl. *Krajewski*, DÖV 2008, 345 (352).

<sup>40</sup> Laut Frankfurter Rundschau v. 26.3.2008, S. 5, und S. 4 haben landesweit die „Wählergruppen“ ihren Stimmenanteil von 2,6 auf 5,1 % gesteigert, während die „Sonstigen“ unverändert bei 0,5 % verharrten. Weitere Besonderheiten wurden nicht berichtet. Vgl. ferner den statistischen Bericht über die Ergebnisse der Kommunalwahlen 2008 unter [http://www.statistik-nord.de/uploads/tx\\_standuments/B\\_VII\\_3\\_5\\_08\\_T1\\_S.pdf](http://www.statistik-nord.de/uploads/tx_standuments/B_VII_3_5_08_T1_S.pdf) (zuletzt abgerufen am 20.3.2012). Auf S. 8 ff. dieses Berichtes finden sich die Ergebnisse aus einigen repräsentativen Gemeinden, wonach es den Klein- oder Kleinstparteien nicht gelungen ist, flächendeckend einzelne Mandate für sich zu erringen.

<sup>41</sup> Vgl. dazu schon oben im Text mit Fn. 33.

<sup>42</sup> BVerfGE 103, 332 (357 f.) Vgl. ferner ThürVerfGH NVwZ-RR 2009, 1 (4): Das Bundesverfassungsrecht „wirkt“ in die Landesverfassung „hinein“.

<sup>43</sup> BVerfGE 1, 208 (227). Offen bleiben kann hier bei der Partei Bündnis 90/Die Grünen als Antragstellerin, ob sich die so genannten Rathausparteien überhaupt auf Art. 21 GG berufen können: So zwar *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth (Fn. 11), Art. 21 GG Rn. 7; a.A. aber BVerfGE 6, 367 (372 f.).

<sup>44</sup> Die Demokratie beruht auf der freien Konkurrenz der Meinungen und setzt damit die Chancengleichheit aller Parteien als Bestandteil der demokratischen Grundordnung voraus. Daraus erklärt sich, dass in diesem Kontext häufig auch eine Verletzung des Demokratieprinzips erörtert wird; vgl. BayVerfGH BayVBl. 2007, 13 = NVwZ-RR 2007, 73.

<sup>45</sup> Der Tenor der Entscheidung beschränkt sich gemäß §§ 74, 72 Abs. 2 BVerfGG in diesem Fall allerdings auf die Feststellung des Verstoßes gegen die Landesverfassung; die Nichtigkeit der angegriffenen Norm wird nicht gesondert festgestellt.

<sup>46</sup> BVerfG DVBl. 2011, 1540 m. Anm. *Eilert*, DVBl. 2012, 234 = EuGRZ 2011, 621 = NVwZ 2012, 33.

<sup>47</sup> V. 8.3.1994, zuletzt geändert durch Gesetz v. 17.3.2008, BGBl. I 2008, S. 394.

Wahlperiode) galt diese Fünf-Prozent-Sperrklausel. Nach Durchführung der Wahl erhoben drei Wähler vor dem BVerfG Wahlprüfungsbeschwerden, in denen sie die Verfassungswidrigkeit der Sperrklausel rügten.<sup>48</sup> Ihrer Ansicht nach verstößt die Fünf-Prozent-Sperrklausel gegen die Grundsätze der Wahlrechtsgleichheit (Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG) und der Chancengleichheit der Parteien (Art. 21 Abs. 1 GG). Zu klären sind die Erfolgsaussichten der Wahlprüfungsbeschwerden, d.h.: deren Zulässigkeit und Begründetheit.

### 1. Zulässigkeit der Wahlprüfungsbeschwerden

Die Wahlprüfungsbeschwerden sind zulässig, wenn die in Art. 93 Abs. 1 Nr. 5, 41 Abs. 2 GG, §§ 26 Abs. 3 EuWG, 13 Nr. 3, 48 BVerfGG normierten Voraussetzungen erfüllt sind.<sup>49</sup>

#### a) Zuständigkeit des BVerfG

Die Zuständigkeit des BVerfG zur Entscheidung über Wahlprüfungsbeschwerden ergibt sich aus Art. 93 Abs. 1 Nr. 5, 41 Abs. 2 GG i.V.m. § 13 Nr. 3 BVerfGG.

#### b) Beschwerdeführer

Gemäß § 26 Abs. 3 S. 2 Hs. 1 EuWG können als Beschwerdeführer „der Abgeordnete, dessen Mitgliedschaft bestritten ist, ein Wahlberechtigter, dessen Einspruch vom Deutschen Bundestag verworfen worden ist, wenn ihm mindestens einhundert Wahlberechtigte beitreten, oder eine Gruppe von wenigstens acht Abgeordneten des Europäischen Parlamentes aus der Bundesrepublik Deutschland“ auftreten. Hier haben drei Wähler die Beschwerden erhoben. Sie sind als berechtigte Beschwerdeführer in der Norm genannt. Welche Anforderungen an die ihrer Beschwerde beitretenden je 100 Wahlberechtigten<sup>50</sup> zu stellen sind, ergibt sich aus dem nach § 26 Abs. 3 S. 3 EuWG entsprechend heranzuziehenden § 48 Abs. 2 BVerfGG.

#### c) Beschwerdegegenstand

Tauglicher Beschwerdegegenstand ist nach Art. 41 Abs. 2 GG und §§ 26 Abs. 3 EuWG, 48 Abs. 1 BVerfGG eine für die Beschwerdeführer negative, d.h.: ablehnende Entschei-

<sup>48</sup> Darüber hinaus rügte einer der Beschwerdeführer auch noch die „starren“ Listen bei der Europawahl (§ 2 Abs. 5 EuWG). Die festgelegte Reihenfolge der Abgeordneten greift seiner Ansicht nach in die Unmittelbarkeit und Freiheit der Wahl ein. Dieser Sichtweise ist das BVerfG jedoch nicht gefolgt. Dazu *Morlok*, JZ 2012, 76 (79 f.).

<sup>49</sup> Dabei ist es unschädlich, dass die drei Wähler unabhängig voneinander tätig geworden sind. Die Verfahren wurden dann jedoch vom BVerfG zur gemeinsamen Entscheidung verbunden, da es jeweils um Wahlprüfungsbeschwerden ging und die Begehren überwiegend deckungsgleich waren.

<sup>50</sup> Hier ist zu beachten, dass jeder der erhobenen Beschwerden jeweils mindestens 100 Wahlberechtigte beigetreten sein müssen; vgl. in Bezug auf den parallelen § 48 BVerfGG *Schmidt-Bleibtreu*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Stand: 2011, § 48 Rn. 31.

dung des Bundestages bezüglich der vorangegangenen Wahlprüfung.<sup>51</sup> Das setzt natürlich voraus, dass die jetzigen Beschwerdeführer zuvor bereits erfolglos Einsprüche beim Bundestag eingelegt haben. Entsprechende Anträge wurden vorliegend beim Bundestag eingereicht, von diesem jedoch die Einsprüche gegen die Gültigkeit der Wahl der Abgeordneten des Europäischen Parlamentes aus Deutschland zurückgewiesen.<sup>52</sup>

#### d) Beschwerdebefugnis

Die Beschwerdebefugnis setzt nach §§ 26 Abs. 3 S. 2 EuWG, 48 Abs. 1 BVerfGG lediglich ein erfolgloses Wahlprüfungsverfahren beim Deutschen Bundestag voraus. Die Beschwerdeführer müssen somit weder geltend machen, dass sie an der Wahl teilgenommen haben noch dass sie durch die Entscheidung des Wahlprüfungsausschusses materiell beschwert sind; vielmehr genügt ihre Eigenschaft als „Wahlberechtigte“.<sup>53</sup>

#### e) Frist und Form

Neben der Wahrung der Schriftform (§ 23 Abs. 1 S. 1 BVerfGG) ist das Begründungserfordernis (§§ 23 Abs. 1 S. 2 BVerfGG, 26 Abs. 3 S. 2 Hs. 2 EuWG) einzuhalten. Die Begründung kann dabei auch nicht nachgereicht werden; für sie gilt vielmehr die gleiche Frist wie für die Erhebung der Beschwerde.<sup>54</sup> Diese Frist ergibt sich aus § 26 Abs. 3 S. 2 Hs. 1 EuWG und beträgt zwei Monate ab der Beschlussfassung des Bundestages. Die Beschwerden mit dem Begehren, die Wahl der Abgeordneten des Europäischen Parlamentes für ungültig zu erklären, die Wahl zu wiederholen und die Sperrklausel des § 2 Abs. 7 EuWG für verfassungswidrig zu erklären, wurden ordnungsgemäß begründet und fristgerecht eingereicht.

#### f) Rechtsschutzbedürfnis

Von besonderem Interesse ist hier die Frage, ob ein Rechtsschutzbedürfnis besteht. Bereits 1979<sup>55</sup> hatte sich nämlich das

<sup>51</sup> Ein alternatives Vorgehen direkt gegen das EuWG mittels eines Normenkontrollantrages nach Art. 100 Abs. 1 GG, §§ 13 Nr. 11, 80 ff. BVerfGG oder Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG, §§ 13 Nr. 6, 76 ff. BVerfGG war den Wählern hier mangels Antragsfähigkeit nicht möglich. Zu denken wäre allenfalls noch an eine Rechtssatzverfassungsbeschwerde, die jedoch von der spezielleren Wahlprüfungsbeschwerde verdrängt wird; vgl. *Bethge*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge (Fn. 50), § 90 Rn. 448a m.w.N.

<sup>52</sup> BVerfG NVwZ 2012, 33 (34); hier konkret BT-Drs. 17/2200, Anlagen 13, 15 und 24.

<sup>53</sup> Die relativ niedrigen Anforderungen an die Beschwerdebefugnis erklären sich mit dem objektiven Charakter der Wahlprüfungsbeschwerde: Sie soll das objektive Wahlrecht schützen und nicht Verletzungen von subjektiven Wahlrechten verfolgen; vgl. *Schmidt-Bleibtreu*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge (Fn. 50), § 48 Rn. 26.

<sup>54</sup> S. hierzu auch *Schmidt-Bleibtreu*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge (Fn. 50), § 48 Rn. 36 f.

<sup>55</sup> Die letzte Entscheidung des BVerfG zu § 2 Abs. 7 EuWG aus dem Jahr 2009 (Beschl. v. 11.3.2009 – 2 BvR 378/09)

BVerfG mit der Fünf-Prozent-Sperrklausel im Unionsrecht beschäftigt und sie damals für verfassungsgemäß erachtet.<sup>56</sup> Insofern ist an eine Bindungswirkung dieser alten Entscheidung nach § 31 Abs. 1 BVerfGG zu denken. Dagegen spricht jedoch, dass sich das BVerfG selbst nicht mit voller Strenge an diese Norm hält, um nicht auf Dauer an eine eigene Entscheidung gebunden zu sein (sonst bestünde die Gefahr der „Versteinerung“). Vielmehr unterzieht es bei veränderten Tatsachen oder Begleitumständen seine Entscheidungen im Interesse eines keineswegs statischen Rechtsverständnisses erneut einer Überprüfung. Seit der Entscheidung aus dem Jahre 1979 ist es im konkreten Fall zu neuen Entwicklungen in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht gekommen. Insbesondere hat sich die EU zwischenzeitlich deutlich vergrößert, es wurden zahlreiche parlamentarische Erfahrungen gesammelt und die Bedeutung sowie Rechtsstellung des Parlamentes hat sich stark gewandelt.<sup>57</sup> Demnach durfte sich das BVerfG hier trotz seiner alten Entscheidung und § 31 Abs. 1 BVerfGG der Thematik erneut annehmen, so dass die Zulässigkeit der Wahlprüfungsbeschwerden insgesamt zu bejahen ist.

## 2. Begründetheit der Wahlprüfungsbeschwerden

Die Wahlprüfungsbeschwerden sind begründet, wenn der Beschluss des Bundestages über die Gültigkeit der Wahl zum Europaparlament 2009 falsch war. Das ist der Fall, wenn die Wahl wegen eines erheblichen und ordnungsgemäß gerügten Wahlfehlers vollumfänglich oder zumindest zum Teil für ungültig zu erklären war. Dementsprechend sind Wahlfehler unbeachtlich, wenn sie sich nicht auf das Wahlergebnis ausgewirkt haben (Erheblichkeitsprüfung). Dagegen prüft das BVerfG explizit auch Regelungen, die sich auf die Wahl beziehen, sowohl auf die Einhaltung ihrer Tatbestandsvoraussetzungen als auch auf ihre Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht.<sup>58</sup>

### a) Prüfungsmaßstab

Zunächst muss nun herausgearbeitet werden, an welchen Normen die Regelungen des EuWG zu messen sind. Mangels ausdrücklicher oder impliziter Bestimmungen zur Wahlgleichheit im Unionsrecht<sup>59</sup> kommt nur eine Prüfung am Maßstab des GG in Betracht. Im vorliegenden Fall ist dementsprechend zu fragen, ob § 2 Abs. 7 EuWG die Bestimmungen der Art. 38 Abs. 1 S. 1 oder Art. 21 Abs. 1 GG verletzt. Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG passt für die Wahl zum Europaparlament jedoch nicht direkt, stellt er doch nur auf die Wahl der Abgeordneten des Deutschen Bundestages ab. Zu erwägen

wäre aber seine analoge Anwendung. Das BVerfG zieht jedoch stattdessen – ohne dass es dadurch in der Sache zu Unterschieden käme – Art. 3 Abs. 1 GG „in seiner Ausprägung als Gebot formaler Wahlgleichheit“<sup>60</sup> heran.

### b) Verletzung des Grundsatzes der Gleichheit der Wahl

Eine Verletzung der Wahlgleichheit verlangt wiederum eine verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung der Wählerstimmen.

#### aa) Ungleichbehandlung

Die Gleichheit der Wahl gebietet, wie bereits oben zu Art. 3 Abs. 1 SHV erläutert wurde, dass der Stimme jedes Wahlberechtigten grundsätzlich der gleiche Zähl- und Erfolgswert zukommt, jede Stimme also insbesondere den gleichen Einfluss auf die Zusammensetzung des zu wählenden Parlamentes hat. Auch hier gilt (wie oben), dass die Sperrklausel zu einem ungleichen Erfolgswert der verschiedenen Stimmen führt. So wurde errechnet, dass bei der Europawahl 2009 ungefähr 10 % der abgegebenen Stimmen ohne Erfolgswert geblieben sind, nachdem die Parteien, denen sie galten, an der Fünf-Prozent-Sperrklausel gescheitert waren.<sup>61</sup>

#### bb) Rechtfertigung

Auch bei der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung gilt wieder, dass kein absolutes Differenzierungsverbot herrscht, jedoch an die Rechtfertigungsprüfung ein strenger Maßstab zu legen ist. Die Rechtfertigung kann nur gelingen, wenn ein besonderer, sachlich legitimer, zwingender Grund vorliegt.<sup>62</sup> Wie auf kommunaler Ebene (s.o.) wird insoweit häufig auch beim Europäischen Parlament damit argumentiert, dass eine Sperrklausel zur Sicherung seiner Funktionsfähigkeit – vor allem zur Verhinderung von Zersplitterung, zur Unterstützung der Bildung handlungsunfähiger Fraktionen sowie zur Ermöglichung der Mehrheits- und der Regierungsbildung – benötigt werde. Ob dieser Grund allerdings tatsächlich ein zwingender ist, muss nun noch genauer am konkreten Fall untersucht werden.

(1) Als Schranke der Wahlgleichheit dient hier § 2 Abs. 7 EuWG. Natürlich unterliegt auch diese Schranke den so genannten Schranken-Schranken, was bedeutet, dass § 2 Abs. 7 EuWG seinerseits verfassungsmäßig sein muss. In formeller Hinsicht gilt dabei, dass sich die Gesetzgebungskompetenz des Bundes für dieses Bundesgesetz nicht aus dem eindeutig auf die Bundestagswahl beschränkten Art. 38 Abs. 3 GG ergibt. Sie folgt vielmehr als ungeschriebene Ausnahme vom Grundsatz der Art. 30, 70 Abs. 1 GG aus der vom BVerfG über den Katalog der Art. 70 ff. GG hinaus entwickelten Zuständigkeit des Bundes kraft Natur der Sache. Diese erfasst alle die Rechtsmaterien, die sinnvollerweise nur

betrifft hingegen nur die Unzulässigkeit einer Verfassungsbeschwerde im Hinblick auf die abgelaufene Jahresfrist des § 93 Abs. 3 BVerfGG und damit lediglich prozessuale Fragen.

<sup>56</sup> BVerfGE 51, 222.

<sup>57</sup> BVerfG NVwZ 2012, 33 (37).

<sup>58</sup> So BVerfG NVwZ 2012, 33 (34); *Schmidt-Bleibtreu*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge (Fn. 50), § 48 Rn. 39a. Unionsrechtlich a.A. *Schönberger*, JZ 2012, 80 (81 ff.).

<sup>59</sup> Hierzu ausführlich *Roßner*, NVwZ 2012, 22.

<sup>60</sup> BVerfG NVwZ 2012, 33 (34) m.w.N.; *Morlok*, JZ 2012, 76 (77), der sich auch für eine „Gesamtanalogie“ ausspricht.

<sup>61</sup> Vgl. BVerfG NVwZ 2012, 33 (35).

<sup>62</sup> S. dazu bereits oben II. 2. a) bb) zur kommunalen Ebene. Für hier auch BVerfG NVwZ 2012, 33 (35); kritisch (aber nicht überzeugend) *Schönberger*, JZ 2012, 80 (83 ff.).

vom Bund einheitlich für das gesamte Bundesgebiet geregelt werden können. Das gilt gerade auch für die Wahl zum Europäischen Parlament, in das die Bundesrepublik naturgemäß nur bundeseinheitlich ermittelte Vertreter entsenden kann.

(2) Bezüglich der materiellen Verfassungsmäßigkeit der Schranke ist wiederum speziell auf die Verhältnismäßigkeit der Norm einzugehen. Zu untersuchen ist, ob die Differenzierung beim Erfolgswert der Stimmen im konkreten Fall unter Berücksichtigung aller relevanten tatsächlichen und rechtlichen Gesichtspunkte zur Verfolgung ihres Zweckes geeignet, erforderlich und gegebenenfalls auch angemessen ist. Dabei ist insbesondere darauf zu achten, dass die aktuelle politische Lage analysiert und nicht etwa eine „vergangene Wirklichkeit“ zu Grunde gelegt wird.<sup>63</sup>

(a) Der Schutz der Funktionsfähigkeit des Europäischen Parlamentes kann insoweit als legitimer Zweck der Fünf-Prozent-Sperrklausel angeführt werden.

(b) Die Sperrklausel ist auch durchaus geeignet, diesen Zweck zu verfolgen, wird doch durch sie die Zunahme der Parteien, die nur mit einem oder zwei Abgeordneten vertreten sind, verhindert<sup>64</sup> und damit einer Zersplitterung des Europaparlamentes entgegengewirkt.

(c) Fraglich ist jedoch die Erforderlichkeit der Differenzierung. Die Fürsprecher der Fünf-Prozent-Klausel stellen sich auf den Standpunkt, dass eine Zersplitterung des Europäischen Parlamentes zu einer Schwächung der Fraktionen bei ihrer Integrationskraft und Absprachefähigkeit führen werde. Demgegenüber hebt das BVerfG darauf ab, dass durch eine steigende Heterogenität der Abgeordneten die Funktionsfähigkeit des Gesamtgremiums nicht gefährdet sei, sondern lediglich unerheblich erschwert werde.<sup>65</sup> Diese drohende „Verkomplizierung“ der Parlamentsarbeit genüge jedoch nicht, um den schwerwiegenden Eingriff in die Wahlrechtsgleichheit zu rechtfertigen. Zudem betont das BVerfG, dass es den Fraktionen bisher schon gelungen sei, verschiedenste nationale Parteien „unter einem Dach“ zu vereinen, was das Argument der drohenden Funktionsgefährdung des Parlamentes deutlich schwäche.

Des Weiteren ist der Erforderlichkeit der Sperrklausel entgegenzuhalten, dass die Aufgabenerfüllung im Europäischen Parlament auch ohne eine entsprechende Norm nicht gefährdet ist.<sup>66</sup> Während nämlich auf der Bundestagebene darauf abgestellt werden kann, dass das Parlament für die Erfüllung seiner Aufgaben – insbesondere für die Wahl einer handlungsfähigen Regierung und die Unterstützung derselben, also für seine so genannte Kreativefunktion – eine stabile Mehrheit benötigt, kommen gerade diese Aufgaben dem Europäischen Parlament nicht zu. Vielmehr wird Art. 17 Abs. 7 UAbs. 1, 3 EUV so verstanden, dass das EU-Parlament gar keine klassische Kreativefunktion hat und die europäische „Regierung“ nicht (alleine) wählt. Auch für das

Rechtsetzungsverfahren der EU ist eine stabile Mehrheit im Parlament nicht essenziell nötig.<sup>67</sup>

Im Ergebnis ist damit die Erforderlichkeit der Sperrklausel im EuWG nicht (mehr) gegeben. Das belegt (und kommt schließlich auch noch als weiteres Argument gegen derartige „Gefahren“ für das Parlament hinzu) die Tatsache, dass fast alle anderen europäischen Mitgliedstaaten für „ihre“ Europawahl keine Sperrklauseln haben und auch das Europäische Unionsrecht sie nicht vorschreibt (sondern nur zulässt).<sup>68</sup> Es bleibt demgemäß festzustellen, dass die Differenzierung beim Erfolgswert der „deutschen“ Stimmen und der daraus resultierende Eingriff in die Wahlrechtsgleichheit nicht verfassungsrechtlich gerechtfertigt sind.

c) *Verletzung der Chancengleichheit der Parteien, Art. 21 Abs. 1 GG*

§ 2 Abs. 7 EuWG könnte zudem gegen die in Art. 21 Abs. 1 GG normierte Chancengleichheit der Parteien verstoßen. Wie oben bereits gesehen, ist zur Wahrung einer solchen Chancengleichheit sicherzustellen, dass jede Partei grundsätzlich die gleichen Chancen im gesamten Wahlverfahren und bei der Sitzverteilung hat. Eine Sperrklausel sorgt für eine Ungleichbehandlung der kleineren Parteien, die trotz eigener Wählerstimmen bei der Sitzvergabe unberücksichtigt bleiben. Tatsächlich wurde festgestellt, dass bei der Europawahl 2009 ohne die deutsche Fünf-Prozent-Sperrklausel weitere sieben Parteien Einzug in das Europäische Parlament gehalten hätten.<sup>69</sup>

Auf Grund des engen Zusammenhanges zwischen der Wahlrechts- und der Chancengleichheit – Stichwort: „Kehrseite“ bzw. „zwei Seiten derselben Medaille“ oder: das aktive und das passive Wahlrecht als jeweiliger Bezugspunkt der Gleichheit – gestaltet sich die verfassungsrechtliche Rechtfertigung hier ebenso und scheitert unter Berücksichtigung der aktuellen Verhältnisse daher wie oben bei der Wahlrechtsgleichheit.

Letztlich kann demgemäß festgehalten werden, dass die Wahlprüfungsbeschwerden der Wähler gegen die letzte Wahl zum Europäischen Parlament nicht nur zulässig, sondern auch begründet und somit erfolgreich sind.

<sup>67</sup> Hier wird darauf abgestellt, dass die im hauptsächlich genutzten ordentlichen Gesetzgebungsverfahren gemäß Art. 289 Abs. 1 AEUV zu verabschiedenden europäischen Rechtsakte auch ohne die von der Mehrheit getragene Unterstützung des Europäischen Parlamentes zu Stande kommen könnten; vgl. dazu auch BVerfG NVwZ 2012, 33 (40).

<sup>68</sup> So Art. 3 des Direktwahlaktes (Beschluss und Akt zur Einführung allgemeiner unmittelbarer Wahlen der Abgeordneten des Europäischen Parlamentes v. 20.9.1976, zuletzt geändert durch Beschlüsse des Rates v. 25.6. und 23.9.2002, BGBl. II 2003, S. 810 bzw. II 2004, S. 520). Diesen deutschen „Sonderweg“ übersieht Schönberger, JZ 2012, 80 (83 ff.), in seiner Kritik an der verneinten Erforderlichkeit.

<sup>69</sup> BVerfG NVwZ 2012, 33 (35).

<sup>63</sup> Vgl. hierzu auch Roßner, NVwZ 2012, 22 (24).

<sup>64</sup> So auch BVerfG NVwZ 2012, 33 (37).

<sup>65</sup> BVerfG NVwZ 2012, 33 (37); zustimmend Morlok, JZ 2012, 76 (78).

<sup>66</sup> Ebenso BVerfG NVwZ 2012, 33 (40).

*d) Annex: Urteilsfolgen*

Mit der Feststellung der Verfassungswidrigkeit der Fünf-Prozent-Sperrklausel des § 2 Abs. 7 EuWG ist die Norm in analoger Anwendung der §§ 78 S. 1, 95 Abs. 3 S. 2 BVerfGG für nichtig erklärt worden.<sup>70</sup> Obwohl sich der Wahlfehler durchaus ausgewirkt hat (s.o.: so genannte Erheblichkeitsprüfung), führte er hier allerdings nicht auch noch zur Ungültigerklärung und Wiederholung der Europawahl 2009.<sup>71</sup> Dieses Ergebnis ergibt sich laut BVerfG aus einer Abwägung zwischen dem Interesse am Bestandsschutz der gewählten Volksvertretung und den Auswirkungen des festgestellten Wahlfehlers. Dabei ist eine Neuwahl nur in den Fällen anzuordnen, in denen der Fortbestand des „falsch gewählten“ Parlamentes unerträglich erscheint.<sup>72</sup> Eine solche „unerträgliche Situation“ ist hier jedoch angesichts der Geringfügigkeit der Folgen (noch) nicht anzunehmen.

**IV. Zusammenfassung und Ausblick**

Zusammenfassend ist festzustellen, dass sich die Ungleichbehandlung von Wählerstimmen durch eine Sperrklausel auf Kommunal- und Europaebene nicht mehr mit der Abwehr staatspolitischer Gefahren als zwingendem sachlichem Grund rechtfertigen lässt. Die bei Bundes- und Landtagswahlen angeführte Gefahr, die Funktionsfähigkeit des Parlamentes könne durch eine Zersplitterung bedroht sein, besteht weder für die Vertretungskörperschaften der Gemeinden oder Landkreise noch für das Europaparlament. Beiden Einrichtungen kommt nämlich weder eine (substanzuelle) Kurationsfunktion zu, noch ist ihre Mehrheitsfindung durch eine Zunahme der dort vertretenen Parteien ernsthaft bedroht. Schließlich ist auch noch zu beachten, dass die „Kommunalparlamente“ Teile der Landesverwaltung sind und – anders als die typischerweise durch Sperrklauseln geschützten „echten“ Parlamente – der Kontrolle und „Gefahrenabwehr“ durch die Kommunalaufsicht mit ihrem Instrumentarium unterliegen.

Schon die Entscheidung des BVerfG zur kommunalen Sperrklausel hatte über den konkreten schleswig-holsteinischen Fall hinaus Bedeutung auch für Wahlen auf anderen Ebenen: Sie verlangte keine Rechtsänderung,<sup>73</sup> sondern stärkte im Gegenteil sogar die dortige Argumentation, indem sie zwischen den verschiedenen „Parlamenten“ differenzierte und ihre unterschiedlichen Rollen bzw. Stellungen berücksichtigte. Damit wirkte dieses Urteil auch der allgemein verbreiteten die Gewaltenteilung übersehenden Gleichsetzung der „Kommunalparlamente“ mit anderen Legislativorganen entgegen.

<sup>70</sup> Vgl. BVerfG NVwZ 2012, 33 (42).

<sup>71</sup> So die ständige Rechtsprechung; vgl. zuletzt BVerfG NVwZ 2012, 33 (42).

<sup>72</sup> BVerfG NVwZ 2012, 33 (42). Auch eine rechnerische Korrektur des Wahlergebnisses wird vom BVerfG mangels Berücksichtigungsmöglichkeit des strategischen Wahlverhaltens abgelehnt; vgl. a.a.O. (42); kritisch dazu allerdings *Roßner*, NVwZ 2012, 22 (24); *Morlok*, JZ 2012, 76 (79).

<sup>73</sup> Insofern sind vielmehr gerade die Unterschiede zu beachten. So auch explizit BayVerfGH BayVBl. 2007, 13 = NVwZ-RR 2007, 73.

Die nächstliegende Folge war allerdings die Auswirkung auf andere Kommunalwahlgesetze, wo in der Folgezeit dann auch einige Bewegung zu verzeichnen war:<sup>74</sup> Teilweise gab es dort nie eine Sperrklausel, teilweise wurde sie vom Gesetzgeber abgeschafft, teilweise aber auch erst durch die Verfassungsgerichte „gekippt“.<sup>75</sup>

In der weiteren Konsequenz dieses ersten Urteils wurde dann auch die deutsche Fünf-Prozent-Klausel bei der Europawahl in Zweifel gezogen, die weder in allen (nicht einmal in vielen) europäischen Mitgliedstaaten gilt noch eine vom Parlament kreierte europäische Regierung stützt.<sup>76</sup> Mit seinem neuen Urteil zur Verfassungswidrigkeit auch dieser Sperrklausel wird das BVerfG seinen vorher formulierten eigenen Ansprüchen gerecht: Zur Rechtfertigung einer differenzierenden Regelung genügt nicht der allgemeine Zweck der Funktionsicherung des Parlamentes. Vielmehr müssen die aktuellen Verhältnisse vollumfänglich ermittelt werden, um die Erforderlichkeit der Sperrklausel beurteilen zu können. Die klare Betonung der Stellung des Europäischen Parlamentes durch „Karlsruhe“ verdeutlicht nochmals die Kriterien, die für die Rechtfertigung einer Sperrklausel ausschlaggebend sind: Mangels tatsächlicher Bedrohung der Funktionsfähigkeit und angesichts der lediglich befürchteten Arbeiterschwerung sowie der fehlenden Kurationsfunktion des Europaparlamentes gelingt die verfassungsrechtliche Rechtfertigung von „dessen“ Sperrklausel nicht (mehr).

Abzuwarten sind nun zum einen die Auswirkungen dieser weiteren Entscheidung auf die Parteienlandschaft Deutschlands. Die neu geschaffene Möglichkeit für kleinere Parteien, durch eigene Abgeordnete im Europäischen Parlament vertreten zu sein, könnte langfristig insbesondere zu einer Etablie-

<sup>74</sup> Derzeit gibt es auf kommunaler Ebene die Sperrklausel nur noch in den Stadtstaaten Berlin, Hamburg und (mit gewissen Besonderheiten) Bremen. Nie eine Sperrklausel hatten Baden-Württemberg, Niedersachsen, Brandenburg, Sachsen und Sachsen-Anhalt. Ihre Geltung verlor eine ursprünglich vorhandene Sperrklausel in Bayern bereits 1952, in Hessen 1999, in Mecklenburg-Vorpommern 2000 sowie in Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Saarland, Schleswig-Holstein und Thüringen schließlich 2008. Dazu insgesamt die Übersicht im Internet unter <http://www.wahlrecht.de/kommunal> (zuletzt abgerufen am 20.3.2012).

<sup>75</sup> So in Bayern (s. dazu Fn. 30; übrigens mit nahezu der gleichen Begründung des BayVerfGH wie jetzt das BVerfG), Mecklenburg-Vorpommern, Schleswig-Holstein und Thüringen (vgl. Fn. 33).

<sup>76</sup> Es ist damit sowohl die Eignung der Sperrklausel zur „Gefahrenabwehr“ als auch ihre Erforderlichkeit zum Schutz der Regierungstabilität zu verneinen. Bereits vor der entsprechenden Entscheidung des BVerfG im Ansatz so schon *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, 27. Aufl. 2011, Rn. 500, unter Hinweis auf *Murswiek*, JZ 1979, 48, der allerdings auf die (damals) hauptsächlich beratende Funktionen des Europaparlamentes abhob; ferner *Kramer*, JuS 2003, 966 (968, 970). Mit überzogener Kritik am BVerfG dagegen *Schönberger*, JZ 2012, 80.

rung bisher wenig beachteter Parteien auch auf der durch eine Sperrklausel bislang vor ihnen „geschützten“ Bundes- oder Landesebene führen.<sup>77</sup>

Zum anderen bleibt es jedoch weiterhin dabei, dass die Situation für Sperrklauseln bei Wahlen zum Bundes- oder Landtag differenziert zu beurteilen ist. Es wird zwar angesichts der Festigung der Demokratie in der mittlerweile über sechzigjährigen Geschichte der Bundesrepublik immer wieder in Zweifel gezogen, ob derartige Gefahren – nochmals: die Bedrohung der Funktionsfähigkeit von Parlament und Regierung durch zu viele kleine und kleinste Parteien, die Zersplitterung des Legislativorgans und die Verhinderung der Regierungsbildung sowie der Mehrheitsfindung im Parlament – ohne ein Mindestquorum für den Einzug in den Bundestag heute tatsächlich überhaupt noch bestünden bzw. ob eine Sperrklausel jedenfalls in dieser Höhe erforderlich sei. In einem stark von dem Funktionieren des Parlamentes abhängigen Staatswesen wie der Bundesrepublik Deutschland kann die Notwendigkeit dieses „Schutzwalles“ aber nach wie vor bejaht werden. Die Sperrklausel soll sicherstellen, dass die schlechten Erfahrungen ohne sie und die Gründe für ihre Einführung gar nicht erst wieder entstehen können. Dieser legitime Zweck kann die Ungleichheiten, die mit der Fünf-Prozent-Klausel verbunden sind, bei den „echten“ deutschen Parlamentswahlen immer noch rechtfertigen.<sup>78</sup>

---

<sup>77</sup> So auch *Roßner*, NVwZ 2012, 22 (24).

<sup>78</sup> S. hierzu auch *Ipsen*, Staatsrecht I, 23. Aufl. 2011, Rn. 95 ff.