

**Fall 11**

Die Regierung des Bundeslandes X hält es für politisch falsch und verfassungsrechtlich verfehlt, dass im Zuge der Wahlrechtsreform im Jahr 2013 an der sogenannten Fünf-Prozent-Sperrklausel festgehalten worden ist.

Nach § 6 III 1 Hs. 1 des Bundeswahlgesetzes (BWahlG) werden „*bei Verteilung der Sitze auf die Landeslisten nur Parteien berücksichtigt, die mindestens 5 Prozent der im Wahlgebiet abgegebenen gültigen Zweitstimmen erhalten ... haben.*“

Die Regierung des Landes X wendet sich mit einem zulässigen Antrag auf abstrakte Normenkontrolle an das Bundesverfassungsgericht. Sie will dort die Nichtigkeit der in § 6 III 1 Hs.1 BWahlG geregelten Fünf-Prozent-Sperrklausel feststellen lassen.

Die Antragstellerin beruft sich in erster Linie auf eine Verletzung des Grundsatzes der Wahlrechtsgleichheit aus Art. 38 I 1 GG. Viele Wählerstimmen fielen angesichts der Sperrklausel unter den Tisch. Entsprechend seien durch die Fünf-Prozent-Sperrklausel auch die Rechte betroffener Parteien aus Art. 21 I GG verletzt, konkret der daraus abzuleitende Grundsatz der Chancengleichheit.

**Frage:** Ist der Antrag auf abstrakte Normenkontrolle in der Sache erfolgreich ?

**Hinweis:** Die Zulässigkeit ist nicht zu prüfen.

**Lösungsskizze Fall 11**

Der zulässige Antrag der Regierung des Landes X auf abstrakte Normenkontrolle hat Erfolg, wenn er (auch) begründet ist.

**A. Begründetheit des (zulässigen) Antrags im abstrakten Normenkontrollverfahren ?**

= förmliche oder sachliche Unvereinbarkeit (hier) von Bundesrecht mit dem Grundgesetz (Art. 93 I Nr. 2 GG, § 78 S.1 BVerfGG / entspricht der Prüfung formeller und materieller Verfassungsmäßigkeit)

**I. Formelle Verfassungsmäßigkeit ?**

= Zuständigkeit, Verfahren, Form

HIER (+) → Gesetzgebungszuständigkeit gemäß Art. 38 III GG / keine Fehler im Gesetzgebungsverfahren oder Formfehler ersichtlich

**II. Materielle Verfassungsmäßigkeit ?**

= sachliche Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz

**1. Verletzung des Grundsatzes der Wahlrechtsgleichheit und entsprechend der Chancengleichheit der Parteien, Art. 38 I 1 GG i.V.m. Art. 21 I GG (Art. 38 I 1 GG hier als Spezialvorschrift gegenüber Art. 3 I GG) ?**

# Abstraktes Normenkontrollverfahren

---

## **a. Eingriff in den Schutzbereich ?**

= ungleicher Zähl- oder zumindest ungleicher Erfolgswert der Stimmen

HIER (+) → ungleicher Erfolgswert; die Fünf-Prozent-Sperrklausel lässt den Zählwert unberührt; sie führt aber dazu, dass viele Stimmen überhaupt keinen Erfolgswert für die Zusammensetzung des Deutschen Bundestages haben; dies betrifft alle Stimmen für Parteien, die unterhalb der „Hürde“ bleiben; auf der anderen Seite haben durch die Sperrklausel Stimmen für die großen Parteien ein überproportionales Gewicht

## **b. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung des Eingriffs ?**

= ungleicher Erfolgswert kann gerechtfertigt sein, aber nur durch zwingende, verfassungsrechtlich bedeutsame Gründe

### **aa. Funktionsfähigkeit des Parlaments als verfassungsrechtlich bedeutsamer Grund ?**

= (hier) ohne die Fünf-Prozent-Sperrklausel Gefahr der Zersplitterung

HIER (+) → die Erfahrungen in der Weimarer Republik haben gezeigt, wie zu viele sehr kleine Parteien die Regierungs- und Mehrheitsbildung gefährden können; ein Parlament kann dadurch instabil werden, bis hin zur faktischen Funktionsunfähigkeit; diese Gefahr mag in einer über viele Jahrzehnte gefestigten Demokratie weniger akut sein als seinerzeit in der Weimarer Republik; gleichwohl kann es auch heute noch als zwingender, verfassungsrechtlich bedeutsamer Grund für die Sperrklausel angesehen werden, dass mit einer solchen Regelung die beschriebene kritische Situation von vornherein ausgeschlossen ist

### **bb. Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gewahrt ?**

= Maßnahme (hier Gesetz) ist zur Zielerreichung geeignet und erforderlich und angemessen

#### **- geeignet ?**

= erstrebter Zweck kann durch die Maßnahme (hier Gesetz) erreicht werden

HIER (+) → der erstrebte Zweck (s.o.) kann durch die Sperrklausel erreicht werden

#### **- erforderlich ?**

= mildestes Mittel zur Zielerreichung bei gleicher Eignung

HIER (+) → ohne Sperrklausel aber auch mit einer niedrigeren „Hürde“ wäre der erstrebte Zweck zumindest nicht in dem Maße erreicht, wie es bei der Fünf-Prozent-Sperrklausel der Fall ist

#### **- angemessen ?**

= der Nachteil darf nicht außer Verhältnis zu dem erstrebten Zweck stehen (Zweck-Mittel-Relation)

HIER (+) → die Handlungs- und Entscheidungsfähigkeit des Parlaments hat einen hohen Stellenwert; der mit der Fünf-Prozent-Sperrklausel verbundene Nachteil ist demgegenüber nicht unverhältnismäßig hoch (a.A. vertretbar); je mehr Parteien womöglich relativ knapp an der besagten „Hürde“ scheitern, desto höher ist die Ge-

samtzahl der durch die Sperrklausel im Erfolgswert nicht berücksichtigten Stimmen; es wäre aber ein Denkfehler, daraus auf einen „flächendeckenden“ Ausschluss wichtiger Sachthemen zu schließen; typischerweise werden nämlich bei den „Splitterparteien“ mehr oder weniger spezielle, mitunter eher exotische Themen in den Vordergrund gestellt; es ist also keineswegs so, dass durch die Sperrklausel im großen Stil Anliegen „unter den Tisch fallen“, auf die viele Wähler Wert legen

- **also**: **Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gewahrt (+)**

cc. **also**: **Verfassungsrechtliche Rechtfertigung des Eingriffs (+)**

c. **also**: **Verletzung des Grundsatzes der Wahlrechtsgleichheit / Chancengleichheit der Parteien, Art. 38 I 1 GG i.V.m. Art. 21 I GG (-)**

2. **also**: **Materielle Verfassungsmäßigkeit (+)**

### **III. Ergebnis:**

**Begründetheit des (zulässigen) Antrags im abstrakten Normenkontrollverfahren (-)**

## **B. Ergebnis**

**Zwar Zulässigkeit (+), aber Begründetheit (-); also Erfolg des Antrags auf abstrakte Normenkontrolle (-)**

### **Formulierungsvorschlag Fall 11**

Der zulässige Antrag der Regierung des Landes X auf abstrakte Normenkontrolle hat Erfolg, wenn er (auch) begründet ist.

## **A. Begründetheit des (zulässigen) Antrags im abstrakten Normenkontrollverfahren**

Der (zulässige) Antrag der Landesregierung im abstrakten Normenkontrollverfahren ist gemäß Art. 93 I Nr. 2 GG, § 78 S. 1 BVerfGG begründet, wenn das angegriffene Bundesgesetz (§ 6 III 1 Hs. 1 BWahlG) förmlich oder sachlich mit dem Grundgesetz unvereinbar ist. Zu untersuchen ist also die formelle und materielle Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes.

I. Zunächst ist die formelle Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes zu prüfen. Die formelle Verfassungsmäßigkeit setzt voraus, dass die Gesetzgebungskompetenz sowie Verfahrens- und Formvorschriften eingehalten wurden.

Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes ergibt sich aus Art. 38 III GG.

Verfahrens- oder Formfehler sind nicht ersichtlich.

Das Gesetz ist also formell verfassungsgemäß.

# Abstraktes Normenkontrollverfahren

---

**II.** Die materielle Verfassungsmäßigkeit ist gegeben, wenn das angegriffene Gesetz sachlich mit dem Grundgesetz vereinbar ist.

**1.** Es könnte der Grundsatz der Wahlrechtsgleichheit und gleichsam als dessen Kehrseite der Grundsatz der Chancengleichheit der Parteien verletzt sein (Art. 38 I 1 GG i.V.m. Art. 21 I GG). Art. 38 I 1 GG geht dabei Art. 3 I GG als Spezialvorschrift vor.

**a.** Zunächst müsste in den jeweiligen Schutzbereich dieser Grundsätze eingegriffen worden sein.

Das wäre der Fall, wenn es durch das in Rede stehende Gesetz zu ungleichen Zählwerten oder aber zumindest zu ungleichen Erfolgswerten der Stimmen kommt.

Der Zählwert einer jeden Stimme bleibt durch § 6 III 1 Hs.1 BWahlG unberührt.

Die Fünf-Prozent-Sperrklausel bringt es mit sich, dass alle (Zweit-)Stimmen für Parteien, die unterhalb der „Hürde“ bleiben, trotz Verhältniswahlrechts nicht zur Zusammensetzung des Deutschen Bundestages beitragen. Viele Stimmen haben damit überhaupt keinen Erfolgswert. Auf der anderen Seite haben durch die Sperrklausel Stimmen für die großen Parteien im Verhältnis ein überproportionales Gewicht.

Durch § 6 III 1 Hs.1 BWahlG kommt es also zu deutlich ungleichen Erfolgswerten der Stimmen.

Die Vorschrift greift damit in den Schutzbereich von Art. 38 I 1 GG i.V.m. Art. 21 I GG ein.

**b.** Der Eingriff könnte aber verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein.

**aa.** Für eine solche Rechtfertigung müsste es einen zwingenden, verfassungsrechtlich bedeutsamen Grund geben.

Die Funktionsfähigkeit des Parlaments (hier des Deutschen Bundestages) kommt als legitimer Grund in Betracht.

Ein Parlament kann nämlich durch eine Vielzahl sehr kleiner Parteien instabil werden. Regierungs- und Mehrheitsbildung können stark erschwert werden. Dies haben insbesondere die dramatischen Erfahrungen in der Weimarer Republik bis hin zum staatspolitischen Kollaps gezeigt.

In einer inzwischen über viele Jahrzehnte gefestigten Demokratie mag eine solche Gefahr weniger akut sein. Mit der Regelung in § 6 III 1 Hs.1 BWahlG ist die beschriebene kritische Situation jedoch von vornherein ausgeschlossen.

Insofern kann die Funktionsfähigkeit des Parlaments auch heute noch als zwingender, verfassungsrechtlich bedeutsamer Grund für die Sperrklausel angesehen werden.

**bb.** Damit der Eingriff verfassungsrechtlich gerechtfertigt ist, müsste zudem der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gewahrt sein.

Das in § 6 III 1 Hs.1 BWahlG geregelte Mittel müsste zur Zielerreichung geeignet, erforderlich und angemessen sein.

Der erstrebte Zweck kann durch die Maßnahme erreicht werden, die angegriffene Vorschrift ist also geeignet.

Erforderlich ist eine Maßnahme, wenn sie im Vergleich zu anderen Möglichkeiten mit gleicher Eignung das mildeste Mittel ist. Ohne jegliche Sperrklausel könnte der erstrebte Zweck nicht erreicht werden. Eine niedrigere „Hürde“ wäre zwar vom Ausmaß des Eingriffs her ein milderer Mittel. Damit wäre der erstrebte Zweck aber nicht in dem Maße erreicht, wie es bei der Fünf-Prozent-Sperrklausel der Fall ist. Eine Sperrklausel mit geringerem Prozentsatz wäre also nicht gleich geeignet. Somit ist die Maßnahme auch erforderlich.

§ 6 III 1 Hs. 1 BWahlG müsste schließlich auch angemessen sein. Der Nachteil darf nicht außer Verhältnis zu dem erstrebten Zweck stehen. Bei dieser Prüfung fällt der Blick also auf die Zweck-Mittel-Relation. Die Handlungs- und Entscheidungsfähigkeit des Parlaments hat ersichtlich einen hohen Stellenwert. Demgegenüber sind die Ausschlusswirkungen der Fünf-Prozent-Sperrklausel näher zu untersuchen. Je mehr Parteien womöglich relativ knapp an der besagten „Hürde“ scheitern, desto höher ist die Gesamtzahl der durch die Sperrklausel im Erfolgswert nicht berücksichtigten Stimmen. Dies wäre besonders bedenklich, wenn dadurch zugleich in großem Stil Anliegen „unter den Tisch fielen“, auf die viele Wähler einheitlich Wert legen. Typischerweise werden aber von den „Splitterparteien“ recht spezielle, mitunter sogar eher exotische Themen in den Vordergrund gestellt. Von einem einheitlichen Willen der Wähler besonders kleiner Parteien kann deshalb keine Rede sein. Durch die angegriffene Sperrklausel mögen in der Summe viele Wählerstimmen vom Erfolgswert unberücksichtigt bleiben. Erfahrungsgemäß wird insoweit durchaus schon der zweistellige Prozentbereich erreicht. Da diese „Wählergruppe“ aber sehr heterogen ist, wird damit nicht etwa ein gemeinsames Anliegen „unterdrückt“. Vor diesem Hintergrund ist der mit der Fünf-Prozent-Sperrklausel verbundene Nachteil gegenüber dem erstrebten Ziel nicht unverhältnismäßig hoch. Das Mittel ist somit auch angemessen.

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist gewahrt.

- cc.** Der Eingriff ist verfassungsrechtlich gerechtfertigt.
- c.** Der Grundsatz der Wahlrechtsgleichheit und – als dessen Kehrseite – der Grundsatz der Chancengleichheit der Parteien aus Art. 38 I 1 GG i.V.m. Art. 21 GG ist nicht verletzt.
- 2.** § 6 III 1 Hs. 1 BWahlG ist auch materiell verfassungsgemäß.
- III.** Der (zulässige) Antrag im abstrakten Normenkontrollverfahren ist deshalb nicht begründet.

## B. Ergebnis

Der Antrag der Regierung des Landes X auf abstrakte Normenkontrolle ist zwar zulässig, aber nicht begründet. Er hat keinen Erfolg.

## Fazit

1. Die Fälle rund um diverse **Sperrklauseln im Wahlrecht** erfreuen sich immer wieder großer Beliebtheit.

Dabei ist zu unterscheiden:

Bei Bundestags- oder Landtagswahlen wird die **Fünf-Prozent-Sperrklausel** jedenfalls bislang als zulässig angesehen (vgl. unsere Fallbearbeitung).

Ganz anders fällt dagegen der Blick des BVerfG auf **Kommunalwahlen** aus (BVerfGE 120, 82 ff).

Noch deutlicher wird der Unterschied beim Vergleich der Bundestagswahlen mit den **Europawahlen**. Vor einiger Zeit hat das BVerfG mit knapper Mehrheit sogar eine **Drei-Prozent-Sperrklausel** im Europawahlrecht aufgehoben (Urteil vom 26.02.2014. u.a. NVwZ 2014, 439 ff: „schwerwiegender Eingriff in die Grundsätze der Wahlrechtsgleichheit und Chancengleichheit der politischen Parteien“). Das war insofern pikant, als der Gesetzgeber mit dieser Regelung (3 %) gerade erst auf die Aufhebung der vorherigen Fünf-Prozent-Sperrklausel im Europawahlrecht aus dem Jahr 2011 reagiert hatte (BVerfGE 129, 300 ff).

Wie aber kommt es zu diesen gravierenden **Wertungsunterschieden je nachdem, worum es bei der Wahl geht?**

Etwas salopp und holzschnittartig kann man sagen: Bei wichtigen Parlamenten wie dem Bundestag werden die Sperrklauseln (bis hin zu 5 %) eher akzeptiert als bei mehr oder weniger unbedeutenden „Schwatzbuden“.

So hat das BVerfG in seiner Entscheidung zu Kommunalwahlen argumentativ gezielt vom Bundestagswahlrecht abgegrenzt. Im Kern wurde darauf abgestellt, dass im dortigen Fall Bürgermeister oder Landrat direkt gewählt werden (vgl. dagegen zur Wahl des Bundeskanzlers Art. 63 GG). Deshalb sind diese „Kommunalfürsten“ relativ unabhängig vom Parlament.

In der Europäischen Union führen die Wahlen immer noch nicht zu einem „vollwertigen Parlament“. Das sogenannte Europaparlament ist nicht „schutzwürdig“ (so sehr grob zusammengefasst die Argumentation des BVerfG).

2. Zurück zu unserem Fall: Die formelle Verfassungsmäßigkeit war hier kein echtes Problem.
3. Dagegen wartete am **Prüfungspunkt „materielle Verfassungsmäßigkeit“** ein echter Klassiker auf euch. Mit einer oberflächlichen Fallbearbeitung ist es da nicht getan.

Vom Aufbau her haben wir nicht formal zwischen **Wahlrechtsgleichheit und Chancengleichheit der Parteien** differenziert. Wir haben vielmehr beide Grundsätze zusammen geprüft, wie es in einschlägigen Fällen auch das BVerfG macht. Sprichwörtlich geht es um die berühmten Seiten derselben Medaille.

Bei einer isolierten Prüfung des Art. 38 I 1 GG (Wahlrechtsgleichheit) wäre anschließend zu Art. 21 I GG nur noch zu sagen, dass die Chancengleichheit der Parteien als logische Kehrseite untrennbar mit der Wahlrechtsgleichheit zu-

sammenhängt. Die gesonderte Prüfung des Art. 21 I GG ist möglich, hat aber von vornherein erkennbar keinen „Mehrwert“.

4. In unserem Fall ging es erklärtermaßen nur um die Fünf-Prozent-Sperrklausel, also um § 6 III 1 Hs.1 BWahlG.

Außerdem gibt es aber den zweiten Halbsatz des § 6 III 1 BWahlG. Er enthält die sogenannte **Grundmandatsklausel**. Gemäß **§ 6 III 1 Hs. 2 BWahlG** kann eine Partei auch über den Umweg dreier Direktmandate an der allgemeinen Sitzverteilung nach Landeslisten teilnehmen.

**Ein Beispiel:** Die Partei XY erhält nur 4 % der Zweitstimmen und überspringt damit nicht die „Fünf-Prozent-Hürde“ des § 6 III 1 Hs.1 BWahlG. Sie „holt“ aber über die Erststimmen in drei Wahlkreisen das jeweilige Direktmandat. Dann ziehen nicht etwa nur die drei in ihren Wahlkreisen siegreichen Abgeordneten für die Partei in den Bundestag ein, sondern es werden die 4 % der Zweitstimmen berücksichtigt.

Ihr seht: Die Grundmandatsklausel ist eine **Ausnahme von der „Fünf-Prozent-Sperrklausel“**. Auch durch § 6 III 1 Hs. 2 BWahlG ist die Wahlrechtsgleichheit tangiert. Der Erfolgswert der Stimmen kann nämlich auch im Lichte dieser Regelung sehr unterschiedlich ausfallen. Immerhin kann es sein, dass eine Partei mit vergleichsweise vielen Zweitstimmen knapp scheitert (z.B. 4,9 % bei nur zwei Direktmandaten), während eine andere Partei mit weit weniger Zweitstimmen nur deshalb mit einigen Abgeordneten in den Bundestag einzieht, weil sie drei oder mehr Direktmandate „errungen“ hat.

Aber auch diese Ungleichbehandlung ist gerechtfertigt. Es geht verfassungsrechtlich in Ordnung, dass der Gesetzgeber **drei oder mehr Direktmandate als Indiz für eine besondere politische Bedeutung** angesehen hat. Das ist ein sachlicher Grund für die besagte Ausnahme von der „Fünf-Prozent-Sperrklausel“ (BVerfG-Urteil vom 10.04.1997, 2 BvC 3/96).

5. Unser Bundestagswahlrecht (vgl. grundlegend § 1 BWahlG) folgt dem **Prinzip der personalisierten Verhältniswahl**. Es ist also eine **Mischung aus Mehrheitswahl** (ein Kandidat pro Wahlkreis / Erststimme) und **Verhältniswahl** (nach Listen / Zweitstimme). Das ist kompliziert und führt immer wieder zu verfassungsrechtlichen Fragen. Berührt ist dabei – wer hätte es gedacht – regelmäßig vor allem der Grundsatz der **Gleichheit der Wahl** aus **Art. 38 I 1 GG**.

Ein weiterer Klassiker aus diesem Bereich sind die sogenannten **Überhangmandate**. Den Begriff habt ihr sicher schon einmal gehört. Aber was steckt konkret dahinter?

Es kommt vor, dass von einer Partei mehr Direktmandate „geholt“ werden, als ihr an sich nach der Verteilung über die Landeslisten anhand der Zweitstimmen zustehen. Dieses „Zuviel“ an Direktmandaten verbleibt der Partei. Das sind die Überhangmandate (§ 6 IV BWahlG).

Die Überhangmandate in ihrer traditionellen Regelung hat das BVerfG als zu heftige Beeinträchtigung der Wahl- und Chancengleichheit angesehen. Das Hauptstichwort in diesem Zusammenhang ist der **Effekt des negativen Stimmgewichts** (siehe hierzu insbesondere das BVerfG-Urteil vom 25.07.2012, 2 BvF 3/11, 2 BvR 2670/11, 2 BvE 9/11).

# Abstraktes Normenkontrollverfahren

---

Auf diese Entscheidung hat der Gesetzgeber im Jahr 2013 reagiert, indem er mit § 6 V BWahlG sogenannte **Ausgleichsmandate** geschaffen hat. Sie werden so bezeichnet, weil diese Mandate den gleichheitswidrigen Effekt der Überhangmandate wirkungsvoll ausgleichen. Der Preis dafür ist allerdings, dass mit den Überhang- und den Ausgleichsmandaten die reguläre Zahl der Abgeordneten oft noch stärker als früher überschritten wird (nach § 1 I BWahlG sind unverändert im Grundsatz „nur“ 598 Abgeordnete vorgesehen).

Um die Zahl der Abgeordneten künftig in engeren Grenzen zu halten, hat die sogenannte Große Koalition im Herbst des Jahres **2020** eine **Wahlrechtsreform** verabschiedet, die vielfach als halbherzig und untauglich kritisiert wird. Die Zahl der Wahlkreise (299) ist nämlich gleich geblieben. Die aktuelle Neuregelung beschränkt sich darauf, dass **bis zu drei Überhangmandate unausgeglichen** bleiben (§ 6 V 4 BWahlG). Grüne, Linke und FDP betreiben nun vor dem BVerfG ein **abstraktes Normenkontrollverfahren**. Sie wollen die Wahlrechtsreform noch vor der Bundestagswahl am 26.09.2021 im Wege der einstweiligen Anordnung außer Vollzug setzen lassen (§ 32 BVerfGG). Man darf gespannt sein ...