

Univ.-Prof. Dr. Thorsten Kingreen

An das  
Bundesverfassungsgericht  
Schlossbezirk 3

76131 Karlsruhe

Regensburg, 19. 10. 2023

**Verfassungsbeschwerde (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG)  
gegen § 4 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 BWahlG (Fünf-Prozent-Klausel)**

Beschwerdeführer und Beschwerdeführerinnen:

1. Beschwerdeführer und Beschwerdeführerin 1. - 3.

[...]

Die erforderlichen Vollmachten (§ 22 Abs. 2 BVerfGG), jeweils mit einer Kopie des Personalausweises auf der Rückseite, liegen als **Anlage 1** bei.

2. Weitere Beschwerdeführer und Beschwerdeführerinnen (im Einzelnen aufgelistet in der **Anlage 2**). Die erforderlichen Vollmachten befinden sich in den beigefügten Aktenordnern.

Namens der Beschwerdeführer und Beschwerdeführerinnen erhebe ich Verfassungsbeschwerde gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG in Verbindung mit § 90 Abs. 1 Nr. BVerfGG und beantrage,

**§ 4 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 BWahlG wegen Verstoßes gegen Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG (Gleichheit der Wahl) und Art. 21 Abs. 1 GG (Chancengleichheit der Parteien) für nichtig (§ 95 Abs. 3 S. 1 BVerfGG) zu erklären.**

## Begründung

Die Verfassungsbeschwerde richtet sich gegen § 4 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 BWahlG in der Fassung des Gesetzes zur Änderung des Bundeswahlgesetzes und des Fünfundzwanzigsten Gesetzes zur Änderung des Bundeswahlgesetzes vom 13.06.2023.<sup>1</sup>

§ 4 BWahlG regelt die Grundsätze der Verteilung der Sitze auf Parteien. Gemäß § 4 Abs. 2 S. 2 S. 1 BWahlG werden zwischen den Parteien die Sitze im Verhältnis der Zahl der Zweitstimmen, die im Wahlgebiet für die Landeslisten der Partei abgegeben wurden, nach näherer Maßgabe von § 5 BWahlG verteilt. Der hier zur verfassungsgerichtlichen Überprüfung gestellte § 4 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 BWahlG knüpft an diesen Satz 1 der Vorschrift an und schließt Parteien, die im Wahlgebiet weniger als fünf Prozent der abgegebenen Zweitstimmen erreicht haben, von diesem Zuteilungsverfahren aus. Er lautet wie folgt:

<sup>2</sup>Nicht berücksichtigt werden dabei

1. [...]
2. Parteien, die weniger als 5 Prozent der im Wahlgebiet abgegebenen gültigen Zweitstimmen erhalten haben.

Die Vorschrift steht im Kontext einer grundlegenden Änderung des Wahlrechts zum Deutschen Bundestag, die die negativen Auswirkungen der Sperrklausel auf die in Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG gewährleistete Gleichheit der Wahl dimensional verändert. Sie wirkt sich zugleich auf die aus Art. 21 Abs. 1 GG abzuleitende Chancengleichheit der Parteien aus.

Die Beschwerdeführenden teilen das Grundanliegen des neuen Bundeswahlgesetzes, den Bundestag zu verkleinern und den Grundcharakter der Wahl als Verhältniswahl zu stärken,<sup>2</sup> ausdrücklich. Sie sind aber mit dem Bundesverfassungsgericht der Ansicht, dass Wahlgleichheit und Parteiengleichheit in der parlamentarischen Demokratie untrennbar verbunden sind und daher streng formal verstanden werden müssen, weil sie das Betriebssystem der parlamentarischen Demokratie regeln:

„Die Demokratie kann nicht funktionieren, wenn nicht die Parteien grundsätzlich unter gleichen rechtlichen Bedingungen in den Wahlkampf eintreten.“<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> BGBl. 2023 I, 147.

<sup>2</sup> BT-Drucks. 20/5370, 2.

<sup>3</sup> BVerfGE 82, 322 (337).

Sie teilen daher mit dem Bundesverfassungsgericht auch die Grundüberzeugung von den verfassungsrechtlichen Grenzen der Wahlgesetzgebung, deren Aufgabe es nicht ist,

„die Bandbreite des politischen Meinungsspektrums – etwa im Sinne besserer Übersichtlichkeit der Entscheidungsprozesse in den Volksvertretungen – zu reduzieren.“<sup>4</sup>

Die Beschwerdeführenden sehen daher in der in § 4 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 BWahlG normierten Fünf-Prozent-Klausel das „Hauptproblem der Wahlrechtsreform“<sup>5</sup>.

Der nachfolgende Antrag ist wie folgt aufgebaut: Zunächst wird im Teil 1 die Änderung des Bundestagswahlrechts erläutert, soweit diese für das Verständnis der Rechtswirkungen von § 4 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 BWahlG bedeutsam ist. Teil 2 enthält Ausführungen zur Zulässigkeit des Antrags nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG i. V. m. § 90 Abs. 1 BVerfGG. In Teil 3 wird begründet, dass die angegriffene Vorschrift Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG und Art. 21 Abs. 1 GG verletzt und daher für nichtig zu erklären ist.

Im Einzelnen gliedert sich der nachfolgende Antrag wie folgt:

---

<sup>4</sup> BVerfGE 129, 300 (340).

<sup>5</sup> *Groß*, NVwZ 2023, 1282.

## Gliederung

<b>Teil 1: Die Fünf-Prozent-Klausel im Kontext der Neuregelung des Bundeswahlrechts</b> .....	<b>7</b>
<b>Teil 2: Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde</b> .....	<b>10</b>
A. Beschwerdefähigkeit.....	10
B. Beschwerdegegenstand.....	10
C. Beschwerdebefugnis.....	11
I. Möglichkeit der Grundrechtsverletzung.....	11
II. Eigene, gegenwärtige und unmittelbare Betroffenheit.....	11
III. Ergebnis.....	12
D. Rechtsschutzbedürfnis.....	12
E. Frist.....	12
<b>Teil 3: Begründetheit der Verfassungsbeschwerde</b> .....	<b>14</b>
A. Eingriff in den Schutzbereich von Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG.....	14
B. Keine verfassungsrechtliche Rechtfertigung des Eingriffs in Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG.....	16
I. Einschlägige Rechtsprechung.....	16
1. Sperrklauseln als unmittelbarer Beschwerdegegenstand.....	16
a) Phase 1: Verfassungsmäßigkeit von Sperrklauseln.....	16
b) Phase 2: Verfassungswidrigkeit von Sperrklauseln.....	18
2. Mittelbare Bedeutung der Sperrklausel.....	19
3. Zwischenfazit.....	21
a) Kategorisierung der Präjudizien.....	21
b) Beobachtungs- und Evaluierungspflicht des Gesetzgebers.....	22
II. Sperrklauseln: Verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab – verfassungsgerichtlicher Kontrollmaßstab.....	26
1. BVerfGE 1, 208 (Landtagswahlrecht Schleswig-Holstein 1951).....	26
2. BVerfGE 6, 84 (Bundestagswahlrecht 1953).....	28
3. BVerfGE 51, 222 (Europawahlrecht 1978).....	30
4. BVerfGE 82, 322 (Bundestagswahlrecht 1990).....	33
5. BVerfGE 120, 82 (Gemeinde- und Kreiswahlrecht Schleswig-Holstein 2006).....	35
6. BVerfGE 129, 300 (Europawahlrecht 2008).....	38
7. BVerfGE 135, 259 (Europawahlrecht 2013).....	39

III. Keine verfassungsrechtliche Rechtfertigung von § 4 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 BWahlG	40
1. Legitimer Zweck	41
a) Illegitimes Ziel: „Bekämpfung der Splitterparteien“	42
b) Funktionsfähigkeit der zu wählenden Volksvertretung – Wahl als Integrationsvorgang des Volkes	44
2. Geeignetheit	45
a) Maßstab: Strikte verfassungsgerichtliche Kontrolle	45
b) Konkrete Betrachtungsweise: Maßgeblichkeit der „aktuellen Verhältnisse“	47
aa) Entstehung und historische Begründung der Fünf-Prozent-Klausel	48
(1) Das „Weimar-Argument“ in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	48
(2) Entstehungsgeschichte von Art. 38 GG	50
(a) Wahlsystem	51
(b) Fünf-Prozent-Klausel	52
bb) Entwicklung nach 1949: „Einige Wahrscheinlichkeit“ der Funktionsbeeinträchtigung des Parlaments?	55
c) Fazit	57
3. Erforderlichkeit	58
a) Regionalisierte Sperrklausel	58
b) Absenkung der Sperrklausel	59
4. Angemessenheit	62
a) Integrationsfunktion der Wahl	62
b) § 4 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 BWahlG als desintegratives Recht	63
aa) Gewicht und Dringlichkeit des rechtfertigenden Grundes	64
bb) Intensität des Eingriffs	64
c) Ergebnis	68

## Teil 1: Die Fünf-Prozent-Klausel im Kontext der Neuregelung des Bundeswahlrechts

Das weitgehend am 14.06.2023 in Kraft getretene Gesetz zur Änderung des Bundeswahlgesetzes und des Fünfundzwanzigsten Gesetzes zur Änderung des Bundeswahlgesetzes vom 13.06.2023<sup>6</sup> enthält folgende, für den hiesigen Kontext grundlegende Neuregelungen:

- (1) Für die Wahl zum Deutschen Bundestag gelten nach § 1 Abs. 2 S. 1 BWahlG die *Grundsätze der Verhältniswahl*. Nach der Vorgängervorschrift § 1 Abs. 1 S. 2 BWahlG a.F. erfolgte die Wahl hingegen *nach den Grundsätzen einer mit der Personenwahl verbundenen Verhältniswahl*.
- (2) Nach wie vor hat zwar jeder Wähler zwei Stimmen (§ 1 Abs. 2 S. 2 BWahlG). Aber das *Verfahren der Sitzverteilung* wurde verändert. Die über die Kreiswahlvorschläge (= Erststimme) gewählten Bewerber sind nicht mehr zwingend gewählte Bundestagsabgeordnete. Ein Wahlkreisbewerber einer Partei ist vielmehr nach § 6 Abs. 1 S. 1 BWahlG erst dann als Abgeordneter gewählt, wenn er die meisten Erststimmen auf sich vereinigt *und* im Verfahren der Zweitstimmendeckung einen Sitz erhält. Das hat die unter (3) und (4) skizzierten Konsequenzen.
- (3) Die Neuregelung bedeutet für erfolgreiche Wahlkreisbewerber, dass sie anders als nach altem Recht nur in Abhängigkeit vom Zweitstimmenergebnis ihrer Partei als Abgeordnete gewählt sind:
  - Die bisher ausnahmslose Zuweisung eines Sitzes an den Wahlkreisbewerber (§ 20 Abs. 2 BWahlG) mit der relativen Mehrheit im Wahlkreis wird unter die Bedingung gestellt, dass diese Sitzzuteilung durch Zweitstimmen gedeckt ist – sog. Zweitstimmendeckung (§ 1 Abs. 3 S. 2; § 6 Abs. 1 S. 4 BWahlG). In dieses Verfahren der Zweitstimmendeckung werden von vornherein solche Parteien nicht einbezogen, die nach § 4 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 BWahlG weniger als Fünf Prozent der im gesamten Wahlgebiet abgegebenen gültigen Zweitstimmen erhalten haben; dazu (4).
  - Für die Ermittlung der Zweitstimmendeckung werden die Bewerber einer Partei, die in den Wahlkreisen die meisten Erststimmen erhalten haben, gemäß § 6 Abs. 1 S. 2

---

<sup>6</sup> BGBl. 2023 I, 147.

BWahlG nach fallendem Erststimmenanteil gereiht. Der Erststimmenanteil ergibt sich aus der Teilung der Zahl der Erststimmen in diesem Wahlkreis, § 6 Abs. 1 S. 3 BWahlG.

- Gewinnt eine Partei in einem Land mehr Wahlkreise, als ihr nach Zweitstimmenergebnis zustehen, ziehen die Wahlkreisgewinner mit den schlechtesten Ergebnissen aufgrund des Prinzips der Zweitstimmendeckung nicht in den Bundestag ein; damit gibt es anders als nach altem Recht keine Überhangmandate und keinen Ausgleichsbedarf mehr.

(4) Listenbewerber sind, analog zum altem Recht, nach § 6 Abs. 4 S. 1 Hs. 1 BWahlG als Abgeordnete gewählt, wenn sie bei der Vergabe der Sitze der Landesliste (§ 4 Abs. 3 BWahlG), die nach dem Verfahren der Zweitstimmendeckung verbleiben, einen Sitz erhalten. In dieses Verfahren der Unterverteilung gelangen aber nur diejenigen Parteien, die bei der Oberverteilung (= Ermittlung der Zweitstimmen im gesamten Wahlgebiet, § 5 BWahlG) berücksichtigt worden sind, und dies sind solche Parteien nicht, die nach dem hier angegriffenen § 4 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 BWahlG weniger als fünf Prozent der im Wahlgebiet abgegebenen gültigen Zweitstimmen erhalten haben. Die Sperrklausel gilt, anders als nach altem Recht (§ 6 Abs. 3 S. 1 BWahlG a.F.), ausnahmslos. Die Grundmandatsklausel, die eine Beteiligung am Verfahren der Oberverteilung auch solchen Parteien ermöglichte, die zwar weniger als fünf Prozent der Stimmen erhalten, aber in drei Wahlkreisen einen Sitz errungen hatten, ist entfallen.

Die Neuregelungen verändern die Statik zwischen Verhältnis- und Mehrheitswahlrecht und damit zwischen Parteien- und Personenwahl. Sie verschärfen damit die Rechtswirkungen der Sperrklausel in doppelter Hinsicht, indem sie diese erstens auf Wahlkreisbewerber erstrecken und zweitens Listenbewerber nunmehr ausnahmslos von ihr abhängig machen. Im Einzelnen:

- *Wahlkreisbewerber*: Die Verfassungsbeschwerde greift zwar ausdrücklich nicht das Erfordernis der Zweitstimmendeckung für Wahlkreisbewerber, sondern allein die in § 4 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 BWahlG normierte Sperrklausel an. Deren verfassungsrechtliche Neubewertung wird aber maßgeblich durch das Verfahren der Zweitstimmendeckung veranlasst, denn dieses erstreckt die bislang auf Landeslistenbewerber beschränkten Wirkungen der Sperrklausel nunmehr auch auf die Wahlkreisbewerber: Ein Wahlkreisbewerber ist als Abgeordneter nach § 6 Abs. 1 S. 1 BWahlG nur gewählt, wenn er aufgrund des Verfahrens der Zweitstimmendeckung einen Sitz erhält. Wenn seine Partei



aber bundesweit weniger als fünf Prozent der Zweitstimmen erhalten hat, nimmt diese schon gar nicht am Verfahren der Zweitstimmendeckung teil.

- *Listenbewerber*: Für Listenbewerber galt die Sperrklausel zwar schon nach altem Recht, aber die Eingriffsintensität hat sich erhöht: Wurden sie bislang bei der Oberverteilung selbst dann berücksichtigt, wenn sie zwar nicht fünf Prozent der im Wahlgebiet abgegebenen Zweitstimmen erhalten haben, aber ihre Partei in mindestens drei Wahlkreisen einen Satz errungen hatte, so gilt die Sperrklausel nunmehr ohne die mögliche Kompensation durch die Grundmandatsklausel.

Für die folgende Prüfung der Zulässigkeit und Begründetheit der Verfassungsbeschwerde ist daher entscheidend, dass die Beschwerdeführenden die Sperrklausel nicht abstrakt-generell angreifen, sondern in der konkreten Ausgestaltung und Kontextualisierung, die sie durch das neue Wahlgesetz erhalten hat. Für die Verfassungsbeschwerde ist daher nicht maßgebend, ob Sperrklauseln generell ein Instrument zur Sicherung der Funktionsfähigkeit des Parlaments sein können (was sie auch nach Meinung der Beschwerdeführenden sein können), sondern ob § 4 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 BWahlG in seiner konkreten Ausgestaltung mit dem Grundsatz der Gleichheit der Wahl (Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG) und der Chancengleichheit der Parteien (Art. 21 Abs. 1 GG) vereinbar ist.

## Teil 2: Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde

Die Verfassungsbeschwerde ist nach Maßgabe von Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG und der §§ 13 Nr. 8a und 90ff. BVerfGG zulässig:

### A. Beschwerdefähigkeit

Die Beschwerdeführenden müssen beschwerdefähig sein, d.h. sie müssen Träger des als verletzt geltend gemachten Grundrechts sein.<sup>7</sup> Sie machen insbesondere die Verletzung von Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG geltend, wonach die Abgeordneten des Deutschen Bundestages u. a. in gleicher Wahl gewählt werden. Die Beschwerdeführenden müssen daher wahlberechtigt sein. Sie müssen

- (1) nach § 12 Abs. 1 BWahlG Deutsche im Sinne von Art. 116 Abs.1 GG sein,
- (2) gemäß Art. 38 Abs. 2 GG und § 12 Abs. 1 Nr. 1 BWahlG das 18. Lebensjahr vollendet haben,
- (3) nach § 12 Abs. 1 Nr. 2 BWahlG seit mindestens drei Monate in Deutschland einen Wohnsitz haben, sich sonst gewöhnlich aufhalten oder nach Maßgabe von § 12 Abs. 2 BWahlG aufgehalten haben und dürfen
- (4) nicht vom Wahlrecht ausgeschlossen sein (§ 12 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. § 13 BWahlG).

Diese Voraussetzungen liegen jedenfalls im Hinblick auf die in der Verfassungsbeschwerde namentlich benannten Beschwerdeführer zu 1. bis 3., die die in der **Anlage 1** nachgewiesenen Vollmachten erteilt und die Kopie eines Ausweisdokuments beigelegt haben.

Auch die weiteren Beschwerdeführenden sind auf diese Voraussetzungen hingewiesen worden.

Damit liegt die Beschwerdefähigkeit vor.

### B. Beschwerdegegenstand

§ 4 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 BWahlG ist als Bundesgesetz ein Akt der öffentlichen Gewalt i.S.v. § 90 Abs. 1 BVerfGG und damit ein tauglicher Beschwerdegegenstand.

---

<sup>7</sup> Kingreen/Poscher, Grundrechte. Staatsrecht II, 39. Aufl. 2023, Rn. 1456.

## C. Beschwerdebefugnis

Gem. § 90 Abs. 1 BVerfGG ist die Verfassungsbeschwerde nur zulässig, wenn der Beschwerdeführer behauptet, in einem seiner Grundrechte oder grundrechtsgleichen Rechte verletzt zu sein.

### I. Möglichkeit der Grundrechtsverletzung

Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG gehört nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG und § 90 Abs. 1 BVerfGG zu den im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde grundsätzlich rügefähigen Rechten.

Hingegen ist der die Chancengleichheit der Parteien gewährleistende Art. 21 Abs. 1 GG, isoliert betrachtet, kein Grundrecht bzw. grundrechtsgleiches Recht im Sinne dieser Vorschriften. Daher konzentriert sich die nachfolgende Prüfung der Begründetheit auf Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG. Sie berücksichtigt aber, dass das Bundesverfassungsgericht Art. 21 Abs. 1 GG wegen des engen Zusammenhangs zwischen Wahlrechtsgleichheit und Chancengleichheit der Parteien auch bei Verfassungsbeschwerden in einen Prüfungsverbund mit Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG stellt.<sup>8</sup> Damit bringt es zum Ausdruck, dass die Sperrklausel nicht nur Wähler und Wählerinnen und Wahlbewerber und Wahlbewerberinnen, sondern fundamental auch politische Parteien betrifft.

### II. Eigene, gegenwärtige und unmittelbare Betroffenheit

1. Die Beschwerdeführenden sind nach Maßgabe von Art. 38 Abs. 2 GG und § 12 BWahlG bei Bundestagswahlen wahlberechtigt und somit in ihrem *eigenen* Grundrecht aus Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG betroffen.
2. Sie müssen auch *gegenwärtig*, d. h. schon oder noch betroffen sein. Die Gegenwartigkeit ihrer Beschwerde würde fehlen, wenn sie „irgendwann einmal in der Zukunft (,virtuell‘) von der gerügten Gesetzesbestimmung betroffen sein könnten.“<sup>9</sup> Zwar findet die nächste Wahl des Deutschen Bundestages nach näherer Maßgabe von Art. 39 Abs. 1 S. 3 GG voraussichtlich erst im Herbst 2025 statt. Sie kann aber für den Fall einer Auflösung des Bundestages (Art. 39 Abs.1 S. 4 GG) auch sehr zeitnah stattfinden. Auch für eine solche Wahl würde die hier angegriffene Bestimmung des § 4 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 BWahlG bereits gelten, denn sie ist nach Art. 3 Abs. 1 des Gesetzes zur Änderung des Bundeswahlgesetzes und

---

<sup>8</sup> BVerfGE 146, 327 Rn. 60: „Das Recht der politischen Parteien auf Chancengleichheit hängt eng mit den Grundsätzen der Allgemeinheit und Gleichheit der Wahl zusammen, die ihre Prägung durch das Demokratieprinzip erfahren.“

<sup>9</sup> BVerfGE 60, 360 (371).

des Fünfundzwanzigsten Gesetzes zur Änderung des Bundeswahlgesetzes am Tag nach der Verkündung, also am 14.06.2023 in Kraft getreten. Eine Unterscheidung zwischen gegenwärtiger und nicht gegenwärtiger Betroffenheit dürfte daher beim Grundrecht der Wahl kaum durchführbar sein, weil Wahlen in einer Demokratie zu jedem Zeitpunkt und sehr plötzlich stattfinden können.

3. Die Beschwerdeführenden sind schließlich auch *unmittelbar* betroffen, weil das Wahlrecht unmittelbar aus dem Gesetz folgt und damit keines Vollzugsaktes gegenüber dem Wahlberechtigten bedarf.

### **III. Ergebnis**

Die Beschwerdeführenden zu 1. bis 3. sind beschwerdebefugt.

#### **D. Rechtsschutzbedürfnis**

Nach dem Grundsatz der Subsidiarität sind zwar vor der Erhebung einer Verfassungsbeschwerde gegen Gesetze alle auch nur mittelbaren Möglichkeiten fachgerichtlichen Rechtsschutzes auszuschöpfen.<sup>10</sup> Solche Rechtsbehelfe, die tatsächlich oder einfach-rechtlich offene Fragen klären könnten, sind hier nicht ersichtlich, so dass auch das Rechtsschutzbedürfnis der Beschwerdeführenden zu bejahen ist.

#### **E. Frist**

Da sich die Verfassungsbeschwerde gegen ein Gesetz richtet, beträgt die Frist nach § 93 Abs. 3 BVerfGG ein Jahr seit dem Inkrafttreten des Gesetzes. § 4 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 BWahlG ist nach Art. 3 Abs. 1 des Gesetzes zur Änderung des Bundeswahlgesetzes und des Fünfundzwanzigsten Gesetzes zur Änderung des Bundeswahlgesetzes am Tag nach der Verkündung, also am 14.06.2023 in Kraft getreten. Damit wird die Jahresfrist gewahrt.

Man könnte allenfalls einwenden, dass die in § 4 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 BWahlG geregelte Sperrklausel von fünf Prozent bereits in der Vorgängernorm § 6 Abs. 3 S. 1 BWahlG a.F. enthalten war. Das Bundesverfassungsgericht differenziert insoweit wie folgt:

„Wird eine Bestimmung im Rahmen einer Gesetzesnovellierung nicht verändert, so beginnt die Frist nicht alleine deshalb neu zu laufen, weil der Gesetzgeber die in Rede stehende Bestimmung – im Sinne einer Bestätigung – erneut in seinen Willen aufgenommen hat [...]. Auch die Bekanntmachung des gleichen Wortlauts

---

<sup>10</sup> BVerfGE 112, 50 (60); 162, 1 Rn 100.

ohne inhaltliche Änderungen führt nicht zu einem neuen Fristlauf [...]. Von der Bestimmung muss vielmehr eine neue, den Beschwerdeführer ersichtlich stärker belastende Wirkung ausgehen [...]. Dies kann der Fall sein, wenn die Änderungen dazu führen, dass der unverändert gebliebenen Norm faktisch ein neuer Inhalt gegeben wird [...], oder die Einbettung in ein anderes gesetzliches Umfeld erfolgt, so dass auch von der Anwendung der älteren Vorschrift neue belastende Wirkungen ausgehen können.“<sup>11</sup>

Nach diesen Maßstäben hat die Klagefrist hier am 14.06.2023 neu zu laufen begonnen. § 6 Abs. 3 S. 1 BWahlG a.F. ist nicht unverändert übernommen worden, denn die zweite alternative Zugangsvoraussetzung („oder in mindestens drei Wahlkreisen einen Sitz errungen haben“ = Grundmandatsklausel) zum Verfahren der Oberverteilung ist entfallen. Damit erhöht sich für Parteien, die bundesweit die Fünf-Prozent-Hürde nicht erreichen, aber mindestens drei Direktmandate erringen, die Eingriffsintensität, denn diese drei Direktmandate verhelfen nicht mehr zur Teilnahme am Verfahren der Oberverteilung. Entsprechendes gilt für Wählerinnen und Wähler dieser Parteien. Noch gravierender ist aber, dass anders als nach bisherigem Recht noch nicht einmal die Gewinner der drei Direktmandate als Abgeordnete gewählt sind, weil ihre Partei wegen des Scheitern an der Fünf-Prozent-Hürde gemäß § 6 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 4 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 BWahlG nicht am Verfahren der Zweitstimmendeckung teilnehmen kann, das Voraussetzung für die Wahl als Abgeordneter ist. Sowohl für Listenkandidaten als auch besonders für Wahlkreisbewerber zeitigt die Sperrklausel daher eingreifende Wirkungen, die vom bisherigen Recht nicht ausgegangen waren.<sup>12</sup> Entsprechendes gilt auch insoweit für die Wählerinnen und Wähler der Parteien.

Der Inhalt von § 4 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 BWahlG ist aufgrund dieser Kontexte mit demjenigen des § 6 Abs. 3 BWahlG nicht mehr vergleichbar. Es handelt sich um eine Norm, für die die Frist des § 93 Abs. 3 BVerfGG neu zu laufen beginnt.

---

<sup>11</sup> BVerfGE 137, 108 Rn. 70.

<sup>12</sup> Vgl. näher die Darstellung im 1. Teil.

### Teil 3: Begründetheit der Verfassungsbeschwerde

§ 4 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 BWahlG beinhaltet einen nicht zu rechtfertigenden Eingriff in die in Art. 38 Abs. 1 GG gewährleistete Gleichheit der Wahl:

#### A. Eingriff in den Schutzbereich von Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG

Die Gleichheit der Wahl

„gebietet, dass alle Wahlberechtigten das aktive und passive Wahlrecht möglichst in formal gleicher Weise ausüben können, und ist im Sinne einer strengen und formalen Gleichheit zu verstehen.“<sup>13</sup>

Schon in seiner ersten einschlägigen Entscheidung hat das Bundesverfassungsgericht die Wahlrechtsgleichheit auf das konkrete Wahlsystem bezogen:

„Geht man von dem Grundgedanken der Verhältniswahl aus und verbindet ihn mit dem Grundsatz der demokratischen Gleichheit aller Staatsbürger, so ist evident, daß dem Grundsatz der Gleichheit der Wahl bei der Verhältniswahl nicht schon dann genügt ist, wenn jede Stimme den gleichen Zählwert hat.“<sup>14</sup>

Gleichheit der Wahl bedeutet daher bei der Verhältniswahl,

„dass jeder Wähler mit seiner Stimme auch den gleichen Einfluss auf die Zusammensetzung der zu wählenden Vertretung haben muss [...]. Ziel des Verhältniswahlsystems ist es, dass alle Parteien in einem möglichst den Stimmzahlen angenäherten Verhältnis in dem zu wählenden Organ vertreten sind.“<sup>15</sup>

Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG gewährleistet also nicht nur die gleiche Stimmenzahl (gleicher Zählwert), sondern auch die Berücksichtigung jeder Stimme bei der Umsetzung der Stimmen in die Zuteilung von Parlamentssitzen (gleicher Erfolgswert).<sup>16</sup>

Dass die Sperrklausel ein gravierender Eingriff in die Erfolgswertgleichheit ist, ist anerkannt.<sup>17</sup> Eher selten wird die Eingriffsintensität aber in Zahlen plastisch gemacht:<sup>18</sup> Hätte es bei der vergangenen Bundestagswahl 2021 keine Grundmandatsklausel gegeben, wären gut 2,2 Millionen Stimmen für Die Linke verfallen, denn sie hat lediglich 4,9% der Zweitstimmen erzielt, ist aber dank dreier Direktmandate gleichwohl im 20. Deutschen Bundestag vertreten. Würde

---

<sup>13</sup> BVerfGE 135, 259 Rn. 44; 146, 327 Rn. 59; 156, 224 Rn. 56.

<sup>14</sup> BVerfGE 1, 208 (245).

<sup>15</sup> BVerfGE 135, 259 Rn. 45.

<sup>16</sup> Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz. Kommentar, 17. Aufl. 2022, Art. 38 Rn. 13.

<sup>17</sup> Seit BVerfGE 1, 208 (248 f.); ferner etwa Müller, in: von Mangoldt/Klein/Starck/Huber/Voßkuhle (Begr./Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 7. Aufl. 2018, Art. 38 Rn. 149ff.

<sup>18</sup> S. schon Kingreen, VerfBlog 2023/3/21.

die CSU bei der nächsten Bundestagswahl bei sonst gleich bleibenden Verhältnissen nur minimal schlechter abschneiden oder wäre einfach die Wahlbeteiligung außerhalb von Bayern höher als bei der vergangenen Bundestagswahl, wären weitere gut 2 Millionen Zweitstimmen betroffen.<sup>19</sup> Zudem würde wegen des Erfordernisses der Zweitstimmendeckung der Erststimmen kein einziger der (2021) 45 siegreichen Wahlkreisbewerber der CSU in den Bundestag einziehen. 36,9% der Erststimmenanteile und etwa 31,7% der Zweitstimmenanteile würden sich in genau null Bundestagssitzen niederschlagen.<sup>20</sup> Bei der Bundestagswahl 2013 sind der Fünf-Prozent-Klausel gar 6,8 Millionen Zweitstimmen zum Opfer gefallen, das waren 15,7% aller abgegebenen Zweitstimmen.<sup>21</sup> Bei der Landtagswahl im Saarland 2022 sind sogar mehr als 22% aller Stimmen auf Parteien entfallen, die unterhalb der Sperrklausel verblieben sind; mit nur 43,5% der Stimmen erreichte die SPD eine absolute Mehrheit.<sup>22</sup>

Die Sperrklausel führt also dazu, dass sich die Stimmen von Millionen von Wahlberechtigten (im Saarland mehr als jede fünfte Stimme), die sich durch die Teilnahme an der Wahl aktiv an der Demokratie beteiligen möchten (und sich damit auch von der immer größeren Zahl der Nichtwähler und -wählerinnen absetzen), nicht in Parlamentssitzen niederschlagen. Das ist ein „schwerwiegender Eingriff in die Grundsätze der Wahlrechtsgleichheit und Chancengleichheit der politischen Parteien“<sup>23</sup>, aber auch eine erhebliche Herausforderung für das Anliegen der demokratischen Integration des gesamten Volkes. Im Schrifttum wird diese Einschätzung durchweg geteilt: Für *Hans Meyer* sind Sperrklauseln der „gravierendste Eingriff in das Verfassungsrecht auf gleiche Wahl“<sup>24</sup>, *Christian Waldhoff* sieht in ihnen fast wortgleich „den gravierendsten Eingriff in die Erfolgswertgleichheit in Verhältniswahlssystemen“<sup>25</sup>, und *Hans-Heinrich Trute* bezeichnet sie gleichsinnig als den „schwerwiegendste[n] Eingriff in den Grundsatz der gleichen Wahl“<sup>26</sup>.

---

<sup>19</sup> <https://www.bundeswahlleiterin.de/bundestagswahlen/2021/ergebnisse/bund-99.html>. Abruf 11.09.2023.

<sup>20</sup> [https://de.wikipedia.org/wiki/Bundestagswahl\\_2021](https://de.wikipedia.org/wiki/Bundestagswahl_2021).

<sup>21</sup> BVerfGE 146, 327 Rn. 71.

<sup>22</sup> <https://wahlergebnis.saarland.de/LTW/>. Abruf 11.09.2023

<sup>23</sup> So explizit BVerfGE 129, 300 Ls. 1.

<sup>24</sup> *Meyer*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. III, 3. Aufl. 2005, § 46 Rn. 36.

<sup>25</sup> *Waldhoff*, in: Herdegen/Masing/Poscher/Gärditz (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 2021, § 10 Rn. 85.

<sup>26</sup> *Trute*, in: von Münch/Kunig/Kämmerer/Kotzur (Begr./Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar Bd. 1, 7. Aufl. 2021, Art. 38 Rn. 73.

## **B. Keine verfassungsrechtliche Rechtfertigung des Eingriffs in Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG**

Die Prüfung der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung von § 4 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 BWahlG wird maßgeblich durch mögliche Präjudizien des Bundesverfassungsgerichts geprägt; ihnen und ihrer Gewichtung dient der folgende erste Abschnitt (I.), der die einschlägige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zusammenstellt. Im zweiten Abschnitt wird diese Rechtsprechung dann speziell unter den Gesichtspunkten der verfassungsrechtlichen Prüfungsmaßstäbe und der verfassungsgerichtlichen Kontrollmaßstäbe untersucht (II.). Im dritten Abschnitt werden die Ergebnisse aus den beiden ersten Abschnitten auf die verfassungsrechtliche Beurteilung von § 4 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 BWahlG heruntergebrochen (III.).

### **I. Einschlägige Rechtsprechung**

Die im Folgenden zunächst im Überblick zusammengestellten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts befassen sich unmittelbar (dazu 1.) oder mittelbar (2.) mit Sperrklauseln im Verhältniswahlrecht. In ihrer Ergebnisvielfalt zeigen die Entscheidungen vor allem, dass Sperrklauseln kontextualisiert und daher in einem neuen Wahlsystem auch wieder neu bewertet und gerechtfertigt werden müssen – eine Prüfung, die vor der hier angegriffenen Neuregelung ganz offensichtlich nicht erfolgt ist (3.).

#### **1. Sperrklauseln als unmittelbarer Beschwerdegegenstand**

Es gibt im Wesentlichen sieben Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, die sich unmittelbar mit der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit von Sperrklauseln befassen. Die Rechtsprechung lässt sich zeitlich recht klar in zwei Phasen aufspalten: Während die ersten drei Entscheidungen bis 1979 die zur Prüfung gestellten Sperrklauseln für verfassungsgemäß erachtet haben (dazu a)), beginnt mit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur ersten gesamtdeutschen Wahl 1990 eine Reihe von vier Entscheidungen, die mit einem zunehmend verschärften Prüfungsmaßstab alle Sperrklauseln für verfassungswidrig erklärt haben (b)):

##### **a) Phase 1: Verfassungsmäßigkeit von Sperrklauseln**

- BVerfGE 1, 208 (1952): Gegenstand der Entscheidung war eine Neufassung des Landeswahlgesetzes Schleswig-Holstein. Sie ließ eine Teilnahme am Verhältnisausgleich nur für Parteien zu, für die entweder in mindestens einem Wahlkreis ein Abgeordneter gewählt worden ist oder sofern sie insgesamt 7,5 Prozent der im Lande abgegebenen



gültigen Stimmen erzielt hat. Die Erringung eines Grundmandats oder die Überwindung der Sperrklausel waren also schon hier, vergleichbar mit dem alten § 6 Abs. 3 BWahlG, alternative Zugangshürden. Das Bundesverfassungsgericht hat die 7,5-Prozent-Klausel für verfassungswidrig erklärt, in einem späteren Verfahren aber die Fünf-Prozent-Klausel auch für Parteien nationaler Minderheiten akzeptiert.<sup>27</sup>

- BVerfGE 6, 84 (1957): In dieser Entscheidung ging es erstmals um das Bundestagswahlrecht. Antragstellerin war die Bayernpartei, die sich nicht gegen die bereits bei der ersten Bundestagswahl 1949 geltende Fünf-Prozent-Klausel wandte, sondern dagegen, dass diese bei der Bundestagswahl 1953 nicht mehr auf die Länder, sondern auf das Bundesgebiet bezogen sei. Als alternative Zugangshürde stand für die Bundestagswahl 1953 die Grundmandatsklausel zur Verfügung, die nur ein Mandat erforderte; erst für die Bundestagswahl 1957 erfolgte die Erhöhung auf drei Grundmandate, die bis 2023 Gültigkeit behalten sollte. Das Bundesverfassungsgericht bekräftigt in der Entscheidung, dass ein Quorum von fünf Prozent „nach der allgemeinen Rechtsüberzeugung zur Verhütung der Parteienzersplitterung im Parlament und damit zur Bewahrung der integrierenden Funktion der Wahlen gerechtfertigt“ sei und sieht es vom Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers umfasst, ob er das Quorum auf das gesamte Wahlgebiet oder nur auf den Listenwahlkreis bezieht.<sup>28</sup> Diese Entscheidung ist eine von nur zwei Entscheidungen, deren unmittelbarer Gegenstand die Sperrklausel auf Bundesebene war. Allerdings hat die antragstellende Partei nicht die Sperrklausel selbst in Frage gestellt, sondern nur deren Bezug auf das gesamte Bundesgebiet.
- BVerfGE 51, 222 (1979): Gegenstand der Entscheidung war die Fünf-Prozent-Sperrklausel für die ersten Direktwahlen zum Europäischen Parlament. Das Bundesverfassungsgericht hat diese, anders als in den späteren Entscheidungen, BVerfGE 129, 300 und 135, 259, für verfassungsgemäß erachtet. Die Entscheidung ist insoweit grundlegend als sie die verfassungsrechtliche Legitimität der Sperrklausel erstmals auf den konkreten Aufgabenbereich der zu wählenden Volksvertretung bezieht und sich daher sehr ausführlich mit den (seinerzeit noch sehr begrenzten) Kompetenzen des Europäischen Parlaments auseinandersetzt.<sup>29</sup>

---

<sup>27</sup> BVerfGE 4, 31.

<sup>28</sup> BVerfGE 6, 84 (94f.).

<sup>29</sup> BVerfGE 51, 222 (238ff.).

## b) Phase 2: Verfassungswidrigkeit von Sperrklauseln

- BVerfGE 82, 322 (1990): Gegenstand dieser Entscheidung war die Frage der Verfassungsmäßigkeit der Fünf-Prozent-Klausel unter den besonderen Bedingungen der ersten gesamtdeutschen Wahl. Die besonderen Zeitumstände waren Anlass, die in der früheren Rechtsprechung schon angelegte Relativierung auszubauen, dass die Vereinbarkeit einer Sperrklausel mit dem Grundsatz der Gleichheit der Wahl „nicht ein für allemal abstrakt beurteilt werden könne“, sondern vielmehr „die Verhältnisse des Landes, für das sie gelten soll“, zu berücksichtigen seien.<sup>30</sup> Das Bundesverfassungsgericht hat die auf das gesamte Bundesgebiet bezogene Sperrklausel im Hinblick auf diese besonderen Umstände für verfassungswidrig erklärt. Grundsätzlich unbedenklich sei hingegen eine Regelung, die „nicht auf das gesamte Wahlgebiet bezogen ist, sondern Parteien am Verhältnisausgleich teilnehmen läßt, wenn sie entweder im bisherigen Gebiet der Bundesrepublik Deutschland einschließlich Berlin (West) oder im Gebiet der Deutschen Demokratischen Republik einschließlich Berlin (Ost) fünf Prozent der für ihre Landeslisten abgegebenen Stimmen erreichen.“<sup>31</sup> Selbst dann müsse aber wegen der unterschiedlichen Startbedingungen der im Gebiet der Deutschen Demokratischen Republik zur Wahl antretenden Parteien und politischen Vereinigungen noch die Möglichkeit von Listenvereinigungen für Parteien ermöglicht werden.<sup>32</sup>
- BVerfGE 120, 82 (2008): In dieser Entscheidung ging es erstmals um die Verfassungsmäßigkeit einer Sperrklausel bei Kommunalwahlen, hier in Schleswig-Holstein. Sie wurde für verfassungswidrig erklärt, weil das Bundesverfassungsgericht keine „mit einiger Wahrscheinlichkeit zu erwartende Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der kommunalen Vertretungsorgane“<sup>33</sup> zu erkennen vermochte.

---

<sup>30</sup> BVerfGE 82, 322 Ls. 2.

<sup>31</sup> BVerfGE 82, 322 Ls. 4. b).

<sup>32</sup> BVerfGE 82, 322 Ls. 4. c).

<sup>33</sup> BVerfGE 120, 82 Ls. 1.

- BVerfGE 129, 300 (2011): Das Bundesverfassungsgericht hat in dieser Entscheidung die Fünf-Prozent-Klausel bei Europawahlen mit Blick auf die Kompetenzen des Europäischen Parlaments für verfassungswidrig erklärt. Es handelt sich um die erste Entscheidung in dieser Reihe, die nicht einstimmig ergangen ist.<sup>34</sup>
- BVerfGE 135, 259 (2014): Die Entscheidung betrifft die nach dem Urteil BVerfGE 129, 300 auf 3% abgesenkte Sperrklausel bei Europawahlen, die das Bundesverfassungsgericht aber erneut für verfassungswidrig erklärt hat. Auch diese Entscheidung ist nicht einstimmig ausgefallen.<sup>35</sup>

## 2. Mittelbare Bedeutung der Sperrklausel

Beschwerdegegenstand der beiden folgenden Entscheidungen ist zwar nicht unmittelbar die gesetzliche Sperrklausel; deren verfassungsrechtliche Beurteilung ist für sie aber mittelbar relevant, so dass sie in den Kreis der einschlägigen Präjudizien aufgenommen werden müssen

- BVerfGE 95, 208 (1997): Gegenstand der Entscheidung war die Grundmandatsklausel. Sie wurde verfassungsgerichtlich angegriffen, weil Parteien, die drei Direktmandate errungen hatten, am Verfahren der proportionalen Sitzverteilung beteiligt wurden, solche, die nur ein oder zwei Direktmandate errungen hatten, hingegen nicht. Im Rahmen der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung geht das Bundesverfassungsgericht auf den Zusammenhang zwischen Grundmandats- und Sperrklausel ein. Zwar nehme „jede weitere Zugangsmöglichkeit den durch eine Sperrklausel bewirkten Eingriff in die Wahlgleichheit teilweise zurück“ und schwäche damit die Intensität des Eingriffs ab. Diese „Abmilderung der Intensität einer anderen wahlrechtlichen Differenzierung“ dürfe bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung der mit der Grundmandatsklausel einhergehenden Ungleichbehandlung „mit in Rechnung gestellt werden“<sup>36</sup>. Daraus kann man aber auch schließen, dass der Wegfall einer alternativen Zugangshürde zugleich die Rechtswirkungen der dann noch verbleibenden einzigen Zugangshürde ver-

---

<sup>34</sup> S. das Sondervotum *Di Fabio* und *Mellinghoff* in BVerfGE 129, 300 (346-355). Die Entscheidung ist mit 5:3 Stimmen ergangen, wobei das Ergebnis von einem weiteren Mitglied des Senats aus abweichenden Gründen mitgetragen wurde (S. 346).

<sup>35</sup> S. das Sondervotum *Müller* in BVerfGE 135, 259 (299-312). Die Entscheidung ist mit 5-3 Richterstimmen ergangen (Rn. 84).

<sup>36</sup> Zitate aus BVerfGE 95, 408 (419f.).

schärft. Ebenso wie also die Ungleichbehandlung durch die Grundmandatsklausel gravierender ist, wenn keine Sperrklausel existiert, werden die Rechtswirkungen der Sperrklausel verschärft, wenn – wie vorliegend – die Grundmandatsklausel entfällt.<sup>37</sup>

- BVerfGE 146, 327 (2017): Beschwerdegegenstand auch dieser Entscheidung ist nicht die gesetzliche Sperrklausel selbst, sondern die Bundestagswahl 2013, deren Gültigkeit die Beschwerdeführenden mittels einer Wahlprüfungsbeschwerde angreifen wollten. Es handelt sich um das einzige Präjudiz, das auf eine Wahlprüfungsbeschwerde und nicht auf eine Normen-Verfassungsbeschwerde zurückgeht. Die Verfassungswidrigkeit der Sperrklausel war in diesem besonderen prozessualen Rahmen eine von drei geltend gemachten Gründen für die behauptete Verfassungswidrigkeit der Wahl. Das Bundesverfassungsgericht fasst insoweit zunächst die wesentlichen Maßstäbe seiner Judikatur zur Wahlrechtsgleichheit zusammen<sup>38</sup> und bestätigt seine Rechtsprechung zur Legitimität der Sperrklausel bei Bundestagswahlen.<sup>39</sup> Die Besonderheit dieser Bundestagswahl bestand darin, dass 15,7% der abgegebenen Stimmen aufgrund der Sperrklausel nicht in das Verfahren der proportionalen Sitzverteilung einbezogen wurden. Das Bundesverfassungsgericht sieht darin „eine beachtliche, bisher nicht erreichte Größenordnung“<sup>40</sup> und deutet eine verfassungsrechtliche Neubewertung an, „wenn der sperrklauselbedingte Ausfall an Stimmen einen Umfang erreichte, der die Integrationsfunktion der Wahl [...] beeinträchtigen würde.“ Der Gesetzgeber müsse „die Funktion der Wahl als eines Vorgangs der Integration der politischen Kräfte des gesamten Volkes sicherstellen und zu verhindern suchen, dass gewichtige Anliegen im Volk von der Volksvertretung ausgeschlossen bleiben.“<sup>41</sup> Allerdings könne es für die Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit der gesetzgeberischen Entscheidung nicht auf das Ergebnis einer einzelnen Bundestagswahl ankommen.<sup>42</sup>

---

<sup>37</sup> Zu den Kriterien für die Eingriffsintensität bereits oben A.

<sup>38</sup> BVerfGE 146, 327 Rn. 59-65

<sup>39</sup> BVerfGE 146, 327 Rn. 67.

<sup>40</sup> BVerfGE 146, 237 Rn. 70.

<sup>41</sup> Dieses und das vorhergehende Zitat aus BVerfGE 146, 327 Rn. 71.

<sup>42</sup> BVerfGE 146, 327 Rn. 78.

### 3. Zwischenfazit

#### a) Kategorisierung der Präjudizien

Die Judikatur des Bundesverfassungsgerichts zu Sperrklauseln lässt sich unterschiedlich kategorisieren.

Eine Analyse auf der Zeitschiene ergibt, dass das Bundesverfassungsgericht bis 1990 alle drei zur Prüfung gestellten Sperrklauseln akzeptiert hat, danach bei den folgenden vier Entscheidungen aber keine einzige mehr. Das mag bei der ersten gesamtdeutschen Wahl noch der historischen Singularität der unterschiedlichen Startchancen der Parteien in Ost- und Westdeutschland geschuldet gewesen sein, erklärt sich aber – wie später noch zu zeigen sein wird – mit der Verschärfung des verfassungsgerichtlichen Kontrollmaßstabs als Folge einer Abkoppelung des verfassungsrechtlichen Prüfungsmaßstabs von den für den allgemeinen Gleichheitssatz üblichen Formeln.

Auch eine Analyse, die an den zu wählenden Volksvertretungen ansetzt, ergibt kein eindeutiges Bild. Relativ stabil verfassungswidrig sind Sperrklauseln nur bei Kommunalwahlen. Umgekehrt haben die Landesverfassungsgerichte Sperrklauseln bei Landtagswahlen lange Zeit gehalten;<sup>43</sup> mittlerweile äußert aber der Verfassungsgerichtshof Saarland in einer Entscheidung vom 04.09.2023 Zweifel an den Wirkungen der Sperrklauseln, wenn sie – wie bei der vergangenen Wahl im Saarland – dazu führe, dass 22% der Wählerstimmen von der Fünf-Prozent-Klausel „geschluckt“ werden.<sup>44</sup> Die Sperrklausel bei Europawahlen wurde hingegen 1979 noch als verfassungsgemäß akzeptiert, in späteren Entscheidungen aber nicht mehr. Für Bundestagswahlen wurde sie 1957 zwar noch für verfassungsgemäß erachtet, allerdings mit einem heute nicht mehr verwendeten Prüfungs- und Kontrollmaßstab.<sup>45</sup> Unter den besonderen Umständen 1990 hat das Bundesverfassungsgericht die Sperrklausel nur für den Fall ihrer Regionalisierung akzeptiert. 2017 hat das Bundesverfassungsgericht die Verfassungsmäßigkeit der Sperrklausel bei Bundestagswahlen zwar nochmals bestätigt. Allerdings war Beschwerdegegenstand hier nicht die parlamentsgesetzliche Norm selbst, sondern eine konkrete Bundes-

---

<sup>43</sup> Vgl. die Nachweise in VerfGH Saarland, Urt. v. 18.03.2013, LV 12/12, Rn. 35 (juris).

<sup>44</sup> VerfGH Saarland, Urt. v. 04.09.23, LV 11/22 (bislang nur Pressemitteilung); zur Sperrklausel der Hinweis in [https://www.sr.de/sr/home/nachrichten/politik\\_wirtschaft/verfassungsgerichtshof\\_saarland\\_fuenf\\_prozent\\_huerde\\_landtagswahl\\_wahlpruefungsbeschwerde\\_100.html](https://www.sr.de/sr/home/nachrichten/politik_wirtschaft/verfassungsgerichtshof_saarland_fuenf_prozent_huerde_landtagswahl_wahlpruefungsbeschwerde_100.html) (letzter Abruf: 29.09.2023).

<sup>45</sup> Dazu gleich II. 2.

tagswahl. Verfassungsgerichtlicher Rechtsbehelf war daher nicht die abstrakte Normenkontrolle oder eine Normen-Verfassungsbeschwerde, sondern eine Wahlprüfungsbeschwerde nach Art. 41 Abs. 2 GG, § 48 BVerfGG. Dass das Bundesverfassungsgericht aufgrund des – aus seiner Sicht eher ungewöhnlichen – Ergebnisses einer einzelnen Wahl eine seit über sechs Jahrzehnten bestehende Rechtsnorm nicht für verfassungswidrig erklären wollte, leuchtet ein. Zudem hätte es sich für den Fall, dass es die Sperrklausel für verfassungswidrig gehalten hätte, im Rahmen der Wahlprüfung womöglich nicht darauf beschränken können, eine Rechtsverletzung der wahlberechtigten Personen (§ 48 Abs. 3 Var. 1 BVerfGG) festzustellen. Denn die Sperrklausel hat einen erheblichen und ja auch beabsichtigten Einfluss auf die Mandatsverteilung, was die Frage aufgeworfen hätte, ob dann nicht die gesamte Bundestagswahl 2013 nach § 48 Abs. 3 Var. 2 BVerfGG für nichtig hätte erklärt werden müssen.<sup>46</sup> Daraus erhellt, dass eine einzelne Wahlprüfung kein geeigneter Rechtsbehelf für eine verfassungsgerichtliche Kontrolle wahlrechtlicher Normen ist, die mit der verfassungsrechtlichen Infragestellung einer abstrakt-generellen Rechtsnorm über die einzelne Wahl hinausweist. Wegen dieser prozessualen Besonderheit ist daher die Aussagekraft der Entscheidung aus dem Jahre 2017 begrenzt, soweit sie sich auf die Sperrklausel bezieht. Sie musste schon deshalb gehalten werden, weil es nicht opportun gewesen wäre, am Ende einer Legislaturperiode eine vor vier Jahren abgehaltene Bundestagswahl noch für verfassungswidrig zu erklären.

### **b) Beobachtungs- und Evaluierungspflicht des Gesetzgebers**

Es ließ sich also schon nach altem Recht nicht prognostizieren, wie das Bundesverfassungsgericht vor dem Hintergrund seiner neueren Judikatur über eine Normenkontrolle bzw. Normen-Verfassungsbeschwerde gegen die Sperrklausel im Bundestagswahlrecht entscheiden würde. Schon gar nicht ließ sich prognostizieren, ob die Sperrklausel in dieser Höhe erforderlich ist, um das Ziel funktionsfähiger Volksvertretungen zu sichern. Aber sei es wie es sei: Nachdem nunmehr erstens die die Sperrklausel abmildernde Grundmandatsklausel entfallen ist und sich die Sperrklausel zweitens auch auf die Wahlkreisbewerber auswirkt, besteht eine grundlegend

---

<sup>46</sup> BVerfGE 129, 300 (345) lässt zwar bei Europawahlen den Bestandsschutz überwiegen, weil durch die verfassungswidrige deutsche Sperrklausel nicht die Zusammensetzung des gesamten Europäischen Parlament, sondern nur das deutsche Kontingent beeinflusst wurde. Für Bundestagswahlen ließe sich dieses Argument aber nicht heranziehen, so dass als – schwerwiegende und daher möglichst zu vermeidende – Konsequenz nur die Nichtigerklärung der Wahl geblieben wäre.

neue Rechtslage, die am Maßstab der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bereits den Gesetzgeber zu einer verfassungsrechtlichen Neubewertung verpflichtet hätte:

„Der Gesetzgeber ist verpflichtet, eine die Wahlrechtsgleichheit und die Chancengleichheit berührende Norm des Wahlrechts zu überprüfen und gegebenenfalls zu ändern, wenn die verfassungsrechtliche Rechtfertigung dieser Norm durch neue Entwicklungen in Frage gestellt wird, etwa durch eine Änderung der vom Gesetzgeber vorausgesetzten tatsächlichen oder normativen Grundlagen oder dadurch, dass sich die beim Erlass der Norm hinsichtlich ihrer Auswirkungen angestellte Prognose als irrig erwiesen hat.“<sup>47</sup>

Der Gesetzgeber hat also eine Beobachtungs- und Evaluierungspflicht,<sup>48</sup> die insbesondere zum Tragen kommt, wenn sich die „normativen Grundlagen“ verändert haben. Diesem Auftrag zur Neubewertung unter den Bedingungen eines grundlegend veränderten Wahlrechts ist der Gesetzgeber aber noch nicht einmal ansatzweise nachgekommen. In den Gesetzesmaterialien<sup>49</sup> gibt es keinen einzigen Hinweis darauf, dass er sich bewusst war, dass die Sperrklausel in dem neuen normativen Umfeld eines Verhältniswahlrechts mit einer nur noch abgeschwächten Personenwahl grundlegend anders wirkt als zuvor.<sup>50</sup> Dieses fehlende Problembewusstsein ist auch dadurch verstärkt worden, dass die die Sperrklausel bislang abmildernde Grundmandatsklausel erst kurz vor dem Gesetzesbeschluss des Bundestages gestrichen wurde.<sup>51</sup> Der Änderungsentwurf der Regierungsfaktionen zur Streichung der Grundmandatsklausel wurde erst am 12.03.2023 öffentlich bekannt und am 14.03.2023 in den Fraktionen beraten.<sup>52</sup> Er wurde am folgenden Tag im Innenausschuss beschlossen,<sup>53</sup> ohne dass noch eine weitere Anhörung von Experten und Expertinnen stattgefunden hätte. Die zweite und dritte Lesung erfolgte am 17.03.2023, wobei für die Aussprache eine Dauer von 68 Minuten vereinbart wurde.<sup>54</sup> Nach

---

<sup>47</sup> BVerfGE 135, 259 Rn. 54.

<sup>48</sup> *Morlok*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 3. Aufl. 2015, Art. 38 Rn. 112.

<sup>49</sup> Vgl. den ersten Gesetzentwurf BT-Drucks. 20/5370, wo zumindest schon die Auswirkungen der Zweitstimmendeckung auf die Sperrklausel hätten reflektiert werden können. Auch die Beschlussempfehlung und der Bericht des Ausschusses für Inneres und Heimat (BT-Drucks. 20/6015) enthält keinen Hinweis darauf, dass das Problem überhaupt gesehen wurde.

<sup>50</sup> Auch *S. Schönberger*, NVwZ 2023, 785 die das neue Wahlrecht auf den „Prüfstand der Verfassung“ stellt und es dann einschränkungslos für verfassungsgemäß erklärt, spricht das Problem der neu dimensionierten Sperrklausel noch nicht einmal an.

<sup>51</sup> Die folgende zeitliche Abfolge wurde dem Aufsatz von Groß, NVwZ 2023, 1282 (1283) entnommen; vgl. ferner *Austermann*, NVwZ 2023, 625 (626).

<sup>52</sup> <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/wahlrecht-reform-ampel-koalition-kommentar-prekaere-verhaeltnisse/>.

<sup>53</sup> BT-Drucks. 20/6015.

<sup>54</sup> BT PIPr. 20/92, 11016

ihrem Abschluss wurde der gesamte Gesetzentwurf in namentlicher Abstimmung angenommen.<sup>55</sup> Dieser Ablauf erklärt, dass diese gravierende Änderung in der bereits zuvor durchgeführten Sachverständigenanhörung überhaupt nicht diskutiert, sondern dort nur beiläufig als „politisch unumstritten“<sup>56</sup> bezeichnet wurde – was allerdings auch mit noch geltender Grundmandatsklausel nicht richtig war.

Der Ablauf des Gesetzgebungsverfahrens war daher insgesamt problematisch, weil eine auch nach Ansicht der Beschwerdeführenden verfassungsrechtlich zunächst nicht angreifbare Änderung des Wahlrechts durch die kurzfristige Streichung der Grundmandatsklausel eine tektonische Verschiebung erfahren hat, die offensichtlich zunächst kaum jemand wahrgenommen hat, zumal sich die politische und verfassungsrechtliche Debatte zuvor allein auf das Verfahren der Zweitstimmendeckung konzentriert hatte.

Hier zeigt sich einmal mehr, dass formalisierte Gesetzgebungsverfahren auch für den Grundrechtsschutz von erheblicher Bedeutung sind.<sup>57</sup> In ihm sollen Mehrheit und Minderheit politische Zielkonflikte und divergierende Interessen artikulieren. Daher räumt Art. 76 Abs. 1 GG sowohl der Regierung als auch der Opposition das Recht zur Gesetzesinitiative ein.<sup>58</sup> Die Opposition bleibt auch im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens eine wichtige Akteurin. Sie kann namentlich im Rahmen von Anhörungen in den Ausschüssen (§ 70 GOBT) wissenschaftlichen Sachverstand in den Rechtsetzungsprozess einspeisen und es über Repräsentantinnen und Repräsentanten der Zivilgesellschaft einer kritischen Gegenöffentlichkeit ermöglichen, blinde Flecken im Regelungsprogramm der Parlamentsmehrheit aufzudecken. Das Gesetzgebungsverfahren bürgt auf diese Weise gleichermaßen für Qualität wie für Pluralität; seine Regeln im Grundgesetz und der Geschäftsordnung des Bundestages sind Bedienungsanleitungen für einen gelingenden demokratischen Rechtsstaat. Zu Recht betont daher der 2. Senat des Bundesverfassungsgerichts,

„dass die Verfahrenautonomie die Parlamentsmehrheit nicht von der Beachtung des durch Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG garantierten Status der Gleichheit der Abgeord-

---

<sup>55</sup> BT-Drucks. 20/3520, 16 u. 22.

<sup>56</sup> Deutscher Bundestag, Ausschuss für Inneres und Heimat, Protokoll v. 06.02.2023, S. 114 (= Stellungnahme von *Achenbach/Meinel/Möllers*, Ausschuss-Drucks. 20(4) 171 H)

<sup>57</sup> S. bereits *Kingreen*, NJW 2021, 2766 (2769).

<sup>58</sup> *Kersten* in *Dürig/Herzog/Scholz*, Grundgesetz. Kommentar, Art. 76 [2019] Rn. 2.



neten entbindet und das Abgeordnetenrecht verletzt wird, wenn es bei der Gestaltung von Gesetzgebungsverfahren ohne sachlichen Grund gänzlich oder in substanziellem Umfang missachtet wird.“<sup>59</sup>

Das defizitäre Gesetzgebungsverfahren erklärt, dass die Sperrklausel trotz des nunmehr fehlenden Korrektivs durch die Grundmandatsklausel vor dem Gesetzesbeschluss nicht mehr hinterfragt wurde. Insbesondere fand nach der kurzfristigen Streichung der Grundmandatsklausel keine Sachverständigenanhörung mehr statt. Die Fünf-Prozent-Klausel gehört mit einer frappierenden Selbstverständlichkeit seit nunmehr 66 Jahren zum Inventar des Bundestagswahlrechts, obwohl Gesellschaft und Parteienlandschaft seit 1957 wesentlich pluraler geworden sind und die Bundesrepublik Deutschland auf eine Geschichte von fast 75 Jahren stabiler Regierungsmehrheiten im Bundestag zurückblicken kann. Gleichwohl wurde auch im Frühjahr 2023 nicht eingehender darüber diskutiert, ob die neue Intensität des Eingriffs in ein demokratisches Fundamentalrecht noch in einem angemessenen Verhältnis zu den Zielen des Eingriffs steht. Zu dieser Prüfung hätte auch die Frage gehören können, ob es bei den bisherigen 20 Bundestagswahlen auch nur einmal zu Funktionsgefährdungen des Bundestages gekommen wäre, wenn die Sperrklausel zumindest moderat abgesenkt worden wäre.<sup>60</sup> Wäre eine einzige Bundesregierung seit 1949 anders gebildet worden, wenn statt der Fünf-Prozent- beispielsweise eine Drei-Prozent-Klausel gegolten hätte?<sup>61</sup> Diese Frage muss sich ein Gesetzgeber stellen, der schwerwiegend in die demokratische Gleichheit eingreift, und nicht Beschwerde-führende, die sich gegen diesen Grundrechtseingriff wehren.

Es ist daher zusammenfassend schon verfassungsrechtlich fragwürdig, dass der Gesetzgeber seiner zum Schutz der Wahlrechtsgleichheit etablierten Beobachtungspflicht hinsichtlich der Auswirkungen der Sperrklausel nicht nachgekommen ist und wegen des defizitären Gesetzgebungsverfahrens auch gar nicht nachkommen konnte. Die verfassungsrechtliche Neubewertung muss daher dem Bundesverfassungsgericht überlassen werden. Zur Vorbereitung auf diese Neubewertung werden im Folgenden die verfassungsrechtlichen Prüfungs- und die verfassungsgerichtlichen Kontrollmaßstäbe einer näheren Analyse unterzogen.

---

<sup>59</sup> BVerfG, NVwZ 2023, 1241 Rn. 91.

<sup>60</sup> S. etwa Göbel, DÖV 2023, 569 (575: „...wäre der Wegfall der Grundmandatsklausel als Korrektiv der Sperrklausel ein geradezu prädestinierter Anlass, letztere zu hinterfragen.“) und Rennert, VerfBlog 2023/3/17 („ohne einen Mechanismus, der als notwendiges Bindeglied zwischen regional sensibler Verhältniswahl und Sperrklausel vermittelt, bleibt die Reform in ihrer derzeitigen Gestalt verfassungsrechtlich deutlich angreifbarer als zuvor“).

<sup>61</sup> Dazu noch unten III. 3. b).

## **II. Sperrklauseln: Verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab – verfassungsgerichtlicher Kontrollmaßstab**

Nachfolgend werden die sieben Präjudizien, deren unmittelbarer Prüfungsgegenstand Sperrklauseln waren, einer ausführlicheren Analyse unterzogen, dabei aber ergänzend auch Entscheidungen BVerfGE 95, 408 und BVerfGE 146, 327 herangezogen, die mittelbar relevante Aussagen zur Sperrklausel enthalten. Dabei wird jeweils zunächst auf den im Verlaufe der Rechtsprechung etwas changierenden, grundgesetzlichen Prüfungsmaßstab und sodann und damit zusammenhängend auf die Entwicklung des bundesverfassungsgerichtlichen Kontrollmaßstabs und damit der verfassungsgerichtlichen Kontrolldichte eingegangen.

### **1. BVerfGE 1, 208 (Landtagswahlrecht Schleswig-Holstein 1951)**

a) Die erste einschlägige Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Wahlgesetz für den Landtag in Schleswig-Holstein befasst sich bereits eingehend mit dem Prüfungsmaßstab. Art. 38 GG scheidet aus, weil er nur für Bundestagswahlen gilt.<sup>62</sup> „Da die Wahlrechtsgleichheit aber ein Unterfall der allgemeinen Gleichheit vor dem Gesetz“ sei, könne der allgemeine Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) die Beschwerdebefugnis begründen.<sup>63</sup> Prüfungsmaßstab in der Begründetheit ist dann aber der Grundsatz der Wahlrechtsgleichheit in der Schleswig-Holsteinischen Landessatzung, die das Bundesverfassungsgericht prüfen konnte,<sup>64</sup> weil es insoweit als Landesverfassungsgericht nach Art. 99 GG fungierte. Das Bundesverfassungsgericht sieht in der dort gewährleisteten Gleichheit der Wahl aber nur einen „Anwendungsfall des allgemeinen Gleichheitssatzes“, weshalb „ein Verstoß gegen die Wahlgleichheit auch eine Verletzung des Art. 3 GG“ sei.<sup>65</sup> Erstmals findet sich in dem Urteil die einer Entscheidung des Reichsstaatsgerichtshofs entnommene Unterscheidung zwischen der Zählwertgleichheit und der Erfolgswertgleichheit und die Erkenntnis, dass sich die Frage der zulässigen Differenzierungen bei der Erfolgswertgleichheit nur in Verhältniswahlsystemen stelle.<sup>66</sup>

b) Der Kontrollmaßstab ist, weil schon der Prüfungsmaßstab zwischen allgemeinem Gleichheitssatz und dem Grundsatz der Wahlrechtsgleichheit changiert, etwas diffus. Einerseits ist er durch die kurz zuvor ergangene und explizit aufgegriffene<sup>67</sup> Südweststaat-Entscheidung zu

---

<sup>62</sup> BVerfGE 1, 208 (236).

<sup>63</sup> BVerfGE 1, 208 (237).

<sup>64</sup> BVerfGE 1, 208 (232).

<sup>65</sup> BVerfGE 1, 208 (242).

<sup>66</sup> BVerfGE 1, 208 (244f.).

<sup>67</sup> BVerfGE 1, 208 (247).

Art. 3 Abs. 1 GG geprägt, wonach für Ungleichbehandlungen lediglich „ein vernünftiger, sich aus der Natur der Sache ergebender oder sonst wie sachlich einleuchtender Grund für Differenzierungen beim Erfolgswert“<sup>68</sup> zu suchen sei. Andererseits fordert das Bundesverfassungsgericht aber zunächst einen „zwingende[n] Grund“<sup>69</sup> für Differenzierungen bei der Erfolgswertgleichheit, was tendenziell nach einem strengeren Maßstab klingt. Der Maßstab wird dann aber schon in einer kurze Zeit später ergangenen Entscheidung auf „vernünftige Gründe“<sup>70</sup> umgestellt. Man wird wohl davon ausgehen müssen, dass der Begriff „zwingend“ nicht im Sinne von „alternativlos“ verstanden werden sollte<sup>71</sup> und daher der Kontrollmaßstab insgesamt eher weit und elastisch verstanden wurde.

Zur inhaltlichen Ausfüllung des Kontrollmaßstabs wird schon in dieser Entscheidung die Funktionsfähigkeit des Parlaments ins Zentrum der materiellen Rechtfertigungsprüfung von Sperrklauseln gerückt:

„Die Wahl soll den Staat mit handlungsfähigen Organen versehen, d. h. mit einem Parlament, das nach seinen Mehrheitsverhältnissen fähig ist, eine Regierung zu bilden und sachliche gesetzgeberische Arbeit zu leisten. Von diesem Standpunkt aus hängt die Richtigkeit eines Wahlsystems nicht davon ab, daß es jedem einzelnen Menschen im Staatsleben den gleichen Einfluß verschafft. Es gibt Wahlverfahren, wie die Mehrheitswahl, die als unbedingt demokratisch angesehen werden, bei denen die politischen Anschauungen großer Teile des Volkes im Parlament unvertreten bleiben oder nicht ihrer Stärke gemäß vertreten sind.“<sup>72</sup>

Seinerzeit sah das Bundesverfassungsgericht unter Hinweis auf die seinerzeit herrschende Literatur auch „die Gefahr der Parteizersplitterung als ausreichendes Motiv“<sup>73</sup>; „die Bekämpfung der Splitterparteien“ werde allgemein für zulässig gehalten.<sup>74</sup> Dieses Argument ist im weiteren Verlauf der Rechtsprechung ebenso aus dem Rechtfertigungskontext verschwunden wie der Hinweis auf Mehrheitswahlsysteme, in denen noch eine größere Zahl von Stimmen unberücksichtigt bleibe. Mit diesem Argument hätte das Bundesverfassungsgericht nämlich auch die streitgegenständliche 7,5%-Klausel halten können, was es indes nicht getan hat.

---

<sup>68</sup> BVerfGE 1, 14 (52).

<sup>69</sup> BVerfGE 1, 208 (249, 256).

<sup>70</sup> BVerfGE 4, 31 (39).

<sup>71</sup> In diesem Sinne etwa auch *Drossel*, Wahlsystem und Wahlgleichheit, 2021, S. 96f. und *Lang*, in: Grzeszick/Lang, Wahlrecht als materielles Verfassungsrecht, 2012, S. 78f.

<sup>72</sup> BVerfGE 1, 208 (248).

<sup>73</sup> BVerfGE 1, 208 (249).

<sup>74</sup> BVerfGE 1, 208 (249, 256).

Schon in dieser Entscheidung wurde dem Vergleich mit den Auswirkungen eines Mehrheitswahlrechts also zumindest keine tragende Bedeutung beigemessen.

Breiten Raum nimmt in der Entscheidung schließlich die Analyse aller anderen Wahlgesetze der Länder ein, aus der das Bundesverfassungsgericht „zwei Grundsätze“<sup>75</sup> meint ableiten zu können:

- „a) In der Regel können Wahlgesetze nicht verworfen werden, wenn sie das Quorum nicht über 5 % ansetzen. Es müssten besondere Umstände des Einzelfalles vorliegen, die ein solches Quorum unzulässig machen würden.
- b) Es müssen ganz besondere, zwingende Gründe gegeben sein, um eine Erhöhung des Quorums über den gemeindeutschen Satz von 5% zu rechtfertigen.“<sup>76</sup>

Diese schlanke Feststellung ist zwar insoweit überraschend, als sie die Entscheidung des Parlamentarischen Rats, keine Ermächtigung für eine Sperrklausel im Grundgesetz zu regeln, noch nicht einmal erwähnt<sup>77</sup> – obwohl es außerhalb des Wahlrechts viele Grundsatzentscheidungen aus den ersten Jahrzehnten der Rechtsprechung gibt, die vor allem mit der Entstehungsgeschichte argumentiert haben.<sup>78</sup> Immerhin enthält der erste Grundsatz mit dem Hinweis, dass von ihm aufgrund „besondere[r] Umstände des Einzelfalls“ abgewichen werden könne, eine Öffnung für eine abweichende Beurteilung in der Zukunft. Das Bewusstsein der Zeitgebundenheit seiner Aussagen zeigt das Bundesverfassungsgericht auch, wenn es von „Wertungen, die im Rechtsbewußtsein der konkreten Rechtsgemeinschaft“<sup>79</sup> lebendig seien, spricht sowie von Rechtsüberzeugungen „im gegenwärtigen Zeitpunkt“<sup>80</sup>. Die Sperrklausel war zwar seinerzeit verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, aber das Bundesverfassungsgericht hat schon seinerzeit gesehen, dass sich dies durch die Veränderung innerer Überzeugungen und/oder äußerer Umstände ändern kann.

## **2. BVerfGE 6, 84 (Bundestagswahlrecht 1953)**

a) Der Prüfungsmaßstab dieser Entscheidung ist nicht ganz klar. Auf der einen Seite wird, da erstmals die Sperrklausel im Bundestagswahlrecht Prüfungsgegenstand ist, Art. 38 Abs. 1 S. 1

---

<sup>75</sup> BVerfGE 1, 208 (256).

<sup>76</sup> BVerfGE 1, 208 (256).

<sup>77</sup> Kritisch daher schon *Frowein*, AöR 99 (1974), 73 (90) und *Meyer*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrecht Bd. III, 3. Aufl. 2005, § 46 Rn. 38. Vgl. zu diesem Aspekt noch näher unten III 2. b) aa) (2).

<sup>78</sup> Nur exemplarisch: BVerfGE 6, 32 (37ff.); 39, 1 (38ff.)

<sup>79</sup> BVerfGE 1, 208 (249).

<sup>80</sup> BVerfGE 1, 208 (256).

GG aufgerufen.<sup>81</sup> Auf der anderen Seite wird der Grundsatz der gleichen Wahl aber analog zur Vorgängerentscheidung als „ein Anwendungsfall des allgemeinen Gleichheitssatzes“ bezeichnet, „der als Grundrecht des Einzelnen in Art. 3 Abs. 1 GG garantiert ist, aber darüber hinaus als selbstverständlicher ungeschriebener Verfassungsgrundsatz in allen Bereichen und für alle Personengemeinschaften“ gelte.<sup>82</sup> Diese Aussage wird sogar, anders als diejenige zu Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG, in die Leitsätze aufgenommen.

**b)** Dementsprechend wird beim Kontrollmaßstab auch zunächst auf den allgemeinen Gleichheitssatz rekurriert; dieser fordere nicht, „daß der Gesetzgeber die Einzelnen und ihre relevanten gesellschaftlichen Gruppen unbedingt gleichmäßig behandelt; er läßt Differenzierungen zu, die durch sachliche Erwägungen gerechtfertigt sind.“ Für den Sachbereich der Wahlen sei „nach der geschichtlichen Entwicklung und der demokratisch-egalitären Grundlage des Grundgesetzes davon auszugehen, daß jeder Staatsbürger, der eine in derselben Weise wie der andere, nach seinem individuellen Willen soll bestimmen können, wen er als Volksvertreter wünscht, so daß grundsätzlich die eine Stimme auf das Wahlergebnis rechtlich denselben Einfluß ausüben muß wie die andere.“<sup>83</sup>

Die materielle Rechtfertigungsprüfung bezieht sich erneut auf das Begründungselement, dass Wahlen nicht nur eine „Volksrepräsentation“ schaffen sollen, die ein „Spiegelbild der im Volk vorhandenen politischen Meinungen“ darstellen, sondern „auch ein Parlament als funktionsfähiges Staatsorgan hervorbringen“ sollen:<sup>84</sup>

„Differenzierungen in dem Erfolgswert der Stimmen bei der Verhältniswahl vornehmen und demgemäß die politischen Parteien unterschiedlich behandeln, soweit dies zur Sicherung des Charakters der Wahl als eines Integrationsvorganges bei der politischen Willensbildung des Volkes, im Interesse der Einheitlichkeit des ganzen Wahlsystems und zur Sicherung der mit der Parlamentswahl verfolgten staatspolitischen Ziele unbedingt erforderlich ist.“<sup>85</sup>

Die Erreichung dieser Ziele sah das Bundesverfassungsgericht durch die „Aufspaltung der Volksvertretung in viele kleine Gruppen“ gefährdet, „die die Mehrheitsbildung erschweren oder verhindern würde.“<sup>86</sup> Es machte in diesem Kontext keinen Hehl aus seiner Präferenz für

---

<sup>81</sup> BVerfGE 6, 84 (89).

<sup>82</sup> BVerfGE 6, 84 (91).

<sup>83</sup> BVerfGE 6, 84 (91).

<sup>84</sup> Alle vorstehenden Zitate aus BVerfGE 6, 84 (92).

<sup>85</sup> BVerfGE 6, 84 (92 f.).

<sup>86</sup> BVerfGE 6, 84 (92).

große Parteien, die nicht nur stabiler, sondern auch gemeinwohlorientierter sein sollen und daher besser geeignet für die parlamentarische Arbeit seien:

„Große Parteien erleichtern die Zusammenarbeit innerhalb des Parlaments, weil sie in sich bereits einen Ausgleich zwischen verschiedenen Volkskreisen und deren Anliegen vollziehen. Der unbegrenzte Proporz würde die Möglichkeit schaffen, daß auch solche kleinen Gruppen eine parlamentarische Vertretung erlangen, die nicht ein am Gesamtwohl orientiertes politisches Programm vertreten, sondern im wesentlichen nur einseitige Interessen verfechten. Klare und ihrer Verantwortung für das Gesamtwohl bewußte Mehrheiten im Parlament sind aber für die Bildung einer nach innen und außen aktionsfähigen Regierung und zur Bewältigung der sachlichen gesetzgeberischen Arbeit erforderlich. Es ist also ein aus der Natur des Sachbereichs ‚Wahl der Volksvertretung‘ sich ergebendes und darum eine unterschiedliche Bewertung des Erfolgswertes der Stimmen rechtfertigendes Kriterium, nach der größeren Eignung der Parteien für die Erfüllung der Aufgaben der Volksvertretung zu differenzieren. Mit dieser Begründung dürfen daher sogenannte ‚Splitterparteien‘ bei der Zuteilung von Sitzen in der Verhältniswahl ausgeschaltet werden, um Störungen des Verfassungslebens vorzubeugen.“<sup>87</sup>

Auch in dieser Begründung, die die einzige zu Sperrklauseln im Bundestagswahlrecht ist,<sup>88</sup> tauchen also erneut wahlrechtsfremde Erwägungen wie die historisch fragwürdige Überhöhung der großen Parteien<sup>89</sup> und ihrer Eignung für die parlamentarische Arbeit auf. Immerhin sieht das Bundesverfassungsgericht, dass „für das Staatsleben ‚gefährliche‘ Parteien“ nicht auf diesem Wege, sondern nur durch ein Parteiverbotsverfahren „ausgeschieden“ werden können.<sup>90</sup>

In dieser Entscheidung findet sich zudem erstmals die noch nicht näher hinterlegte Qualifizierung der Wahl als „Integrationsvorgang[.] bei der politischen Willensbildung des Volkes“<sup>91</sup>.

### **3. BVerfGE 51, 222 (Europawahlrecht 1978)**

**a)** Prüfungsmaßstab der Entscheidung ist erneut Art. 3 Abs. 1 GG, was hier – anders als in der zuvor genannten Entscheidung – nachvollziehbar ist, weil Gegenstand des Verfahrens das Wahlrecht zum Europäischen Parlament war, für das Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG nicht gilt. Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG wird aber erwähnt, um die Besonderheit des „Sachbereich[s] der Wahlen“ zu unterstreichen.<sup>92</sup> Zudem wird die Chancengleichheit nach Art. 21 Abs. 1 GG stärker als zuvor profiliert, um den formalen Charakter der Wahlrechtsgleichheit zu unterstreichen:

---

<sup>87</sup> BVerfGE 6, 84 (92).

<sup>88</sup> S. schon oben I.

<sup>89</sup> Dazu unten 2. b) aa) (1).

<sup>90</sup> Alle Zitate aus BVerfGE 6, 84 (92).

<sup>91</sup> BVerfGE 6, 84 (93).

<sup>92</sup> BVerfGE 51, 222 (234).

„Da es heute die Parteien und Wählervereinigungen sind, die die Bürger für die Wahlen zu politischen Handlungseinheiten organisatorisch zusammenschließen, hat die Formalisierung des Gleichheitssatzes im Bereich der politischen Willensbildung des Volkes ferner zur Folge, daß auch der Grundsatz der gleichen Wettbewerbschancen der politischen Parteien und Wählervereinigungen in dem gleichen Sinne formal verstanden werden muß [...]. Die öffentliche Gewalt muß, wenn sie den Bereich der politischen Willensbildung bei Wahlen in einer Weise regelt, daß dadurch die Chancengleichheit der politischen Parteien und Wählervereinigungen verändert werden kann, sich gegenwärtig halten, daß ihrem Ermessen in diesem Bereich besonders enge Grenzen gezogen sind und daß ihr grundsätzlich jede verschiedene Behandlung der Parteien und Wählergruppen verfassungskräftig versagt ist.“<sup>93</sup>

**b)** Obwohl mit Art. 21 Abs. 1 und 38 Abs. 1 S. 1 GG zwei besondere Gleichheitssätze in den Kanon der Prüfungsmaßstäbe aufgenommen wurden, rahmt der allgemeine Gleichheitssatz den Kontrollmaßstab: „Sachliche Erwägungen“ sollen grundsätzlich ausreichend sein; das Ausmaß der zulässigen Differenzierungen richte sich nach der Natur des jeweils in Frage stehenden Sachbereichs. Wahlen werden lediglich als „Sachbereich“ des allgemeinen Gleichheitssatzes angesehen. Aufbauend auf dem Zusammenhang zwischen Wahlrechts- und Parteiengleichheit wird dann aber der egalitäre Charakter der Demokratie deutlicher als zuvor betont.<sup>94</sup> Aus ihm wird abgeleitet,

„daß dem Gesetzgeber bei der Ordnung des Wahlrechts zu politischen Körperschaften nur ein eng bemessener Spielraum für Differenzierungen verbleibt. In diesem Bereich bedürfen Differenzierungen stets eines besonderen, rechtfertigenden, zwingenden Grundes.“<sup>95</sup>

Dieser „zwingende Grund“ bleibt allerdings der gleiche wie zuvor der „vernünftige Grund“<sup>96</sup>: die „Funktionsfähigkeit der zu wählenden Volksvertretung“, die mit den Geboten „des grundsätzlich gleichen Erfolgswertes aller Wählerstimmen sowie der gleichen Wettbewerbschancen der politischen Parteien und Wählervereinigungen im Rahmen der Verhältniswahl gegeneinander abgewogen“ werden müssten.<sup>97</sup> Allerdings hat der Aspekt der „Funktionsfähigkeit der zu wählenden Volksvertretung“ von Vornherein ein deutliches Übergewicht, das das Ergebnis vorwegnimmt. Wie schon in den früheren Entscheidungen wird bei Kleinparteien vermutet,

---

<sup>93</sup> BVerfGE 51, 222 (235).

<sup>94</sup> BVerfGE 51, 222 (234).

<sup>95</sup> BVerfGE 51, 222 (235).

<sup>96</sup> BVerfGE 4, 31 (39).

<sup>97</sup> BVerfGE 51, 222 (236).

dass sie „nicht ein am Gesamtwohl orientiertes politisches Programm, sondern im wesentlichen nur einseitige Interessen vertreten“ und daher nicht in der Lage sind, politische Verantwortung zu übernehmen:

„Klare und ihrer Verantwortung für das Gesamtwohl bewußte Mehrheiten in einer Volksvertretung sind aber für eine Bewältigung der ihr gestellten Aufgaben unentbehrlich.“<sup>98</sup>

In diesem Zusammenhang führt das Bundesverfassungsgericht erneut den Topos der Wahl als „eines Integrationsvorganges bei der politischen Willensbildung“<sup>99</sup> ein. Dieser soll hier Differenzierungen hinsichtlich der Erfolgswertgleichheit rechtfertigen. Das ist einigermaßen kontraintuitiv, denn die Sperrklausel integriert nicht, sondern schließt den Einfluss von Wählern und Wählerinnen, die sich für Kleinparteien entscheiden, auf die Zusammensetzung des Parlaments aus. Das Integrationsargument wird daher teilweise so gewendet, dass eine Wahl sicherstellen solle, dass im Parlament „alle relevanten, aber auch nur die relevanten politischen Kräfte vertreten sind.“<sup>100</sup> Das kehrt aber das demokratische Prinzip glatt um, denn über die Relevanz politischer Kräfte entscheidet nicht der staatliche Gesetzgeber, sondern der Wähler und die Wählerin: „Integration durch Wahlen eines einheitlichen Staatsvolks entsteht [...] durch Gleichbehandlung aller Wähler. Integration durch Ungleichbehandlung ist ein demokratischer Selbstwiderspruch.“<sup>101</sup> Das Anliegen der „Integration des Staatsvolks“ ist also jedenfalls im Kontext der Sperrklausel diffus. Es ist daher wenig verwunderlich, dass das Bundesverfassungsgericht in einer späteren Entscheidung „keine Hemmung [hat], das Integrationsargument für das Gegenteil in Anspruch zu nehmen“<sup>102</sup>, indem es in ein Spannungsverhältnis zur Funktionsfähigkeit des Parlaments gestellt wird.<sup>103</sup> Später wird dann aber erneut ein „Zusammenhang“<sup>104</sup> zwischen beiden behauptet.<sup>105</sup>

Aufgrund seiner Präferenz für stabile, vermeintlich allein gemeinwohlorientierte Mehrheiten bleibt das Bundesverfassungsgericht daher bei seinen beiden Grundsätzen aus BVerfGE 1,

---

<sup>98</sup> Dieses und das vorstehende Zitat aus BVerfGE 51, 222 (236).

<sup>99</sup> BVerfGE 51, 222

<sup>100</sup> So Wild, Die Gleichheit der Wahl. Dogmengeschichtliche und systematische Darstellung, 2003, S. 179.

<sup>101</sup> Wahl, NJW 1990, 2585 (2590).

<sup>102</sup> Meyer, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrecht Bd. III, 3. Aufl. 2005, § 46 Rn. 39 Fn. 145.

<sup>103</sup> BVerfGE 95, 408 (421): „Die Grundmandatsklausel dient dem von der Verfassung legitimierten Zweck des Ausgleichs teils gegenläufiger Ziele, nämlich ein funktionsfähiges Parlament zu schaffen und eine effektive Integration des Staatsvolkes zu bewirken.“

<sup>104</sup> BVerfGE 146, 327 Rn. 62.

<sup>105</sup> Zum Verhältnis zwischen diesen beiden Argumentationstopoi noch näher unten III. 1. b).



208: Auf der einen Seite sei ein Quorum von fünf Prozent „in aller Regel [...] verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden“, wenn nicht „besondere Umstände des Einzelfalles vorliegen“. Auf der anderen Seite müssten „ganz besondere, zwingende Gründe gegeben sein, um eine Erhöhung des Quorums über 5% hinaus zu rechtfertigen.“<sup>106</sup>

Erstmals wird aber der „zwingende Grund“ in den Kontext des „Aufgabenkreis[es] der zu wählenden Volksvertretung“ gestellt. Der Deutsche Bundestag und die Landtage hätten in erster Linie „Aufgaben der Gesetzgebung und der Regierungsbildung“, während die Kommunalvertretungen vor allem durch Selbstverwaltungsaufgaben geprägt seien.<sup>107</sup> Die Organisation und Arbeitsweise des Europäischen Parlaments unterschieden sich „nicht wesentlich von derjenigen der nationalen Parlamente der Mitgliedstaaten“.<sup>108</sup> Es sei wegen seiner heterogenen Zusammensetzung sogar „in noch stärkerem Maße als bei einem nationalen Parlament von dem Vorhandensein großer, durch gemeinsame politische Zielsetzungen verbundener Gruppen von Abgeordneten“ abhängig.<sup>109</sup> Deshalb sei auch insoweit bei Wahlen eine Sperrklausel gerechtfertigt.<sup>110</sup>

#### **4. BVerfGE 82, 322 (Bundestagswahlrecht 1990)**

a) Prüfungsmaßstab ist hier erstmals Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG. Das Bundesverfassungsgericht beruft sich insoweit zwar auf die Vorgängerentscheidung BVerfGE 51, 222.<sup>111</sup> Diese hatte den Grundsatz der Wahlrechtsgleichheit aber noch als „Sachbereich“ des allgemeinen Gleichheitssatzes angesehen. Erst in dieser Entscheidung wird also Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG prüfungstechnisch verselbständigt und vom allgemeinen Gleichheitssatz auch hinsichtlich den für diesen geltenden Kontrollformeln emanzipiert.<sup>112</sup>

Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG wird, insoweit in zutreffender Anlehnung an die vorhergehende Entscheidung zur Sperrklausel bei Europawahlen, wiederum mit Art. 21 Abs. 1 GG verbunden, weil Beschwerdeführerin eine politische Partei war. Der Zusammenhang zwischen Wahlrechts- und Parteiengleichheit wird hier sogar noch grundsätzlicher begründet als in der Vorgängerentscheidung:

---

<sup>106</sup> BVerfGE 55, 222 (237).

<sup>107</sup> BVerfGE 51, 222 (237).

<sup>108</sup> BVerfGE 51, 222 (245).

<sup>109</sup> BVerfGE 51, 222 (247).

<sup>110</sup> BVerfGE 51, 222 (249ff.).

<sup>111</sup> BVerfGE 82, 322 (337).

<sup>112</sup> S. aber auch gleich noch unten 5. zu BVerfGE 120, 82.

„Die Demokratie kann nicht funktionieren, wenn nicht die Parteien grundsätzlich unter gleichen rechtlichen Bedingungen in den Wahlkampf eintreten.“<sup>113</sup>

**b)** Auch hinsichtlich der Kontrollmaßstäbe knüpft das Urteil zunächst weitgehend an die Vorgängerentscheidung an. Sie baut aber den schon in der ersten Entscheidung BVerfGE 1, 208 angelegten Aspekt der Vorläufigkeit der verfassungsrechtlichen Einschätzung der Sperrklausel erheblich aus:

„Indessen hat das Bundesverfassungsgericht schon früh betont, daß die Vereinbarkeit einer Sperrklausel mit dem Grundsatz der Gleichheit der Wahl nicht ein für allemal abstrakt beurteilt werden kann. Eine Wahlrechtsbestimmung könne in dem einen Staat zu einem bestimmten Zeitpunkt gerechtfertigt sein und in einem anderen Staat oder zu einem anderen Zeitpunkt nicht; bei ihrem Erlaß seien die Verhältnisse des Landes, für das sie gelten solle, zu berücksichtigen (vgl. BVerfGE 1, 208 [259]; s.a. BVerfGE 51, 252 [236f.]). Daran wird festgehalten: Eine gegenüber der herkömmlichen abweichende Beurteilung der Sperrklausel kann sich danach – sei es auch nur vorübergehend – als notwendig erweisen, wenn sich innerhalb des Staates die Verhältnisse wesentlich ändern, etwa durch eine kurzfristig vor der Wahl eintretende erhebliche Erweiterung des räumlichen Geltungsbezugs des Wahlgesetzes um ein Gebiet von anderer Parteienstruktur.“<sup>114</sup>

Die Wendung „nicht ein für alle Mal“ bezieht sich hier auf besondere historische Umstände; sie wird aber im weiteren Verlauf der Rechtsprechung auch herangezogen, um Sperrklauseln wegen des vom Bundestag abweichenden Aufgabenbereichs anderer Volksvertretungen für verfassungswidrig zu erklären.

Das Bundesverfassungsgericht schließt zwar trotz der besonderen Umstände nicht grundsätzlich aus, dass der Gesetzgeber eine Sperrklausel vorsehen darf.<sup>115</sup> Dennoch ist diese Entscheidung zumindest im Ergebnis eine Zäsur, denn nach ihr hat das Bundesverfassungsgericht keine unmittelbar zur Prüfung gestellte Sperrklausel mehr akzeptiert, sondern sie in Bezug auf Bundestagswahlen lediglich noch mittelbar bestätigt.<sup>116</sup> Die Zäsur hinsichtlich der Prüfungs- und Kontrollmaßstäbe bildet erst die im Folgenden zu analysierende Entscheidung BVerfGE 120, 82.

---

<sup>113</sup> BVerfGE 82, 322 (337).

<sup>114</sup> BVerfGE 82, 322 (338f.).

<sup>115</sup> BVerfGE 82, 322 (347).

<sup>116</sup> BVerfGE 146, 327.

## 5. BVerfGE 120, 82 (Gemeinde- und Kreiswahlrecht Schleswig-Holstein 2006)

a) Der Prüfungsmaßstab (und überhaupt die Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts) ist, wie schon in der Ausgangsentscheidung BVerfGE 1, 208, durch die Besonderheit geprägt, dass das Bundesverfassungsgericht seinerzeit in Schleswig-Holstein immer noch als Landesverfassungsgericht (Art. 99 GG) fungierte. Die Landesverfassung enthält aber, anders als die erste Landessatzung, die für BVerfGE 1, 208 maßgeblich war, in ihrem Art. 3 nur noch eine Inkorporationsklausel, die alle Grundrechte des Grundgesetzes zum unmittelbaren Bestandteil der Landesverfassung erklärt. Daher greift das Bundesverfassungsgericht für die Auslegung der Wahlrechtsgleichheit auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG zurück.<sup>117</sup> Später wird in Übereinstimmung mit der bisherigen Rechtsprechung Art. 21 Abs. 1 GG hinzugezogen, um den verschärften Kontrollmaßstab zu begründen.<sup>118</sup>

Die Entscheidung beschreitet mit der Emanzipation des Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG vom allgemeinen Gleichheitssatz den Weg weiter, der bereits in BVerfGE 82, 322 präpariert worden war.<sup>119</sup> Nach dieser Entscheidung zur ersten gesamtdeutschen Wahl hatte das Bundesverfassungsgericht Abschied vom Verständnis der Wahlrechtsgleichheit als „Sachbereich“ des allgemeinen Gleichheitssatzes genommen. In der 1998 ergangenen Entscheidung zum Wahlvorschlagsrecht bei Kommunalwahlen in Bayern hatte es das Verhältnis zwischen den Wahlrechtsgrundsätzen in Art. 28 Abs. 1 S. 2 und 38 Abs. 1 S. 1 GG grundlegend neu geordnet. Bislang habe es die Grundsätze der Allgemeinheit und Gleichheit der Wahl als Anwendungsfälle des allgemeinen Gleichheitssatzes angesehen und hieraus gefolgert, dass „Verletzungen dieser Wahlrechtsgrundsätze bei politischen Wahlen in den Ländern über Art.3 Abs.1 GG mit der Verfassungsbeschwerde gerügt werden können.“<sup>120</sup> Daran möchte es explizit nicht mehr festhalten, was nicht zur Folge hatte, dass für das Wahlverfassungsrecht in den Ländern seither die Landesverfassungsgerichte zuständig sind (sofern es diese anders als noch in BVerfGE 120, 82 gibt, Art. 99 GG), weil es auf Bundesebene kein rügefähiges Recht gibt, sondern auch, dass die elastischeren Kontrollmaßstäbe des allgemeinen Gleichheitssatzes durch die streng-formalen Anforderungen der demokratischen Gleichheit ersetzt wurden.

---

<sup>117</sup> BVerfGE 120, 82 (102).

<sup>118</sup> BVerfGE 120, 82 (104).

<sup>119</sup> Zur Entwicklung näher *Drossel*, Wahlsystem und Wahlgleichheit, 2021, S. 78ff.

<sup>120</sup> BVerfGE 99, 1 (8ff.).

**b)** Diese Veränderung des Prüfungsmaßstabs erklärt daher auch den verschärften Kontrollmaßstab, der in dieser Entscheidung erstmals verwendet wird.

Diese Veränderung betrifft zum einen das Wahlsystem selbst. Das Bundesverfassungsgericht hält zwar daran fest, dass der Gesetzgeber grundsätzlich über dieses befinden dürfe. Allerdings betont es schon insoweit deutlicher als zuvor, dass dieser Spielraum nicht unbegrenzt sei. Der Gesetzgeber sei verpflichtet, „das ausgewählte Wahlsystem ungeachtet verschiedener Ausgestaltungsmöglichkeiten in seinen Grundelementen folgerichtig zu gestalten, und er darf keine strukturwidrigen Elemente einführen“.<sup>121</sup>

Zum anderen justiert diese Entscheidung den Kontrollmaßstab hinsichtlich der Sperrklausel neu. Die Verschärfung folgt aus der Kombination der Wahlrechts- mit der Chancengleichheit:

„Wenn die öffentliche Gewalt in den Parteienwettbewerb in einer Weise eingreift, die die Chancen der politischen Parteien verändern kann, sind ihrem Ermessen daher besonders enge Grenzen gezogen.“<sup>122</sup>

Die Einbeziehung der Chancengleichheit in die Wahlrechtsgleichheit und das damit verknüpfte Postulat eines fairen Parteienwettbewerbs erklärt, dass das Bundesverfassungsgericht in dieser Entscheidung erstmals deutlich die Gefahr der „Gesetzgebung in eigener Sache“<sup>123</sup> artikuliert. Bei der Wahlgesetzgebung bestehe

„die Gefahr, dass die jeweilige Parlamentsmehrheit sich statt von gemeinwohlbezogenen Erwägungen vom Ziel des eigenen Machterhalts leiten lässt“.<sup>124</sup>

Chancen- und Wahlrechtsgleichheit sollen daher im Verbund verhindern, dass die Mehrheit in der Volksvertretung ihre Macht nutzt, das Wahlrecht zu Lasten von Parteien zuzuschneiden, die dort die Minderheit bilden. Der konkrete Fall bot insoweit allerdings weniger Anlass als ihn vorhergehende geboten hätten, denn Adressat dieser Mahnung war ein Landesgesetzgeber, der Gegenstand des Verfahrens hingegen waren kommunale Wahlen.<sup>125</sup>

---

<sup>121</sup> BVerfGE 120, 82 (103f.).

<sup>122</sup> BVerfGE 120, 82 (105).

<sup>123</sup> Lang, Gesetzgebung in eigener Sache, 2007, S. 16ff. und passim mit dem Hinweis auf die notwendige differenzierte Betrachtung des Phänomens.

<sup>124</sup> BVerfGE 120, 82 (113).

<sup>125</sup> Generell kritisch zur fehlenden Differenzierung zwischen unmittelbarer und allenfalls mittelbarer Betroffenheit das spätere Sondervotum Müller, BVerfGE 135, 259 (303f.) sowie zuvor schon Grzeszick, EuR 2012, 666 (673).

Mit der Gefahr, dass die jeweilige Parlamentsmehrheit sowohl „rule-maker“ als auch „rule-taker“ ist,<sup>126</sup> rechtfertigt es das Bundesverfassungsgericht ebenfalls erstmals, dass der Gesetzgeber qualifizierten Anforderungen hinsichtlich der Annahme unterliege, dass die Sperrklausel die Funktionsfähigkeit der zu wählenden Volksvertretung rechtfertige. Die Ausgestaltung dieses Schutzes unterliege „einer strikten verfassungsgerichtlichen Kontrolle“:

„Der Gesetzgeber darf daher nicht frei darüber befinden, von welchem Wahrscheinlichkeitsgrad an er Funktionsstörungen in Betracht ziehen will. Andernfalls würde eine gerichtliche Kontrolle gesetzgeberischer Prognoseentscheidungen, einschließlich deren tatsächlicher Grundlagen, unmöglich gemacht. Danach kann jedenfalls die allgemeine und abstrakte Behauptung, durch den Wegfall der Fünf-Prozent-Sperrklausel werde der Einzug kleinerer Parteien und Wählergemeinschaften in die kommunalen Vertretungsorgane erleichtert und dadurch die Willensbildung in diesen Organen erschwert, einen Eingriff in die Grundsätze der Wahlgleichheit und der Chancengleichheit nicht rechtfertigen.“<sup>127</sup>

Daher könne, so der von nun an geltende Maßstab,

„nur die mit einiger Wahrscheinlichkeit zu erwartende Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit“<sup>128</sup>

der Vertretungsorgane kann die Sperrklausel rechtfertigen.

Die Verpflichtung des Gesetzgebers, die Funktionsfähigkeit der zu wählenden Volksvertretung nicht nur einfach zu behaupten, sondern den Grad der Wahrscheinlichkeit einer Gefährdung zu spezifizieren, bezieht sich auf den konkreten Zeitpunkt der Beurteilung und auf den konkreten Aufgabenbereich der Volksvertretung. Insoweit kann das Bundesverfassungsgericht insbesondere darauf verweisen, dass hauptamtliche Bürgermeister und Landräte nicht von den kommunalen Volksvertretungen, sondern vom Volk direkt gewählt werden.<sup>129</sup>

Die Entscheidung bildet also auch was den Kontrollmaßstab angeht eine Zäsur. Zwar erfolgt in der Entscheidung keine ausdrückliche Distanzierung von den bisherigen Kontrollmaßstäben.<sup>130</sup> Vielmehr folgt die Argumentation der üblichen Strategie des Bundesverfassungsgerichts, die Rechtsprechung dosiert fortzuschreiben und damit zumindest den Anschein der

---

<sup>126</sup> *Krumm*, ZPol 3/2013, 393 (419).

<sup>127</sup> BVerfGE 120, 82 (113f.).

<sup>128</sup> BVerfGE 120, 82 (114).

<sup>129</sup> BVerfGE 120, 82 (116).

<sup>130</sup> Das ermöglicht es BVerfGE 146, 327 Rn. 75, Zweifel daran anzudeuten, ob der Prüfungsmaßstab überhaupt verschärft wurde.

Kontinuität zu wahren.<sup>131</sup> Im Schrifttum wird in der neuen Formel aber allgemein eine (teilweise auch kritisierte) „Verschärfung unter der Hand“ gesehen.<sup>132</sup> Denn es reicht nun nicht mehr, den allgemein als „zwingend“ im Sinne der früheren Rechtsprechung angesehenen Rechtfertigungsgrund des Schutzes der Funktionsfähigkeit des Vertretungsorgans zu benennen, sondern es werden qualifizierte Anforderungen an das Wahrscheinlichkeitsurteil gestellt. Auch die Tonalität hat sich verändert: Alle früheren Aussagen zu „ihrer Verantwortung für das Gesamtwohl bewußte[n] Mehrheiten“<sup>133</sup> und zu vermeintlich nicht gemeinwohlorientierten Kleinparteien werden in dieser und auch keiner späteren Entscheidung wieder aufgegriffen. Zwischen 1979 und 2008 waren Gesellschaft und Parteienlandschaft pluralistischer geworden, so dass die Homogenitätserwartungen, die bis BVerfGE 51, 222 noch an die früheren großen Volksparteien geknüpft worden waren, aus der Zeit gefallen waren.

## **6. BVerfGE 129, 300 (Europawahlrecht 2008)**

**a)** Prüfungsmaßstab der Entscheidung ist Art. 3 Abs. 1 GG „in seiner Ausprägung als Gebot formaler Wahlgleichheit.“<sup>134</sup> Das Bundesverfassungsgericht ergänzt den Grundsatz der Wahlrechtsgleichheit auch hier durch denjenigen der Chancengleichheit der Parteien (Art. 21 Abs. 1 GG) und für sonstigen Vereinigungen, die es insoweit aus Art. 3 Abs. 1 GG ableitet.<sup>135</sup>

**b)** Auch hinsichtlich des Kontrollmaßstabs wahrt die Entscheidung Kontinuität zum vorangegangenen Urteil zur Sperrklausel bei Kommunalwahlen. Aus den bereits in BVerfGE 120, 82 herausgearbeiteten Gründen betont es, dass dem Gesetzgeber für Differenzierungen im Rahmen der Wahlrechtsgleichheit „nur ein eng bemessener Spielraum“ bleibe.<sup>136</sup>

Mit der Rolle des Europäischen Parlaments im unionsrechtlichen Gewaltengefüge begründet es sodann ausführlich, dass die Sperrklausel unverhältnismäßig sei.<sup>137</sup> Damit weicht es von der früheren Entscheidung BVerfGE 51, 222 ab, ohne allerdings diese Abweichung explizit zu machen. Das Minderheitsvotum kritisiert das wie folgt:

„Hat das Bundesverfassungsgericht noch im Jahr 1979 die Fünf-Prozent-Sperrklausel für die Europawahl als gerechtfertigt angesehen (BVerfGE 51, 222), so hält der Senat heute trotz abnehmender praktischer Wirkung der Sperrklausel [...] und

---

<sup>131</sup> BVerfGE 146, 327

<sup>132</sup> Krit. Schönberger, JZ 2012, 80 (83); ferner etwa Grzeszick, EuR 2012, 666 (673).

<sup>133</sup> So noch BVerfGE 51, 222 (236).

<sup>134</sup> BVerfGE 129, 300 (317).

<sup>135</sup> BVerfGE 129, 300 (319).

<sup>136</sup> BVerfGE 129, 3033 (322).

<sup>137</sup> BVerfGE 129, 300 (324ff.).

trotz beträchtlicher Kompetenzzuwächse sowie einer deutlich gestiegenen politischen Bedeutung des Europaparlaments [...] die Sperrklausel für nicht mehr gerechtfertigt, ohne dass hinreichend offengelegt wird, inwieweit sich die Maßstäbe der Beurteilung verändert haben.“<sup>138</sup>

In der Tat ist es sachlich nur schwer zu erklären, dass 1979 ein noch schwaches Europäisches Parlament den Schutz der Sperrklausel vermeintlich brauchte, während ein durch den Lissabonner Reformvertrag erheblich gestärktes Europäisches Parlament sie nun nicht mehr benötigt.

Das Minderheitsvotum zeigt aber auch auf, dass sich die Maßstäbe mit dem Urteil BVerfGE 120, 82 verändert (und zwar verschärft) haben. Es reicht nicht mehr die Gefahr der Funktionsbeeinträchtigung des Parlaments, um die Sperrklausel zu rechtfertigen, sondern erforderlich ist nun eine durch die tatsächlichen Verhältnisse begründbare drohende Funktionsunfähigkeit.<sup>139</sup>

Die Entscheidung BVerfGE 51, 222 mitsamt der dort noch gerechtfertigten Sperrklausel für Europawahlen ist damit nicht nur im Ergebnis, sondern auch hinsichtlich der Maßstäbe obsolet. Während dort noch die Gefährdung von stabilen und vermeintlich gemeinwohlorientierten Mehrheiten durch Kleinparteien in den Mittelpunkt der Argumentation gestellt wurde, heißt es nun treffend:

„Es ist nicht Aufgabe der Wahlgesetzgebung, die Bandbreite des politischen Meinungsspektrums – etwa im Sinne besserer Übersichtlichkeit der Entscheidungsprozesse in den Volksvertretungen – zu reduzieren.“<sup>140</sup>

## **7. BVerfGE 135, 259 (Europawahlrecht 2013)**

Die Entscheidung bestätigt im Wesentlichen die Prüfungs- und Kontrollmaßstäbe des vorangegangenen Urteils zur Fünf-Prozent-Klausel bei Europawahlen.

Erwähnenswert ist daher allein das Sondervotum des Richters Müller, das einen Dissens hinsichtlich des Verständnisses des Kontrollmaßstabs belegt. Müller hält der Senatsmehrheit vor, „zu hohe Anforderungen an die Feststellung einer Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit

---

<sup>138</sup> BVerfGE 129, 300 (346f.).

<sup>139</sup> So die Kritik im Minderheitsvotum BVerfGE 129, 300 (353) an der Senatsmehrheit.

<sup>140</sup> BVerfGE 129, 300 (340).

des Europäischen Parlaments zur Rechtfertigung eines Eingriffs in die Grundsätze der Wahlrechtsgleichheit und Chancengleichheit“ zu stellen.<sup>141</sup> Er versteht die seit BVerfGE 120, 82 gebräuchliche Anforderung der „mit einiger Wahrscheinlichkeit zu erwartende[n] Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der Vertretungsorgane“ im Sinne eines „Korridors zwischen der rein theoretischen Möglichkeit und dem sicheren Eintritt einer Funktionsbeeinträchtigung“ . Stütze der Gesetzgeber „seine Entscheidung auf nachvollziehbare tatsächliche Umstände“ und leite daraus „in vertretbarer Weise eine Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit des Vertretungsorgans ab“, handele er in Wahrnehmung seines Auftrages zur Ausgestaltung des Wahlrechts.<sup>142</sup>

Das Sondervotum zeigt, dass auch im Bundesverfassungsgericht von einer Veränderung des Kontrollmaßstabs ausgegangen wird. Allerdings versucht *Müller* ebenso subkutan zum alten Maßstab zurückzukehren wie der Senat die neue Kontrollformel in BVerfGE 120, 82 eingeführt hatte. Denn die gerichtliche Kontrolle, ob die Funktionsfähigkeit des Vertretungsorgans ohne Sperrklausel tatsächlich mit einiger Wahrscheinlichkeit gefährdet wäre, ist etwas anderes als die Kontrolle, ob die Einschätzung des Gesetzgebers vertretbar ist. Tatsächlich kritisiert Müller also nicht die Handhabung des Kontrollmaßstabs durch die Senatsmehrheit, sondern er kritisiert den Maßstab selbst.

### **III. Keine verfassungsrechtliche Rechtfertigung von § 4 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 BWahlG**

Nachfolgend werden die einschlägigen Präjudizien und die in ihnen entwickelten Prüfungs- und Kontrollmaßstäbe auf die Frage der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung von § 4 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 BWahlG heruntergebrochen. Aus den Präjudizien ergibt sich zunächst, dass Eingriffe in die Grundsätze der Wahlrechtsgleichheit (Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG) und der Chancengleichheit der Parteien (Art. 21 Abs. 1 GG) grundsätzlich gerechtfertigt werden können, dass dafür aber besonders strenge Kontrollmaßstäbe gelten:

„Der Grundsatz der Wahlrechtsgleichheit und die Chancengleichheit der Parteien unterliegen keinem absoluten Differenzierungsverbot. Allerdings folgt aus dem formalen Charakter der Wahlrechtsgleichheit und der Chancengleichheit der Parteien, dass dem Gesetzgeber bei der Ordnung des Wahlrechts nur ein eng bemessener Spielraum für Differenzierungen verbleibt. Bei der Prüfung, ob eine Differenzierung innerhalb der Wahlrechtsgleichheit gerechtfertigt ist, ist grundsätzlich ein strenger Maßstab anzulegen [...]. Differenzierungen bedürfen zu ihrer Recht-

---

<sup>141</sup> BVerfGE 135, 259 (299f.).

<sup>142</sup> BVerfGE 135, 259 (303).



fertigung stets eines besonderen, sachlich legitimierten Grundes [...]. Das bedeutet nicht, dass sich die Differenzierung als von Verfassungs wegen notwendig darstellen muss. Differenzierungen im Wahlrecht können vielmehr auch durch Gründe gerechtfertigt werden, die durch die Verfassung legitimiert und von einem Gewicht sind, das der Wahlrechtsgleichheit die Waage halten kann [...].<sup>143</sup>

Entscheidender Kontrollmaßstab für die verfassungsrechtliche Rechtfertigung ist damit der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit:

„Differenzierende Regelungen müssen zur Verfolgung ihrer Zwecke geeignet und erforderlich sein. Ihr erlaubtes Ausmaß richtet sich daher auch danach, mit welcher Intensität in das – gleiche – Wahlrecht eingegriffen wird.“<sup>144</sup>

Im Schrifttum wird diese Formulierung überwiegend dahingehend verstanden, dass sie alle Teilgebote der klassischen grundrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung adressiert, insbesondere also auch die Angemessenheit.<sup>145</sup> § 4 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 BWahlG müsste dementsprechend einen legitimen Zweck verfolgen (1.), zur Verfolgung dieses Zwecks geeignet (2.), erforderlich (3.) und angemessen (4.) sein.

## 1. Legitimer Zweck

Zu den legitimen Zwecken für Differenzierungen beim Wahlrecht zählen, so das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zur Überprüfung der Bundestagswahl 2013,

„insbesondere die mit der Wahl verfolgten Ziele. Dazu gehört die Sicherung des Charakters der Wahl als eines Integrationsvorgangs bei der politischen Willensbildung des Volkes (BVerfGE 95, 408 [418]) und, damit zusammenhängend, die Sicherung der Funktionsfähigkeit der zu wählenden Volksvertretung.“<sup>146</sup>

Diese Formulierung reflektiert, dass Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG ein schrankenloses Grundrecht ist, das nach allgemeinen Regeln der Grundrechtsdogmatik nur beschränkt werden darf, wenn im Grundgesetz selbst gewährleistete Verfassungsgüter geschützt werden sollen.<sup>147</sup> Nicht jeder sachliche Grund kann daher einen Eingriff in Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG rechtfertigen, sondern es bedarf eines positiv im Grundgesetz geregelten Anliegens. Es muss sich sogar um einen besonderen, nämlich „zwingenden Grund“<sup>148</sup> handeln.

---

<sup>143</sup> BVerfGE 146, 327 Rn. 61.

<sup>144</sup> BVerfGE 135, 259 Rn. 53.

<sup>145</sup> Näher *Drossel*, Wahlsystem und Wahlgleichheit, 2021, S. 105ff.; ferner etwa *Jarass*, in: Jarass/Pieroth (Begr./Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 17. Aufl. 2022, Art. 38 Rn. 16 und *Morlok*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 3. Aufl. 2015, Art. 38 Rn. 65, 112.

<sup>146</sup> BVerfGE 146, 327 Rn. 62.

<sup>147</sup> *Kingreen/Poscher*, Grundrechte. Staatsrecht II, 39. Aufl. 2023, Rn. 393ff.

<sup>148</sup> St. Rechtsprechung seit BVerfGE 1, 208 (249).

### a) Illegitimes Ziel: „Bekämpfung der Splitterparteien“

Aus dem Grundsatz der Chancengleichheit der Parteien (Art. 21 Abs. 1 GG) folgt insoweit vor allem, was als ein solcher Grund ausscheidet. Wegen der Differenzierungsfeindlichkeit des parteienrechtlichen Chancengleichheitsgebots ist das Wahlrecht generell kein legitimes Instrument, kleine und politisch unerwünschte Parteien aus dem Parlament fernzuhalten.<sup>149</sup> Der Gesetzgeber hat kein Mandat, gegen Parteien vorzugehen oder diese zu benachteiligen, soweit diese nicht die Voraussetzungen des Art. 21 Abs. 2 oder 3 GG erfüllen.<sup>150</sup> Damit verbieten sich alle auf die unterschiedliche Größe und Bedeutung abstellenden Regelungsziele. Die „Bekämpfung der Splitterparteien“, die in der frühen Rechtsprechung noch als legitimes Regelungsziel genannt worden war,<sup>151</sup> scheidet damit ebenso aus wie eine Differenzierung nach der „größeren Eignung der Parteien für die Erfüllung der Aufgaben der Volksvertretung“. Schon gar nicht dürfen Splitterparteien „ausgeschaltet werden, um Störungen des Verfassungslebens vorzubeugen“<sup>152</sup>.

Dem Bundesverfassungsgericht ist es daher in seiner jüngeren Rechtsprechung ein Anliegen, die Neutralität des Wahlrechts gegenüber den Parteien hervorzuheben:

„Es steht dem Wahlgesetzgeber nicht zu, über die Einführung oder Beibehaltung einer Sperrklausel bestimmte Parteien gezielt von ihrer Mitwirkung an der politischen Willensbildung auszuschließen.“<sup>153</sup>

Die Schwächung gerade von kleinen Parteien ist bei der Wahlgesetzgebung ein zwar verfassungswidriges, politisch aber nicht ganz auszuschließendes Sekundärmotiv. Bei der Wahlgesetzgebung besteht

„die Gefahr, dass die jeweilige Parlamentsmehrheit sich statt von gemeinwohlbezogenen Erwägungen vom Ziel des eigenen Machterhalts leiten lässt“.<sup>154</sup>

Die aktuelle Bundestagsmehrheit muss daher schon den Anschein vermeiden, dass wahlrechtliche Regelungen bestimmten Parteien schaden sollen. Das ist mit dem neuen Wahlrecht auch grundsätzlich gelungen, denn sein wesentliches und sehr legitimes Anliegen ist die Verkleinerung des Bundestages. Die durch das Verfahren der Zweitstimmendeckung und den Wegfall

---

<sup>149</sup> BVerfGE 120, 82 (109): „Die Bekämpfung politischer Parteien ist in diesem Zusammenhang ein sachfremdes Motiv.“ Ferner etwa *Brenner*, AöR 116 (1991), 537 (584); *Pauly*, AöR 123 (1998), 232 (255).

<sup>150</sup> *Fremuth*, JZ 2018, 13 (17f.).

<sup>151</sup> So aber noch BVerfGE 1, 208 (249, 256).

<sup>152</sup> So jeweils noch BVerfGE 6, 84 (92).

<sup>153</sup> BVerfGE 120, 82 (109).

<sup>154</sup> BVerfGE 120, 82 (113).

der Grundmandatsklausel doppelt verschärfte Fünf-Prozent-Klausel gefährdet aber ausgerechnet bei zwei Oppositionsparteien (CSU und Die Linke) den Wiedereinzug in den 21. Deutschen Bundestag. Umgekehrt wirkt sich die Reform auf die die Regierungsfractionen tragenden Parteien überhaupt nicht aus. Zwar besteht insbesondere bei der FDP die Möglichkeit des Scheiterns an der Fünf-Prozent-Hürde. Aber sie würde auch vom Wegfall des Verfahrens der Zweitstimmendeckung und/oder der Wiedereinführung der Grundmandatsklausel nicht profitieren, weil sie – anders als die CSU und Die Linke – auch 2025 voraussichtlich nicht von erfolgreichen Wahlkreisbewerbern profitieren könnte. Erhielte sie hingegen mehr als fünf Prozent der Zweitstimmen, würde sie – ebenso wie die beiden anderen Regierungsfractionen – vom Nichteinzug der CSU und der Partei Die Linke in den Bundestag profitieren, und zwar nicht nur aufgrund der ihnen proportional zuwachsenden Mandate, sondern auch aufgrund der Schwächung der stärksten Oppositionsfraction. Die Veränderung des Bundeswahlgesetzes könnte damit entscheidend für die Fortsetzung der bisherigen Regierungskoalition nach 2025 sein.

Selbst unter Berücksichtigung aller berechtigten Bedenken, die gegen den Topos „Entscheidungen in eigener Sache“ als hermeneutische Argumentationsfigur artikuliert werden,<sup>155</sup> lässt sich die Gefahr, dass sich der legitimatorisch notwendige „Abstand zwischen Interesse und staatlicher Entscheidung“<sup>156</sup> problematisch verringert, nicht von der Hand weisen. Damit ist weder gesagt, dass die Reform des Wahlrechts nicht legitim und insbesondere die damit erreichte Verkleinerung des Bundestages nicht zu begrüßen ist, noch wird der politische Anteil der nunmehr betroffenen Oppositionsparteien am Scheitern früherer Reformversuche unterschlagen. Aber es gilt erstens festzuhalten, dass es verfassungsrechtlich außerhalb von Art. 21 Abs. 2 und 3 GG ausgeschlossen ist, zwischen Splitter- und Großparteien und zwischen gemeinwohl- und vermeintlich klientelbezogenen Parteien zu differenzieren, und zweitens, dass das Regelungsziel und die Mittel zu seiner Erreichung einer strengen verfassungsgerichtlichen Kontrolle unterliegen müssen.

---

<sup>155</sup> Streit, Entscheidung in eigener Sache, 2006, insbes. S. ##; ferner die Beiträge auf <https://verfassungsblog.de/category/debates/parlamentsentscheidungen-in-eigener-sache/>.

<sup>156</sup> Lang, VerfBlog 2023/9/12.

## **b) Funktionsfähigkeit der zu wählenden Volksvertretung – Wahl als Integrationsvorgang des Volkes**

Es ist aber grundsätzlich legitim, die Wahl selbst und ihr Ergebnis einer funktionsfähigen Volksvertretung<sup>157</sup> zu schützen, denn dabei handelt es sich jeweils um schützenswerte Verfassungsgüter: „Aufgabe einer Wahl ist es, die unendliche Vielfalt der Einzelwillen faßbar zu machen, indem das Meinungsspektrum durch Kategorisierung so vereinfacht wird, daß es durch ein Parlament dargestellt werden kann.“<sup>158</sup>

Die Beschwerdeführenden sehen dementsprechend in der Sicherung der Funktionsfähigkeit des Bundestages ein grundsätzlich legitimes verfassungsrechtliches Ziel. Allerdings ist unklar, in welchem Verhältnis dieses legitime Anliegen zu dem Ziel steht, die Wahl als „Integrationsvorgang bei der politischen Willensbildung des Volkes“ auszugestalten.<sup>159</sup> In dem vorstehenden Zitat scheinen beide Ziele in die gleiche Richtung zu weisen („damit zusammenhängend“). In der nachgewiesenen Entscheidung BVerfGE 95, 408 wird indes kein Zusammenhang hergestellt,<sup>160</sup> sondern werden beide Zielsetzungen sogar als „gegenläufig“<sup>161</sup> bezeichnet. Auch die zitierte Entscheidung zur Verfassungsmäßigkeit der Bundestagswahl 2013 betont später, dass Beeinträchtigungen der Wahlrechtsgleichheit nicht hingenommen werden können, „wenn der sperrklauselbedingte Ausfall an Stimmen einen Umfang erreichte, der die Integrationsfunktion der Wahl [...] beeinträchtigen würde“.<sup>162</sup> Daraus muss man schließen, dass die Integrationsfunktion der Wahl nach Meinung des Bundesverfassungsgerichts durch Sperrklauseln nicht ermöglicht, sondern gefährdet wird.

Nur das damit aufgebaute Spannungsverhältnis zum legitimen Funktionsfähigkeitsanliegen vermag das Integrationsargument richtig einzuordnen: Die Sperrklausel integriert nämlich nicht nur nicht, sondern sie desintegriert: Indem sie bestimmt, dass Stimmen von Wählern und Wählerinnen im demokratischen Willensbildungsprozess des Bundestages nicht abgebildet werden müssen, fingiert sie für die nachfolgende Legislaturperiode deren Irrelevanz im demokratischen Prozess. Über die Relevanz des Willens der Mitglieder eines Volkes entscheidet aber nach dem in Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG gewährleisteten Grundsatz der Volkssouveränität

---

<sup>157</sup> Etwa BVerfGE 51, 222 (236) und 120, 82 (111): „Funktionsfähigkeit der zu wählenden Volksvertretung“.

<sup>158</sup> Wild, Die Gleichheit der Wahl. Dogmengeschichtliche und systematische Darstellung, 2003, S. 178.

<sup>159</sup> S. dazu bereits oben II 3.

<sup>160</sup> Insbes. auch nicht auf der zitierten S. 418.

<sup>161</sup> BVerfGE 95, 408 (421).

<sup>162</sup> BVerfGE 146, 327 Rn. 71.

nicht der Staat, sondern entscheiden die Wählerinnen und Wähler („Willensbildung von unten nach oben“).

Nachfolgend wird daher davon ausgegangen, dass auch das Bundesverfassungsgericht die Anliegen, durch Wahlen einerseits ein funktionsfähiges Parlament hervorzubringen, andererseits aber das gesamte Staatsvolk zu integrieren, in ein Spannungsverhältnis stellt: Die Integrationsfunktion der Wahl darf beeinträchtigt werden, wenn und soweit dies in verhältnismäßiger Weise der Funktionsfähigkeit des Parlaments dient. Diese ist das einzige, verfassungsrechtlich legitime Ziel, das in die weiteren Schritte der Verhältnismäßigkeitsprüfung eingestellt werden kann.

## **2. Geeignetheit**

Geeignetheit bedeutet allgemein, dass das eingesetzte Mittel den Regelungszweck zumindest fördern muss.<sup>163</sup> Grundsätzlich wird insbesondere bei der Geeignetheit ein Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers anerkannt. Seine Reichweite wird „von der Eigenart des in Rede stehenden Sachbereichs, den Möglichkeiten, sich ein hinreichend sicheres Urteil zu bilden, und der Bedeutung der auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter beeinflusst“.<sup>164</sup>

### **a) Maßstab: Strikte verfassungsgerichtliche Kontrolle**

Maßgeblich für die Prüfung der Geeignetheit sind also der konkrete Sachbereich des Wahlrechts und die einschlägigen Aussagen in den Präjudizien des Bundesverfassungsgerichts. Zu prüfen ist daher, ob das eingesetzte Mittel der Sperrklausel den Regelungszweck der Funktionsfähigkeit der zu wählenden Volksvertretung zumindest fördern kann. Die Prüfung hängt wesentlich davon ab, wie der Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers und reziprok die verfassungsgerichtliche Kontrolldichte ausgestaltet ist. Das Bundesverfassungsgericht bezieht den Kontrollmaßstab in seiner wahlrechtlichen Rechtsprechung zwar auf die Verhältnismäßigkeitsprüfung als ganze und nicht jeweils speziell auf seine Teilgebote. Aber es lassen sich doch Maßstäbe isolieren, die speziell die Geeignetheit betreffen. So betont das Bundesverfassungsgericht seit Beginn seiner Rechtsprechung, dass sich der Gesetzgeber

---

<sup>163</sup> S. etwa BVerfGE 134, 204 Rn. 79.

<sup>164</sup> BVerfGE 109, 279 (336).

„bei seiner Einschätzung und Bewertung allerdings nicht an abstrakt konstruierten Fallgestaltungen, sondern an der politischen Wirklichkeit zu orientieren“<sup>165</sup>

habe. Im unmittelbaren Zusammenhang mit diesem Eintreten für eine konkrete Betrachtungsweise der Sperrklauseln stehen auch die Aussagen zur sachlichen und zeitlichen Relativität ihrer verfassungsrechtlichen Beurteilung. Danach kann

„die Vereinbarkeit einer Sperrklausel mit dem Grundsatz der Wahlgleichheit und der Chancengleichheit der politischen Parteien nicht ein für allemal abstrakt beurteilt werden kann. Eine Wahlrechtsbestimmung kann mit Blick auf eine Repräsentativkörperschaft zu einem bestimmten Zeitpunkt gerechtfertigt sein und mit Blick auf eine andere oder zu einem anderen Zeitpunkt jedoch nicht (vgl. BVerfGE 1, 208 [259]; 82, 322 [338]; 120, 82 [108]). Eine einmal als zulässig angesehene Sperrklausel darf daher nicht als für alle Zeiten verfassungsrechtlich unbedenklich eingeschätzt werden. Vielmehr kann sich eine abweichende verfassungsrechtliche Beurteilung ergeben, wenn sich die Verhältnisse wesentlich ändern. Findet der Wahlgesetzgeber in diesem Sinne veränderte Umstände vor, so muss er ihnen Rechnung tragen. Maßgeblich für die Frage der weiteren Beibehaltung der Sperrklausel sind allein die aktuellen Verhältnisse (vgl. BVerfGE 120, 82 [108]).“<sup>166</sup>

Es ist wichtig zu betonen, dass das Bundesverfassungsgericht die konkrete Betrachtungsweise nicht nur im Hinblick auf die jeweilige Repräsentativkörperschaft einfordert, sondern auch im Hinblick auf den jeweiligen historischen Zeitpunkt. Auch eine Sperrklausel für den Bundestag kann in einer bestimmten historischen Situation, in einem konkreten normativen Umfeld und unter Berücksichtigung der Einschätzung von Erfahrungen der Vergangenheit legitim sein; sie kann aber ganz oder teilweise illegitim werden, wenn sich diese Verhältnisse verändert haben. Eine solche Veränderung liegt hier in zweifacher Hinsicht vor: Nicht nur hat sich das historische „Weimar-Argument“<sup>167</sup> als nicht tragfähig erwiesen, sondern steht die Sperrklausel 2023 wegen des Verfahrens der Zweitstimmendeckung und des Wegfalls der Grundmandatsklausel in einem vollkommen neuen normativen Kontext.<sup>168</sup>

Das Bundesverfassungsgericht fügt dem Kontrollmaßstab bei der Geeignetheit noch einen letzten Aspekt hinzu, der bereits im Rahmen der Prüfung des verfassungsrechtlich legitimen

---

<sup>165</sup> S. etwa BVerfGE 129, 300 (321); s. schon BVerfGE 1, 208 (259): „Ein Wahlgesetz hat die Verhältnisse des Landes, für das es erlassen wird, zu berücksichtigen; es hat nicht die Aufgabe, sich auf abstrakt konstruierte Fälle einzurichten“, unter Hinweis auf BayVerfGH, Entsch. vom 02.12.1949 - Vf 5-VII-49, VGHE n. F. Bd. 2 Teil II, S. 211.

<sup>166</sup> BVerfGE 129, 300 (322).

<sup>167</sup> Dazu gleich b) aa) (1).

<sup>168</sup> Dazu unten 4.

Zwecks angesprochen wurde.<sup>169</sup> Es betont zwar auf der einen Seite, dass das Bundesverfassungsgericht „nicht die Aufgabe des Gesetzgebers“ übernehmen könne „und alle zur Überprüfung relevanten tatsächlichen und rechtlichen Gesichtspunkte selbst zu ermitteln und gegeneinander abzuwägen [...] oder eigene Zweckmäßigkeitsbeurteilungen an die Stelle derjenigen des Gesetzgebers zu setzen“ habe. Weil aber „mit Regelungen, die die Bedingungen der politischen Konkurrenz berühren, die parlamentarische Mehrheit gewissermaßen in eigener Sache tätig wird und gerade bei der Wahlgesetzgebung die Gefahr besteht, dass die jeweilige Parlamentsmehrheit sich statt von gemeinwohlbezogenen Erwägungen vom Ziel des eigenen Machterhalts leiten lässt, unterliege „die Ausgestaltung des Wahlrechts hier einer strikten verfassungsgerichtlichen Kontrolle“.<sup>170</sup>

### **b) Konkrete Betrachtungsweise: Maßgeblichkeit der „aktuellen Verhältnisse“**

Die „strikte verfassungsgerichtliche Kontrolle“ muss vor allem darin zum Ausdruck kommen, dass der Topos „Funktionsfähigkeit der zu wählenden Volksvertretung“ nicht unbesehen hingenommen wird. Wäre er a priori gesetzt, fiel die verfassungsgerichtliche Kontrolle nicht strikt, sondern ganz aus:

„Der Gesetzgeber darf daher nicht frei darüber befinden, von welchem Wahrscheinlichkeitsgrad an er Funktionsstörungen in Betracht ziehen will. Andernfalls würde eine gerichtliche Kontrolle gesetzgeberischer Prognoseentscheidungen, einschließlich deren tatsächlicher Grundlagen, unmöglich gemacht.“<sup>171</sup>

Daher ist der Gesetzgeber bei jeder Änderung des Wahlrechts gehalten, die Bedeutung der Sperrklausel für das Regelungsziel unter Berücksichtigung der „aktuellen Verhältnisse“ zu überprüfen und ihre Notwendigkeit in diesen Verhältnissen substantiell zu begründen (= konkrete Betrachtungsweise). Das Bundesverfassungsgericht verlangt dementsprechend die Prüfung, dass die Gefahren für die Beeinträchtigung der Repräsentativorgane „mit einiger Wahrscheinlichkeit“<sup>172</sup> zu erwarten sein müssen. Die Geeignetheit kann daher nicht allein damit begründet werden, dass eine Sperrklausel die Mehrheitsbildung vereinfacht.<sup>173</sup> Die abstrakte Vermutung, dass eine Sperrklausel Stabilisierungseffekte haben kann, reicht daher ebenso wenig<sup>174</sup> wie das Argument, dass sich die Sperrklausel bewährt habe. Denn sie bleibt als

---

<sup>169</sup> S. oben 1. a).

<sup>170</sup> BVerfGE 129, 300 (322f.).

<sup>171</sup> BVerfGE 120, 82 (113f.).

<sup>172</sup> BVerfGE 120, 82 (114); 129, 300 (323).

<sup>173</sup> BVerfGE 120, 82 (114).

<sup>174</sup> So explizit BVerfGE 120, 82 (114), s. auch unten bb).

schwerwiegender Eingriff in ein fundamentales demokratisches Mitwirkungsrecht rechtfertigungs- und stets aufs Neue überprüfungsbedürftig. Dieser Überprüfungspflicht ist der Gesetzgeber schon in den vergangenen Jahrzehnten nicht mehr und nunmehr wegen des verunglückten Gesetzgebungsverfahrens 2023<sup>175</sup> noch nicht einmal ansatzweise nachgekommen. Dabei erweist sich die Begründung in der Sache seit jeher als schwierig: Die „aktuellen Verhältnisse“, die Maßstab für die Beurteilung der Sperrklausel in den ersten Entscheidungen waren, sprachen nämlich nicht für, sondern eher gegen die Einführung einer Sperrklausel (dazu aa). Im weiteren Verlauf ist dann, soweit ersichtlich, überhaupt nicht mehr eingehender evaluiert worden, ob und inwieweit die Erfahrungen aus früheren Bundestagswahlen die Annahme bestätigen, dass die Fünf-Prozent-Klausel zur „Funktionsfähigkeit der zu wählenden Volksvertretung“ wenigstens beigetragen hat (dazu bb):

#### **aa) Entstehung und historische Begründung der Fünf-Prozent-Klausel**

##### **(1) Das „Weimar-Argument“ in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts**

Der Topos „Funktionsfähigkeit der zu wählenden Volksvertretung“ findet sich als legitimes Ziel für Einschränkungen der Wahlrechtsgleichheit zwar erst in der ersten Entscheidung zu Sperrklauseln aus dem Jahre 1979.<sup>176</sup> Der Sache nach prägt er die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts aber seit jeher.

Schon in seiner ersten einschlägigen Entscheidung zur Sperrklausel für den Landtag Schleswig-Holstein mahnt das Bundesverfassungsgericht, die Verhältniswahl begünstige

„das Aufkommen von kleinen Parteien, die in einer Mehrheitswahl nicht die geringste Aussicht auf Erfolg haben würden. Das kann zu Störungen des Verfassungslebens führen. Es kann dahin kommen, daß die gesetzgebenden Körperschaften keine großen Parteien mehr aufweisen, sondern in eine Unzahl kleinerer Gruppen zerfallen und damit funktionsunfähig werden, insbesondere nicht in der Lage sind, eine politisch aktionsfähige Regierung zu schaffen (vgl. Braunias, Das Parlamentarische Wahlrecht, Bd. II, 1932, S. 247 ff.). Diese staatspolitische Gefahr ist ein zureichender, aus der Natur der Sache sich ergebender Grund für eine differenzierende Behandlung der politischen Parteien bei der Zuteilung von Sitzen in der Verhältniswahl.“

---

<sup>175</sup> Vgl. oben I. 3. b).

<sup>176</sup> BVerfGE 51, 222 (236).



Das Bundesverfassungsgericht bezieht sich damit zwar zunächst nicht explizit auf die Weimarer Situation. Allerdings wird allgemein davon ausgegangen, dass „die Geschichte der Weimarer Zeit unmittelbar die Sicht der Richter“<sup>177</sup> beeinflusst hat. Dementsprechend adressieren die hier und im Weiteren zitierten Quellen (neben *Karl Braunias* insbesondere *Gerhard Leibholz*<sup>178</sup> und *Hermann Heller*<sup>179</sup> Weimarer Erfahrungen einer durch Splitterparteien vermeintlich verursachten politischen Instabilität,<sup>180</sup> die gar als „staatspolitische Gefahr“<sup>181</sup> perhorresziert wird.

In späteren Entscheidungen wird die Notwendigkeit der Bekämpfung der Splitterparteien dann explizit in den Weimarer Kontext eingebettet:

„Die Wahlen in einer parlamentarischen Demokratie sollen nicht nur zu einem Parlament führen, das die im Volke vorhandenen verschiedenen Meinungen nach Möglichkeit getreulich widerspiegelt, sondern sie sollen zugleich auch ein Parlament schaffen, das in der Lage ist, eine aktionsfähige Regierung zu bilden. Beim Verhältniswahlssystem würde eine strikt durchgeführte Wahlrechtsgleichheit es auch kleinen Gruppen mit zerstreuter Wählerschaft oder reinen Interessenorganisationen ermöglichen, in das Parlament zu gelangen, die Gefahr einer übermäßigen Parteienzersplitterung heraufbeschwören und – wie die Erfahrungen unter der Weimarer Reichsverfassung gelehrt haben – eine Regierungsbildung erschweren, wenn nicht gar unmöglich machen. In diesen staatspolitischen Gefahren hat die ständige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts besonders wichtige Gründe gesehen, die ausnahmsweise den Gesetzgeber berechtigen, in gewissen eng umschriebenen Grenzen bei der näheren Ausgestaltung des Wahlrechts vom Grundsatz der formalen Wahlrechtsgleichheit abzuweichen.“<sup>182</sup>

Die hervorgehobene Passage zeigt, dass „Weimar“ an der Wiege der wahlrechtlichen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Sperrklauseln stand. Mit der terminologischen Umstellung vom Anliegen der Bekämpfung von „Splitterparteien“ auf das neutraler formulierte Ziel der „Funktionsfähigkeit der zu wählenden Volksvertretung“ ist zwar der explizite Bezug auf die „Erfahrungen unter der Weimarer Reichsverfassung“ wieder entfallen. Aber der Bezug auf „Weimar“ und die „Überhöhung der Rolle großer Parteien“<sup>183</sup> stehen am Beginn

---

<sup>177</sup> *Frowein*, AöR 99 (1974), 73 (89).

<sup>178</sup> BVerfGE 1, 208 (249).

<sup>179</sup> BVerfGE 1, 208 (247, 249).

<sup>180</sup> *Meyer*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. III, 3. Aufl. 2005, § 46 Rn. 36 Fn. 138, der schon daraus schließt, dass die Entscheidung „stark vom Weimarer Trauma“ geprägt sei.

<sup>181</sup> BVerfGE 1, 208 Ls. 10. a).

<sup>182</sup> BVerfGE 14, 121 (134) und 34, 81 (99); *Hervorhebung nur hier*

<sup>183</sup> So krit. *Trute*, in: von Münch/Kunig/Kämmerer/Kotzur (Begr./Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar Bd. 1, 7. Aufl. 2021, Art. 38 Rn. 74.

einer Genealogie von Entscheidungen, auf die sich das Bundesverfassungsgericht bis in jüngster Zeit beruft.<sup>184</sup>

Das Weimarer Fundament der Rechtsprechung wird allerdings heute allgemein als brüchig angesehen.<sup>185</sup> *Michael Antoni* spricht mit detaillierten Nachweisen auf die Mehrheitsverhältnisse im Reichstag und die hypothetische Sitzverteilung bei Anwendung einer Fünf-Prozent-Klausel von der „Legende von Weimar“<sup>186</sup> und *Ralf Poscher* referiert die mittlerweile herrschende Deutung der Rolle der „Splitterparteien“, wenn er darauf verweist „dass die Regierungsbildungen in Weimar nicht an den Splitterparteien scheiterten, sondern an der Kompromissunfähigkeit der großen und mittleren Parteien, und dass einschneidende Maßnahmen gegen Splitterparteien gegen Ende der Republik gerade auch die kleinen kompromissfähigen bürgerlichen Parteien der Mitte getroffen hätten“.<sup>187</sup> *Ulrich Battis* erinnert daran, „dass die Weimarer Republik nicht an den Splitterparteien, zum Beispiel den drei Abgeordneten der Deutschen Staatspartei, zu denen auch Theodor Heuss zählte, gescheitert ist, sondern eher an den beiden größten Parteien, der NSDAP und der KPD. Die letzten Reichsregierungen wurden vor allem deshalb vom Reichspräsidenten eingesetzt, weil gegen die beiden Flügelparteien keine ausreichende parlamentarische Mehrheit zustande kam.“<sup>188</sup> Mit entsprechender Argumentation bezeichnet *Walter Pauly* die Aussage, dass die Sperrklausel die Weimarer Republik vor ihrem Untergang bewahrt hätte, als „unhaltbar“<sup>189</sup> und *Ute Sacksofsky* hat den Nachweis geführt, dass derartige Vermutungen „einer tragfähigen Grundlage entbehren“<sup>190</sup>. Hitler wäre, so *Horst Dreier*, auch bei Geltung einer Fünf-Prozent-Klausel in Weimar an die Macht gekommen.<sup>191</sup>

## (2) Entstehungsgeschichte von Art. 38 GG

Fast noch überraschender als die Beharrungskraft des unhaltbaren Weimarer Arguments ist die Tatsache, dass das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zur Sperrklausel im

---

<sup>184</sup> BVerfGE 146, 327 (351).

<sup>185</sup> S. schon *Fenske*, Strukturprobleme der deutschen Parteiengeschichte, 1974, S. 161ff.

<sup>186</sup> *Antoni*, ZParl 1980, 93 (105).

<sup>187</sup> *Poscher*, in: Gusy (Hrsg.), Weimars lange Schatten – „Weimar“ als Argument nach 1945, 2003, 256 (275f.).

<sup>188</sup> *Battis*, Bundeszentrale für politische Bildung 10/2013, <https://www.bpb.de/themen/bundestagswahlen/wahlblog/170398/drei-prozent-waeren-besser-als-fuenf-prozent/>.

<sup>189</sup> *Pauly*, AÖR 123 (1998), 232 (255f.).

<sup>190</sup> *Sacksofsky*, in: Morlok/Schliesky/Wiefelspütz (Hrsg.), Parlamentsrecht. Handbuch, 2016, § 6 Rn. 65.

<sup>191</sup> *Dreier*, Jura 1987, 249 (255).

schleswig-holsteinischen Landtagswahlrecht<sup>192</sup> und auch danach niemals auf die Entstehungsgeschichte von Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG und insbesondere nicht auf die Diskussionen über das Wahlrecht im Parlamentarischen Rat eingegangen ist. Es erläutert zwar den Unterschied zwischen dem Mehrheitswahlrecht und dem Verhältniswahlrecht,<sup>193</sup> erwähnt aber nicht, dass über das Wahlsystem (dazu (a)) und die Ermächtigung zur einfach-gesetzlichen Einführung einer Sperrklausel (dazu (b)) im Parlamentarischen Rat erbittert gestritten wurde<sup>194</sup> und beide Diskussionen den Schluss zulassen, dass Sperrklauseln dort mehrheitlich für fragwürdig gehalten wurden:

### **(a) Wahlsystem**

Die Debatte war vor allem geprägt durch die Frage, welchen Anteil das Weimarer Verhältniswahlrecht am Untergang der Weimarer Demokratie hatte.<sup>195</sup> Die Abgeordneten der CDU und CSU waren unter Hinweis auf „Weimar“ für ein Mehrheitswahlrecht eingetreten, das sie als Garanten für stabile Verhältnisse ansahen und in einen Gegensatz zum Verhältniswahlrecht stellten, an dem „die Demokratie vor die Hunde gegangen“<sup>196</sup> sei. Mit dem Mehrheitswahlrecht verbanden sie demgegenüber die Hoffnung auf ein Zweiparteiensystem nach englischem Vorbild und auf die integrierende Funktion großer Volksparteien; auch die mit der Mehrheitswahl verbundene Personen- anstelle einer auf Parteien bezogenen Listenwahl wurde als Argument angeführt.<sup>197</sup> CDU und CSU konnten sich allerdings nicht durchsetzen. Die kleinen Parteien hatten naturgemäß kein besonderes Interesse an einem Mehrheitswahlrecht, das ihre Existenz in Frage stellen würde, und auch die SPD hatte sich schon im Vorfeld

---

<sup>192</sup> BVerfGE 1, 108.

<sup>193</sup> BVerfGE 1, 208 (244).

<sup>194</sup> Nachzeichnungen der Debatte etwa bei *Antoni*, ZParl 1980, 93; *Drossel*, Wahlsystem und Wahlgleichheit, 2021, S. 11ff.; *Meyer*, Wahlsystem und Verfassungsordnung. Bedeutung und Grenzen wahlsystematischer Gestaltung nach dem Grundgesetz, 1973, S. 25ff.; *Poscher*, in: Gusy (Hrsg.), Weimars lange Schatten – „Weimar“ als Argument nach 1945, 2003, 256 (258ff.) und *Wild*, Die Gleichheit der Wahl. Dogmengeschichtliche und systematische Darstellung, 2003, S. 80ff.

<sup>195</sup> Vgl. *Meyer*, Wahlsystem und Verfassungsordnung. Bedeutung und Grenzen wahlsystematischer Gestaltung nach dem Grundgesetz, 1973, S. 32 mit Nachweisen auf die Debatte.

<sup>196</sup> So der Abgeordnete *Gerhard Kroll*, Protokoll der 3. Sitzung des Wahlrechtsausschusses des Parlamentarischen Rates, in: Deutscher Bundestag/Bundesarchiv (Hrsg.), Der Parlamentarische Rat 1948-1949 Bd. 6, 1994, S. 76; hier zitiert nach *Poscher*, in: Gusy (Hrsg.), Weimars lange Schatten – „Weimar“ als Argument nach 1945, 2003, 256 (268).

<sup>197</sup> Vgl. zu diesen Aspekten der Diskussion die Nachweise bei *Drossel*, Wahlsystem und Wahlgleichheit, 2021, S. 12ff.

der Beratungen auch aus Gründen der eigenen Geschichte politisch auf ein Verhältniswahlrecht festgelegt.<sup>198</sup> Zur späteren Entscheidung des Parlamentarischen Rats, zwar im Grundgesetz auf die Regelung des Wahlsystems zu verzichten, aber im ersten Bundeswahlgesetz ein (personalisiertes) Wahlrecht zu etablieren, mag dabei auch beigetragen haben, dass die Mitglieder des Parlamentarischen Rats aus den Landesparlamenten bestimmt worden waren, die allesamt nach den Grundsätzen der Verhältniswahl gewählt worden waren.<sup>199</sup>

Kein Land und später auch nicht der Bund haben sich also von dem „Weimarer Argument“ des angeblichen Scheiterns am Verhältniswahlrecht beeindrucken lassen – was man als Indiz dafür ansehen kann, dass es schon seinerzeit politisch nicht als tragfähig angesehen wurde.<sup>200</sup> Die Diskussion über den Anteil des Verhältniswahlrechts am Weimarer Scheitern verlor dementsprechend im Laufe der Beratungen immer mehr an Bedeutung.<sup>201</sup> Heute spielt es – nachdem sich das Verhältniswahlrecht auf allen staatlichen Ebenen bewährt hat – zu Recht keine Rolle mehr.

#### **(b) Fünf-Prozent-Klausel**

Schon bei der Entscheidung für das Wahlsystem hat also das „Weimarer Argument“ im Parlamentarischen Rat politisch nicht gezogen. Bei der Diskussion über die Sperrklausel, die das Bundesverfassungsgericht bislang ebenfalls noch nicht aufgearbeitet hat, war es bemerkenswerterweise nicht anders.<sup>202</sup>

Art. 47 Abs. 5 des Herrenchiemseer Verfassungsentwurfes hatte noch vorgesehen, dass das Bundeswahlgesetz bestimmen kann, dass Parteien, die weniger als fünf Prozent aller gültigen Stimmen auf sich vereinigen, keinen Sitz erhalten, und dass auf zusammengerechnete Reststimmen einer Partei nicht mehr Sitze entfallen, als die Partei in den Wahlkreisen unmittelbar erlangt hat. Dementsprechend hatte der Organisationsausschuss des Parlamentarischen Rats eine entsprechende Ermächtigung vorgeschlagen, der vom Redaktionsausschuss als Art. 45 Abs. 3-E übernommen wurde.

---

<sup>198</sup> Poscher, in: Gusy (Hrsg.), Weimars lange Schatten – „Weimar“ als Argument nach 1945, 2003, 256 (264f.).

<sup>199</sup> Poscher, in: Gusy (Hrsg.), Weimars lange Schatten – „Weimar“ als Argument nach 1945, 2003, 256 (264).

<sup>200</sup> Wenner, Sperrklauseln im Wahlrecht der Bundesrepublik Deutschland, 1986, S. 39f.

<sup>201</sup> Meyer, Wahlsystem und Verfassungsordnung. Bedeutung und Grenzen wahlsystematischer Gestaltung nach dem Grundgesetz, 1973, S. 33.

<sup>202</sup> Zum Folgenden vor allem Wenner, Sperrklauseln im Wahlrecht der Bundesrepublik Deutschland, 1986, S. 89ff.

Der Vorschlag, eine entsprechende Ermächtigung in das Grundgesetz aufzunehmen, wurde dann insbesondere in der 1. Sitzung des Hauptausschusses am 11.11.1948 ausführlich diskutiert. Dabei bestand im Ausgangspunkt Einigkeit darüber, dass eine Sperrklausel nur zulässig sein würde, wenn es eine entsprechende Ermächtigung im Grundgesetz gibt; dementsprechend sahen einige der bereits bestehenden Landesverfassungen explizite Rechtsgrundlagen für Sperrklauseln vor.<sup>203</sup> In der Sache war die Diskussion vor allem durch die Frage der Bekämpfung der sog. Splitterparteien geprägt. Dabei wurde von den Gegnern einer Sperrklausel vor allem die Gefahr einer Verkrustung des Parteiensystems hervorgehoben. Gegen die Notwendigkeit von Regelungen im Wahlrecht wurde zudem vorgebracht, dass entsprechende Vorkehrungen bereits an anderer Stelle (also vor allem im Parteienrecht) vorgesehen waren. Gegen den Vorschlag, den Gesetzgeber zum Erlass einer Sperrklausel zu ermächtigen, sind im Übrigen weitgehend die gleichen Argumente wie gegen das Mehrheitswahlrecht vorgebracht worden.<sup>204</sup> Namentlich *Thomas Dehler* wandte sich schon seinerzeit gegen die Behauptung, die Weimarer Republik sei an den kleinen Parteien gescheitert.<sup>205</sup> Dennoch wurde eine Streichung der Sperrklausel-Ermächtigung in der ersten Lesung des Hauptausschusses zunächst noch abgelehnt. Dabei war man praktisch einhellig der Ansicht, dass eine solche Ermächtigung konstitutiv für eine Regelung im einfachen Recht sei. Abgelehnt wurde hingegen die nur vereinzelt vertretene Ansicht, dass insoweit die – dem heutigen Art. 38 Abs. 3 GG entsprechende – Ermächtigung an den Gesetzgeber, „das Nähere“ im Wahlrecht zu regeln, ausreiche.<sup>206</sup> „Ohne Ermächtigung im Grundgesetz keine Sperrklausel“ – das war also trotz des Dissenses in der Sache über die Parteigrenzen hinweg die praktisch einhellige Ansicht im Hauptausschuss. In der Sitzung des Wahlrechtsausschusses des Parlamentarischen Rats am 01.02.1949 hat sich das Blatt dann gewendet. Der Ausschuss war nach Anhörung mehrerer Gutachter einstimmig zu dem Schluss gelangt, dass eine Sperrklausel unvereinbar mit den Grundsätzen der Gleichheit und der Freiheit der Wahl sei. Im Entwurf des für kontroverse Fragen im Parlamentarischen Rat zuständigen Fünferausschusses war dementsprechend der Vorschlag einer Sperrklausel-Ermächtigung schon nicht mehr enthalten, und in der dritten Lesung am 09.02.1949

---

<sup>203</sup> *Wenner*, Sperrklauseln im Wahlrecht der Bundesrepublik Deutschland, 1986, S. 90 m.w.N. auf die Debatte.

<sup>204</sup> Dazu *Meyer*, Wahlsystem und Verfassungsordnung. Bedeutung und Grenzen wahlsystematischer Gestaltung nach dem Grundgesetz, 1973, S. 32

<sup>205</sup> Nachweise wiederum bei *Wenner*, Sperrklauseln im Wahlrecht der Bundesrepublik Deutschland, 1986, S. 91.

<sup>206</sup> Nachweise bei *Wenner*, Sperrklauseln im Wahlrecht der Bundesrepublik Deutschland, 1986, S. 92.

wurde seine Wiederaufnahme nach erneut kontroverser Diskussion mit 11-10 Stimmen abgelehnt.<sup>207</sup> Auch im ersten Entwurf eines Wahlgesetzes für den ersten Deutschen Bundestag, das der Parlamentarische Rat trotz gewisser Zweifel an seiner Zuständigkeit im Februar 1949 verabschiedet hatte, fand sich keine Sperrklausel.

Dass sich das Blatt dann gleichwohl nochmals gewendet hat, ist nicht auf parlamentarische Initiative zurückzuführen, sondern auf eine Intervention der Ministerpräsidenten der westdeutschen Bundesländer, die zunächst vergeblich beim Parlamentarischen Rat interveniert hatten und sich nun an die Alliierten wandten.<sup>208</sup> Mit Schreiben vom 01.06.1949 verlangten sie die Einfügung einer Fünf-Prozent-Klausel auf Bundesebene, die durch die Militärgouverneure dann tatsächlich auch genehmigt wurde, wenn auch nur auf Landesebene, also als regionalisierte Sperrklausel, die das Überspringen der Hürde in einem Bundesland ausreichen lässt. Es war zwar durchaus fraglich, ob ein solches Vorgehen mit dem unterdessen in Kraft getretenen Art. 137 Abs. 2 GG vereinbar war, wonach für die Wahl des ersten Bundestages das vom Parlamentarische Rat zu beschließende Wahlgesetz (und damit eben nicht ein Votum der weitgehend aus den Großparteien stammenden Ministerpräsidenten) maßgebend sein sollte.<sup>209</sup> Dennoch enthielt das erste deutsche Wahlgesetz für die erste Bundestagswahl am 14.08.1949 dank der Intervention der Ministerpräsidenten eine regionalisierte Sperrklausel. Für die zweite Bundestagswahl galt dann schon die bis heute maßgebliche, auf das Bundesgebiet bezogene Sperrklausel, die Gegenstand der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahre 1957<sup>210</sup> war.

Man kann damit Folgendes festhalten:

- *Erstens*: Der Parlamentarische Rat war praktisch einhellig der Ansicht, dass eine Sperrklausel im einfachen Wahlgesetz nur zulässig ist, wenn das Grundgesetz eine entsprechende Ermächtigung enthält, wie das einige Landesverfassungen (etwa Art. 14 Abs. 4 BayVerf) vorsehen. Die vom Bundesverfassungsgericht im Kontext der Sperrklausel für Bundestagswahlen bislang noch nicht herangezogene Genese der Vorschrift spricht

---

<sup>207</sup> Dazu etwa *Antoni*, ZParl 1980, 93 (94f.) und *Wenner*, Sperrklauseln im Wahlrecht der Bundesrepublik Deutschland, 1986, S. 93ff.

<sup>208</sup> *Wenner*, Sperrklauseln im Wahlrecht der Bundesrepublik Deutschland, 1986, S. 96ff.

<sup>209</sup> *Wenner*, Sperrklauseln im Wahlrecht der Bundesrepublik Deutschland, 1986, S. 102ff.

<sup>210</sup> BVerfGE 6, 84.

also gegen die Zulässigkeit einer Sperrklausel, die nach dem Willen der Verfassungsväter und -mütter ohne eine explizite verfassungsrechtliche Ermächtigung verfassungswidrig sein sollte.<sup>211</sup>

- *Zweitens*: In den Debatten im Parlamentarischen Rat spielte das „Weimar-Argument“ zwar eine Rolle; dass zwischen dem Fehlen einer Sperrklausel und dem Weimarer Scheitern ein Zusammenhang bestand, wurde aber schon seinerzeit in Frage gestellt. Später spielte diese Frage keine wesentliche Rolle mehr. Dass im Wahlgesetz 1949 gleichwohl eine Sperrklausel etabliert wurde, ist auf machtpolitische Interessen der westdeutschen Ministerpräsidenten zurückzuführen und war nicht von der Sorge um eine funktionsfähige Bundesregierung getragen.

#### **bb) Entwicklung nach 1949: „Einige Wahrscheinlichkeit“ der Funktionsbeeinträchtigung des Parlaments?**

Das historische Fundament für die verfassungsrechtliche Eignung der Fünf-Prozent-Klausel erweist sich damit als brüchig: Das „Weimar-Argument“ gilt mittlerweile als nicht mehr tragfähig und die auch in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bislang praktisch nicht reflektierte Entstehungsgeschichte von Art. 38 GG lässt sich eher gegen die Zulässigkeit bzw. Eignung einer Sperrklausel ins Feld führen.<sup>212</sup> Die Fragilität der bisherigen Begründung bedeutet zwar nicht, dass das Ziel der Gewährleistung einer funktionsfähigen Volksvertretung nicht trotzdem legitim wäre. In Frage steht aber die Funktion des „Weimar-Arguments“, mit ihm die Geeignetheit der Sperrklausel zur Erreichung dieses Ziels zu begründen.

Das Bundesverfassungsgericht verpflichtet den Gesetzgeber nach wie vor zu einer konkreten Betrachtungsweise, also dazu,

„eine die Wahlgleichheit und die Chancengleichheit berührende Norm des Wahlrechts zu überprüfen und gegebenenfalls zu ändern, wenn die verfassungsrechtliche Rechtfertigung dieser Norm durch neue Entwicklungen in Frage gestellt wird, etwa durch eine Änderung der vom Gesetzgeber vorausgesetzten tatsächlichen oder normativen Grundlagen oder dadurch, dass sich die beim Erlass der Norm hinsichtlich ihrer Auswirkungen angestellte Prognose als irrig erwiesen hat“.<sup>213</sup>

---

<sup>211</sup> Schon aus diesem Grund für eine Verfassungswidrigkeit der Sperrklauseln *Wenner*, Sperrklauseln im Wahlrecht der Bundesrepublik Deutschland, 1986, S. 226ff.

<sup>212</sup> So etwa auch *Fremuth*, JZ 2018, 13 (16).

<sup>213</sup> BVerfGE 120, 82 (108).

Wenn nun das „Weimarer Argument“ nicht trägt und die Entstehungsgeschichte eher gegen die Zulässigkeit einer Sperrklausel spricht, müsste der Gesetzgeber zumindest jetzt positiv begründen, warum es der Sperrklausel insbesondere in dieser Höhe und in bundesweiter Ausdehnung bedarf, um die Funktionsfähigkeit des Bundestages zu gewährleisten. Dafür gilt auch im Hinblick auf den Bundestag der Maßstab aus der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungswidrigkeit der Sperrklausel bei Kommunalwahlen. Danach kann

*„die allgemeine und abstrakte Behauptung, durch den Wegfall der Fünf-Prozent-Sperrklausel werde der Einzug kleinerer Parteien und Wählergemeinschaften in die kommunalen Vertretungsorgane erleichtert und dadurch die Willensbildung in diesen Organen erschwert, einen Eingriff in die Grundsätze der Wahlgleichheit und der Chancengleichheit nicht rechtfertigen. Nur die mit einiger Wahrscheinlichkeit zu erwartende Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der kommunalen Vertretungsorgane kann die Fünf-Prozent-Sperrklausel rechtfertigen.“<sup>214</sup>*

Da es sich bei der Fünf-Prozent-Klausel um einen schwerwiegenden Grundrechtseingriff handelt, ist der Gesetzgeber von Verfassungs wegen in der Pflicht, anhand des bundesverfassungsgerichtlichen Wahrscheinlichkeitsmaßstabs und aufgrund einer konkreten, die Zeitumstände und das normative Umfeld einbeziehenden konkreten Betrachtungsweise die Eignung zu belegen. Selbstverständlich gibt es insoweit einen verfassungsrechtlich hinnehmbaren Korridor politischer Einschätzungsprärogative. Der Gesetzgeber hat sich aber bei Bundestagswahlen bislang durchweg und in den vergangenen Jahrzehnten auch weitgehend unausgesprochen auf diese „allgemeine und abstrakte Behauptung“ gestützt, die Fünf-Prozent-Klausel sichere die Funktionsfähigkeit des Bundestages, ohne dies aber jemals insbesondere anhand vorangegangener Legislaturperioden evaluiert zu haben. Insbesondere reicht es zur Begründung nicht aus, dass es wahrscheinlich ist, dass mit der Abschaffung der Fünf-Prozent-Sperrklausel mehr Parteien in den Bundestag einziehen könnten.<sup>215</sup> Denn legitim ist nicht das Ziel, dass möglichst wenige Parteien in den Bundestag einziehen, sondern nur die Funktionsfähigkeit des Bundestages als Verfassungsorgan.

---

<sup>214</sup> BVerfGE 120, 82 (114); Hervorhebungen nur hier.

<sup>215</sup> So explizit für Kommunalwahlen auch BVerfGE 120, 82 (114).



Im Schrifttum wird daher zu Recht gesagt, dass „das Argument der Funktionsfähigkeit nicht mehr trägt“<sup>216</sup>. Es handele sich beim Funktionsfähigkeits-Topos um ein zwar „beständig tradierte[s], gleichwohl empirisch nie validierte[s] Argument“<sup>217</sup>; es sei daher „an der Zeit zu prüfen, ob für den Bundestag die Sorge um die Störung der Funktionsfähigkeit des Parlaments wirklich noch Bestand haben kann“.<sup>218</sup> Die Fünf-Prozent-Klausel scheint indes zum selbstverständlich gewordenen Inventar des Wahlrechts zu gehören. Sie ist zur Gewohnheit geworden. Angesichts der unmittelbaren Verknüpfung der Sperrklauseln mit politischer Machttektonik verwundert es nicht, dass Gesetzgeber Sperrklauseln bislang noch niemals freiwillig wieder abgeschafft oder abgeschwächt haben, sondern dazu stets die Erinnerung durch Verfassungsgerichte brauchten.

### c) Fazit

§ 4 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 BWahlG verfolgt zwar mit der Sicherung der Funktionsfähigkeit des Bundestages ein grundsätzlich legitimes Ziel.

Aber der Gesetzgeber hat trotz entsprechender verfassungsrechtlicher Verpflichtung nicht mit der notwendigen Substanz begründet, dass die Funktionsfähigkeit ohne eine Fünf-Prozent-Klausel mit „einiger Wahrscheinlichkeit“ beeinträchtigt werden könnte. Insbesondere tragen auch Hinweise auf „Weimarer Erfahrungen“ nicht. Für die Bundestagswahl 2025 kann sich die Sperrklausel sogar kontraproduktiv auf die Stabilität des Bundestages auswirken. Wenn nämlich die CSU bundesweit nicht auf fünf Prozent der Zweitstimmen käme, würde sie wegen des Verfahrens der Zweitstimmendeckung (an dem Parteien, die diese Hürde nicht erreichen, nicht teilnehmen), keinen einzigen Abgeordneten in den Deutschen Bundestag entsenden können. Damit würde ausgerechnet eine der beiden sog. Volksparteien erheblich geschwächt werden, die für die Mehrheitsbildung nach der kommenden Wahl indes eine erhebliche Rolle spielen könnte.

Damit ist nicht gesagt, dass Sperrklauseln überhaupt keinen Beitrag zur Stabilität von Repräsentativkörperschaften leisten können. Aber es reicht nicht aus, diesen Beitrag einfach nur zu unterstellen. Wegen der mit dem Grundrechtseingriff verbundenen Verteilung der Begrün-

---

<sup>216</sup> Groß, NVwZ 2023, 1282 (1285).

<sup>217</sup> Lenski, MIP 2014, 178 (178).

<sup>218</sup> So Sacksofsky, in: Morlok/Schliesky/Wiefelspütz (Hrsg.), Parlamentsrecht. Handbuch, 2016, § 6 Rn. 66.

dungslast kann der Gesetzgeber die Begründungslast auch nicht bei den Beschwerdeführenden abladen. Solange es also an einer nachvollziehbaren Herstellung eines Zusammenhangs zwischen der Fünf-Prozent-Klausel und der Funktionsfähigkeit des Bundestages fehlt, ist diese als ungeeignet anzusehen.

§ 4 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 BWahlG ist daher schon wegen fehlender Eignung nicht verhältnismäßig und daher verfassungswidrig.

### **3. Erforderlichkeit**

Bestandteil der Verpflichtung des Gesetzgebers zur Evaluation der Fünf-Prozent-Klausel ist auch die Erforderlichkeit. Diese verlangt die Prüfung, dass das Ziel der staatlichen Maßnahme nicht auch durch Maßnahmen erreicht werden kann, die die betroffenen Grundrechtsträger und -trägerinnen weniger belasten als die angegriffene Maßnahme.<sup>219</sup> Für die Erforderlichkeit ist die Evaluationspflicht des Gesetzgebers noch bedeutsamer als für die Geeignetheit. Hätte eine solche Prüfung nämlich stattgefunden, hätte sich insbesondere die Frage stellen müssen, ob eine abgesenkte oder eine regionalisierte Sperrklausel bei den vergangenen 20 Bundestagswahlen nicht auch ausgereicht hätte, das Regelungsziel zu erreichen oder sogar besser zu erreichen. Zwar obliegt es wegen der mit dem Grundrechtseingriff verbundenen Verteilung der Begründungslast nicht den Beschwerdeführenden, die fehlende Eignung der Sperrklausel nachzuweisen. Indes zeigen schon wenige Beispiele aus vergangenen Legislaturperioden, dass auch ohne eine bundesweite Fünf-Prozent-Klausel die Funktionsfähigkeit des Bundestages „mit einiger Wahrscheinlichkeit“ *nicht* in Gefahr geraten wäre:

#### **a) Regionalisierte Sperrklausel**

Anschauungsmaterial für die Wirkung einer regionalisierten Sperrklausel bietet die Bundestagswahl 1949.<sup>220</sup> Die Union hatte bundesweit 31,2%, die SPD 29,2%, die FDP 11,2% und die KPD 5,7% der Zweitstimmen erreicht. In den Bundestag zogen aber wegen der regionalisierten Sperrklausel auch noch BP (4,2%), DP (4,0%), DZP (3,1%), WAV (2,9%) und DKP-DRP (1,8%) ein.

Da die KPD als Koalitionspartnerin der Union aus politischen Gründen nicht in Betracht kam, wäre bei Geltung einer bundesweiten Fünf-Prozent-Sperrklausel und bei Zugrundelegung des Ziels einer stabilen Regierungsmehrheit rechnerisch nur eine große Koalition aus Union und

---

<sup>219</sup> S. etwa BVerfGE 126, 112 (144f.).

<sup>220</sup> [https://de.wikipedia.org/wiki/Bundestagswahl\\_1949](https://de.wikipedia.org/wiki/Bundestagswahl_1949).

SPD in Betracht gekommen, die politisch insbesondere von Adenauer aber nicht erwünscht war. Durch die Regionalisierung der Sperrklausel eröffneten sich aber noch weitere Koalitionsmöglichkeiten, von denen sich eine auch realisierte: Die erste Regierung Adenauer wurde von Union, FDP und DP durch eine ganze Legislaturperiode getragen. Gerade für den Fall, dass zwei große, nicht miteinander koalitionswillige Parteiblöcke einander gegenüberstehen, ermöglichen also kleinere Parteien eine Koalitionsbildung, die bei Geltung einer bundesweiten Fünf-Prozent-Klausel ausgeschlossen gewesen wäre. Die regionalisierte Sperrklausel hat hier also nicht weniger, sondern mehr Stabilität geschaffen.

Eine regionalisierte, jeweils auf West- und Ostdeutschland bezogene Sperrklausel hat es aufgrund einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts dann noch einmal bei der Bundestagswahl 1990 gegeben.<sup>221</sup> Sie hat die Integration der ostdeutschen Parteien in den bundesdeutschen Parlamentarismus erleichtert; es ist nicht ersichtlich und auch nirgends behauptet worden, dass dies die Funktionsfähigkeit des Bundestages beeinträchtigt hätte.

## **b) Absenkung der Sperrklausel**

Auch ist es nicht ansatzweise wahrscheinlich, dass eine beispielsweise auf drei Prozent abgesenkte Sperrklausel irgendeinen Einfluss auf die Funktionsfähigkeit des Bundestages gehabt hätte. Im Schrifttum wurde daher eine Abschaffung bzw. Absenkung der Fünf-Prozent-Klausel verbreitet und auch schon vor der hier zur verfassungsrechtlichen Prüfung gestellten Wahlrechtsreform gefordert.<sup>222</sup>

Die Berechtigung der Forderung zumindest nach einer Absenkung auf drei Prozent zeigen nur beispielhaft die Ergebnisse der Bundestagswahlen im 21. Jahrhundert:

- Bei der Bundestagswahl 2021<sup>223</sup> erreichte Die Linke 4,9% der Zweitstimmen, stellt aber dank der seinerzeit noch geltenden Grundmandatsklausel derzeit 39 Abgeordnete. Eine Drei-Prozent-Klausel hätte an der proportionalen Zusammensetzung des Bundestags

---

<sup>221</sup> BVerfGE 82, 322; dazu oben II. 4.

<sup>222</sup> Schon vor der Wahlrechtsreform 2023: *Battis*, Bundeszentrale für politische Bildung 10/2013, <https://www.bpb.de/themen/bundestagswahlen/wahlblog/170398/drei-prozent-waeren-besser-als-fuenf-prozent/>; *Becht*, Die 5%-Klausel – Garant für ein funktionierendes parlamentarisches Regierungssystem, 1989, S. 58ff.; *Fremuth*, JZ 2018, 13 (21); *Lenski*, MIP 2014, 178 (178f.); *Meyer*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. III, 3. Aufl. 2005, § 46 Rn. 40; *Morlok*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 3. Aufl. 2015, Art. 38 Rn. 112; *Sacksofsky*, in: Morlok/Schliesky/Wiefelspütz (Hrsg.), Parlamentsrecht. Handbuch, 2016, § 6 Rn. 66; *Trute*, in: von Münch/Kunig/Kämmerer/Kotzur (Begr./Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar Bd. 1, 7. Aufl. 2021, Art. 38 Rn. 73; tendenziell auch *Cancik*, VVDStRL 72 (2013), 268 (302). – Im Hinblick auf die Wahlrechtsreform nunmehr auch *Goebel*, DÖV 2023, 569 (575); *Groß*, NVwZ 2023, 1282 (1285) und *Müller*, VerBlog 2023/4/06.

<sup>223</sup> [https://de.wikipedia.org/wiki/Bundestagswahl\\_2021](https://de.wikipedia.org/wiki/Bundestagswahl_2021).

nichts verändert. Keine weitere Partei lag im Korridor zwischen drei und fünf Prozent der Zweitstimmen.

- Bei der Bundestagswahl 2017<sup>224</sup> zogen sechs Parteien in den Deutschen Bundestag ein. Die Regierungsbildung war aus politischen Gründen so schwierig wie niemals zuvor in der Geschichte der Bundesrepublik Deutschland. Aber das wäre sie auch bei einer Drei-Prozent-Hürde gewesen, denn keine der kleineren Parteien hat diese erreicht.
- Bei der Bundestagswahl 2013<sup>225</sup> hätte eine Drei-Prozent-Klausel die Sitzverteilung im Deutschen Bundestag zwar markant verändert, weil FDP und AfD in den Bundestag eingezogen wären. Aber es lässt sich nicht ernsthaft behaupten, dass der Einzug der beiden Parteien die Funktionsfähigkeit des Bundestages in irgendeiner Weise gefährdet hätte. Im 19. und 20. Deutschen Bundestag waren/sind beide vertreten, ohne dass es deshalb zu Problemen gekommen wäre. 2013 hätte der Einzug der FDP sogar, insoweit vergleichbar mit der Situation 1949, eine weitere Koalitionsmöglichkeit eröffnet: rechnerisch möglicherweise sogar allein mit der Union, jedenfalls aber gemeinsam mit Bündnis90/Die Grünen („Jamaika-Koalition“). Aufgrund der Fünf-Prozent-Klausel blieb der Union aber nur die Koalition mit der SPD. Eine abgesenkte Sperrklausel kann daher die Regierungsbildung auch erleichtern.<sup>226</sup>
- Bei der Bundestagswahl 2009<sup>227</sup> hätte sich an der Sitzverteilung und den Koalitionsmöglichkeiten durch eine Drei-Prozent-Klausel überhaupt nichts verändert.
- Auch bei der Bundestagswahl<sup>228</sup> 2005 hätte eine Drei-Prozent-Klausel keinen Einfluss auf Sitzverteilung und Koalitionsmöglichkeiten gehabt.
- Bei der Bundestagswahl 2002<sup>229</sup> hätte eine Drei-Prozent-Klausel hingegen zwar erhebliche Auswirkungen auf die Sitzverteilung gehabt. Die PDS hatte lediglich 4,0% der Zweitstimmen, aber nur zwei Direktmandate errungen, so dass die Grundmandatsklausel nicht zum Tragen kam. Mit einer Drei-Prozentklausel wäre sie hingegen mit so vielen Abgeordneten in den Bundestag eingezogen, dass eine allein von SPD und Bündnis90/Die Grünen mehrheitlich getragene Koalition nicht möglich gewesen wäre. Das ist aber eher ein Argument

---

<sup>224</sup> [https://de.wikipedia.org/wiki/Bundestagswahl\\_2017](https://de.wikipedia.org/wiki/Bundestagswahl_2017).

<sup>225</sup> [https://de.wikipedia.org/wiki/Bundestagswahl\\_2013](https://de.wikipedia.org/wiki/Bundestagswahl_2013).

<sup>226</sup> *Krumm*, ZPol 3/2013, 393 (420).

<sup>227</sup> [https://de.wikipedia.org/wiki/Bundestagswahl\\_2009](https://de.wikipedia.org/wiki/Bundestagswahl_2009).

<sup>228</sup> [https://de.wikipedia.org/wiki/Bundestagswahl\\_2005](https://de.wikipedia.org/wiki/Bundestagswahl_2005).

<sup>229</sup> [https://de.wikipedia.org/wiki/Bundestagswahl\\_2002](https://de.wikipedia.org/wiki/Bundestagswahl_2002).

gegen die Fünf-Prozent-Sperrklausel, die die Fortsetzung einer Koalition von zwei Parteien ermöglicht hat, die zusammen nur auf 47,1% der Zweitstimmen gekommen waren. Auch ist nicht erkennbar, welchen negativen Einfluss eine Drei-Prozent-Klausel auf die Funktionsfähigkeit des Bundestages hätte haben sollen. Selbst wenn man die Koalitionsunfähigkeit der PDS zum damaligen Zeitpunkt unterstellt, wäre neben einer „Ampel-Koalition“ auch eine Koalition aus SPD und Union in Betracht gekommen.

Auch zwischen 1953 und 1998 gab es überhaupt nur zwei Bundestagswahlen, bei denen eine Drei-Prozent-Klausel die Zusammensetzung des Bundestages verändert hätte, ohne dass aber dessen Funktionsfähigkeit auch nur ansatzweise in Frage gestellt worden wäre.<sup>230</sup>

Man kann damit festhalten, dass eine bundesweite Drei-Prozent-Klausel die Mehrheitsverhältnisse im Bundestag und die Koalitionsmöglichkeiten seit 1949 nur in wenigen Fällen verändert hätte. Wo sie diese verändert hätte, hätte sie zu einer präziseren Abbildung der Wahlergebnisse in Parlamentssitzen geführt und stets mehrere realistische Koalitionsmöglichkeiten mit stabilen Mehrheiten ermöglicht. Bei den Wahlen 1949 hat eine regionalisierte Sperrklausel die Koalitionsmöglichkeiten sogar ebenso erweitert wie dies 2013 eine bundesweite Drei-Prozent-Klausel ermöglicht hätte. Bei keinem der mittlerweile 20 Deutschen Bundestage ist auch nur im Entferntesten ersichtlich, wie sich eine regionalisierte und/oder abgesenkte Sperrklausel negativ auf deren Funktionsfähigkeit hätte auswirken können.

Dabei wird nicht verkannt, dass die „Suggestivwirkung der Sperrklausel“<sup>231</sup> das Wahlverhalten beeinflussen kann und sich die Stimmen daher anders verteilt hätten als bei Geltung der bundesweiten Fünf-Prozent-Klausel. Sympathisanten und Sympathisantinnen kleinerer Parteien müssen das Wahlverhalten anderer antizipieren und werden ihnen ihre Stimme möglicherweise nur geben, wenn eine realistische Chance besteht, dass sie die maßgebliche Hürde überspringen.<sup>232</sup> Da es aber im demokratischen Staat kein legitimes Ziel eines Wahlgesetzgebers sein kann, durch die Ausgestaltung des Wahlrechts das Wahlverhalten zu beeinflussen, kann und muss dieser Aspekt außer Betracht bleiben. Im Gegenteil ist der Einzug nicht nur von

---

<sup>230</sup> Bei der Bundestagswahl 1953 erhielt die DP 3,3 % der Zweitstimmen (zog aber auf Grund des Gewinns von zehn Wahlkreisen über die Grundmandatsklausel mit 15 Abgeordneten in den Bundestag ein und wurde, obwohl das rechnerisch nicht notwendig war, sogar in die Koalition eingebunden, [https://de.wikipedia.org/wiki/Bundestagswahl\\_1953#Regierungsbildung](https://de.wikipedia.org/wiki/Bundestagswahl_1953#Regierungsbildung)). – Bei der Bundestagswahl 1969 erhielt die NPD 4,3 % der Zweitstimmen; eine Drei-Prozent-Klausel hätte zwar die Bildung der sozialliberalen Koalition rechnerisch unmöglich gemacht; möglich wäre aber die Koalition aus CDU/CSU und FDP gewesen.

<sup>231</sup> *Wenner*, Sperrklauseln im Wahlrecht der Bundesrepublik Deutschland, 1986, S. 303.

<sup>232</sup> *Fremuth*, JZ 2018, 13 (14).

zweier, sondern aller bedeutsamen Parteien gewollte Konsequenz des Verhältniswahlrechts und ist daher der Wettbewerbsnachteil, den kleine Parteien durch ein durch Sperrklauseln verursachtes strategisches Wahlverhalten erleiden, selbst rechtfertigungsbedürftig.

Gerade vor dem Hintergrund, dass die Fünf-Prozent-Klausel durch das Verfahren der Zweitstimmendeckung und den Wegfall der Grundmandatsklausel doppelt verschärft wurde, hätte die Prüfung nahegelegen, ob und wie diese Schärfen abgemildert werden können. Schon 2013 ist Thomas Krumm in einer umfangreichen, rechtsvergleichend angelegten und auch strategisches Wahlverhalten berücksichtigenden Analyse von Sperrklauseln zu folgendem Ergebnis gekommen, das offensichtlich ohne jeden politischen Widerhall geblieben ist:

„Um auch den psychologischen Effekt einer Absenkung der Sperrklausel auf das Wahlverhalten zu berücksichtigen, wurden für die Bundestagswahlen seit 1957 drei Simulationen berechnet [Tab. 3]. In allen drei Szenarien erfolgte der geringste durchschnittliche Anstieg der Parteienzahl beim Absenken der Sperrklausel von vier auf drei Prozent und der größte Anstieg beim Übergang von zwei auf ein Prozent. Für die Europawahlen seit 1994 (Tab. 2, nur unverändertes Wahlverhalten) ist der geringste Anstieg beim Übergang von drei auf zwei Prozent ermittelt worden. Für die Bundestagswahlen lässt dies eine Empfehlung für eine Drei-Prozent-Hürde bedenkenswert erscheinen, die einerseits die Wahlrechtsgleichheit weniger stark beeinträchtigt und zugleich effektiv einem starken Anstieg der Parteienzahl im Bereich unter drei Prozent vorbeugt.“<sup>233</sup>

Selbst wenn man also davon ausginge, dass eine Fünf-Prozent-Sperrklausel bei abstrakter Betrachtung ein geeignetes Mittel sein könnte, die Funktionsfähigkeit von Repräsentativkörperschaften zu schützen, fehlt § 4 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 BWahlG die Erforderlichkeit. Er ist daher auch aus diesem Grunde verfassungswidrig.

#### **4. Angemessenheit**

##### **a) Integrationsfunktion der Wahl**

Das Bundesverfassungsgericht entnimmt dem Gebot der Angemessenheit in der Grundrechtsprüfung vor allem das Gebot, Maß zu halten. Zu prüfen ist, ob „das Maß der den Einzelnen treffenden Belastung noch in einem vernünftigen Verhältnis zu den der Allgemeinheit erwachsenden Vorteilen“<sup>234</sup> steht. Verlangt wird m.a.W., dass

---

<sup>233</sup> Krumm, ZPol 3/2013, 393 (420).

<sup>234</sup> BVerfGE 76, 1 (51); 119, 59 (87).

„bei der Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs, dem Gewicht und der Dringlichkeit der ihn rechtfertigenden Gründe die Grenze der Zumutbarkeit noch gewahrt wird“.<sup>235</sup>

Für die Art und Schwere der Beeinträchtigung kommt es darauf an, „unter welchen Voraussetzungen und wie viele Grundrechtsträger wie intensiven Beeinträchtigungen ausgesetzt sind“.<sup>236</sup> Im Hinblick auf das mit dem Eingriff verfolgte Ziel kommt es auf den „Rang des zu schützenden Rechtsguts“ und die „Intensität seiner Gefährdung“ an.<sup>237</sup>

Für Beeinträchtigungen von Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG (Gleichheit der Wahl) hat das Bundesverfassungsgericht das zulässige Verhältnis zwischen der Schwere des Eingriffs auf der einen und dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe auf der anderen Seite dahingehend konkretisiert, dass die Gründe für Differenzierungen „von einem Gewicht sind, das der Wahlgleichheit die Waage halten kann“<sup>238</sup>. „Ihr erlaubtes Ausmaß richtet sich daher auch danach, mit welcher Intensität in das – gleiche – Wahlrecht eingegriffen wird.“<sup>239</sup> Die Angemessenheit wäre zu verneinen

„wenn der sperrklauselbedingte Ausfall an Stimmen einen Umfang erreichte, der die Integrationsfunktion der Wahl [...] beeinträchtigen würde. Der Gesetzgeber muss die Funktion der Wahl als eines Vorgangs der Integration der politischen Kräfte des gesamten Volkes sicherstellen und zu verhindern suchen, dass gewichtige Anliegen im Volk von der Volksvertretung ausgeschlossen bleiben.“<sup>240</sup>

Dabei gilt insbesondere für die Prüfung der Angemessenheit, dass das Bundesverfassungsgericht den Gesetzgeber zu einer konkreten Betrachtungsweise verpflichtet, die sich sowohl auf die Repräsentativkörperschaft als auch auf den Zeitpunkt der Beurteilung bezieht:

„Eine Wahlrechtsbestimmung kann mit Blick auf eine Repräsentativkörperschaft zu einem bestimmten Zeitpunkt gerechtfertigt sein und mit Blick auf eine andere oder zu einem anderen Zeitpunkt jedoch nicht.“<sup>241</sup>

#### **b) § 4 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 BWahlG als desintegratives Recht**

Maßgebend für die Beurteilung der Angemessenheit von § 4 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 BWahlG ist damit, ob das mit der Fünf-Prozent-Klausel für Wahlen zum Deutschen Bundestag verfolgte Ziel, ein

---

<sup>235</sup> BVerfGE 141, 82 Rn. 53.

<sup>236</sup> BVerfGE 100, 313 (376).

<sup>237</sup> BVerfGE 113, 63 (80); 120, 274 (327).

<sup>238</sup> BVerfGE 135, 259 Rn. 51.

<sup>239</sup> BVerfGE 135, 259 Rn. 53.

<sup>240</sup> BVerfGE 146, 327 Rn. 71.

<sup>241</sup> BVerfGE 129, 300 (322).

funktions- und handlungsfähiges Parlament zu gewährleisten, zum gegenwärtigen Zeitpunkt und im aktuellen normativen Kontext in einem angemessenen Verhältnis zu der Beeinträchtigung der Integrationsfunktion der Wahl steht, die eben wegen dieses integrativen Charakters grundsätzlich differenzierungsfeindlich ist. Maßgebend ist dabei jeweils eine konkrete Betrachtungsweise:

#### **aa) Gewicht und Dringlichkeit des rechtfertigenden Grundes**

Auf der einen Seite sind die Wahlrechtsgleichheit, die die Integrationsfunktion der Wahl gewährleistet, und das Anliegen der Funktionsfähigkeit des Parlaments zwar gleichwertige Anliegen, die sich daher im Sinne der Formulierung des Bundesverfassungsgerichts bei abstrakter Betrachtung „die Waage halten“<sup>242</sup>. Im Rahmen der notwendigen konkreten Betrachtungsweise haben sich allerdings erhebliche Zweifel daran ergeben, dass ohne eine Fünf-Prozent-Klausel die Funktionsfähigkeit des Bundestages tatsächlich mit der vom Bundesverfassungsgericht geforderten hinreichenden Wahrscheinlichkeit gefährdet wäre. Jedenfalls – so das Ergebnis der Prüfung der Erforderlichkeit – hätte insbesondere eine moderat abgesenkte Sperrklausel keinen der bisherigen 20 Bundestage auch nur ansatzweise in seiner Funktionsfähigkeit gefährdet. Die fragwürdige Eignung und Erforderlichkeit der Sperrklausel muss auch im Rahmen der Angemessenheit berücksichtigt werden: Das Anliegen der Funktionsfähigkeit des Bundestages ist zwar abstrakt genauso gewichtig wie dasjenige der Wahlrechtsgleichheit; konkret wird es aber durch die Fünf-Prozent-Klausel weder gefördert noch würde es durch deren teilweisen Wegfall gefährdet werden.

#### **bb) Intensität des Eingriffs**

Auf der anderen Seite sind die negativen Auswirkungen der Sperrklausel gravierend.

Dieser Befund gilt schon unabhängig vom neuen normativen Umfeld, in dem die Fünf-Prozent-Klausel seit der Wahlrechtsreform 2023 steht. Die Auswirkungen lassen sich an der Anzahl der Stimmen von Wählerinnen und Wählern bemessen, die von der Fünf-Prozent-Klausel betroffen sind. Beispielsweise hat Die Linke bei der Bundestagswahl 2021<sup>243</sup> bei einer Wahlbeteiligung von 76,6% 2.270.906 Zweitstimmen erhalten, das entsprach 4,9% aller abgegebenen Zweitstimmen; ohne die drei erfolgreichen Direktmandate hätten sich diese Stimmen nicht in Bundestagsmandaten niedergeschlagen. Ohne dass man deren politische Ziele teilen muss, ist

---

<sup>242</sup> BVerfGE 135, 259 Rn. 51.

<sup>243</sup> Die Folgenden Zahlen aus [https://de.wikipedia.org/wiki/Bundestagswahl\\_2021](https://de.wikipedia.org/wiki/Bundestagswahl_2021).



anzuerkennen, dass die Linke für bestimmte Anliegen steht (etwa die durch Vermögensumverteilung zu gewährleistende soziale Gerechtigkeit oder aktuell die Skepsis gegenüber Waffenlieferungen an die Ukraine), die für eine Minderheit von Bürgerinnen und Bürgern besonders wichtig sind. 2.270.906 Bürgerinnen und Bürger sind aber keine zu vernachlässigende Minderheit, zumal wenn sie regional in einzelnen Regionen des Landes besonders verwurzelt ist: In den neuen Bundesländern (incl. Ost-Berlin) hat Die Linke 10,4% der Zweitstimmen, in den westdeutschen Bundesländern hingegen nur 3,7%. Wählerinnen und Wähler dieser Partei wird durch die Sperrklausel signalisiert, dass ihr Anliegen nicht hinreichend wichtig ist, um in den politischen Prozessen der kommenden Legislaturperiode eine Rolle zu spielen. Besonders verstörend ist dabei, dass die Mandate, die den an der Fünf-Prozent-Klausel gescheiterten Parteien zustehen, auf andere Parteien verteilt werden, die Wählerinnen und Wähler der Linken gerade nicht wählen wollten. Das kann sie bestenfalls noch zu dem Schluss verleiten, nicht mehr zur Wahl zu gehen oder aus strategischen Gründen eine Partei zu wählen, die eigentlich gar nicht den eigenen Interessen entspricht. Schlimmstenfalls wird es sie aber den Verächtern der Demokratie in die Arme treiben.

Insbesondere an den sozialen Rändern, aber auch bei Minderheitsanliegen erzeugt und verstärkt die Fünf-Prozent-Klausel daher die politische Desintegration: Auch wenn man die Kritik an der Flüchtlingspolitik 2015/2016 mit guten Gründen für fragwürdig halten konnte,<sup>244</sup> war sie doch ein grundsätzlich legitimes Anliegen, das aber im 18. Deutschen Bundestag (2013-2017) überhaupt nicht repräsentiert war, weil die AfD an der Sperrklausel gescheitert war. Ferner war die Umwelt- und Klimapolitik schon 1980 ein existentiell wichtiges Anliegen, das aber nicht in Bundestagsmandaten abgebildet wurde, weil die Grünen seinerzeit an der Sperrklausel gescheitert waren. Auch die Partei „Die Piraten“, die vor allem die Digitalisierung zu einem ihrer Hauptanliegen erklärt hat, ist bislang stets an der Sperrklausel gescheitert. Diese beiden Beispiele zeigen, wie die Sperrklausel die politische Artikulation von Anliegen (Umwelt- und Klimaschutz, Digitalisierung) unnötig verzögert, die zunächst nur von einer Minderheit vorgetragen wurden und offensichtlich unter dem Radar der großen Parteien lagen, aber ebenso offensichtlich legitim und dringlich sind und den parlamentarischen Prozess früher erreicht hätten, wenn es die Sperrklausel nicht gäbe.

---

<sup>244</sup> S. Kingreen, JZ 2016, 887ff.

Im neuen normativen Umfeld verschärfen sich die negativen Auswirkungen der Sperrklauseln nun aber nicht nur graduell, sondern kategorial. Das ist im Gesetzgebungsverfahren überhaupt nicht und auch in der Rechtswissenschaft erst nach und nach artikuliert worden; mittlerweile wird die Sperrklausel aber in mehreren Beiträgen als das eigentliche Problem der Wahlrechtsreform ausgemacht.<sup>245</sup> Hingegen finden sich zwar Beiträge, die die Wahlrechtsreform grundsätzlich (und überwiegend durchaus zu Recht) verteidigen.<sup>246</sup> Soweit ersichtlich gibt es aber bislang keinen Beitrag, der die Sperrklausel unter den neuen Bedingungen noch verfassungsrechtlich verteidigt.<sup>247</sup>

Die Sperrklausel ist ein Instrument des Verhältniswahlrechts, sie bezieht sich dementsprechend auf die Zweitstimme. Ihre negativen Auswirkungen auf die Wahlrechtsgleichheit wurden nach bisherigem Recht durch die Erststimme doppelt abgemildert:

- Erstens konnten über die Erststimme Wahlkreiskandidaten/-kandidatinnen, die in ihrem Wahlkreis die Mehrheit der Stimmen erhalten haben, in den Bundestag auch dann einziehen, wenn ihre Partei bundesweit weniger als fünf Prozent der Zweitstimmen erhalten hat. Diese Möglichkeit entfällt durch das Verfahren der Zweitstimmendeckung. Sollte beispielsweise die CSU, wie bei der letzten Bundestagswahl, 45 der 46 bayerischen Wahlkreise gewinnen, aber bundesweit weniger als fünf Prozent der Zweitstimmen erhalten, wäre kein einziger Abgeordneter der CSU im Bundestag vertreten. Damit wäre auch das achtbare Ergebnis von 36,9% der Erststimmen in Bayern<sup>248</sup> ohne jede Relevanz für die Zusammensetzung des Bundestages.
- Die Erststimme war zweitens sogar ein Instrument, die negativen Auswirkungen der Sperrklausel zu beseitigen. Denn nach der Grundmandatsklausel reichten drei Direktmandate, um nicht anders als die Parteien, die die Fünf-Prozent-Hürde geschafft hatten, am Verfahren der proportionalen Sitzverteilung teilzunehmen. In diesem Fall richtete die Fünf-Prozent-Hürde also überhaupt keinen Schaden an. Mit dem Wegfall der Grundmandatsklausel ist diese Möglichkeit entfallen. Sollte beispielsweise Die Linke bei der kommenden Bundestagswahl erneut drei Direktmandate gewinnen und 4,9 der

---

<sup>245</sup> Kingreen, VerfBlog 2023/3/21; D'Alfonso Masarié, VerfBlog 2023/3/25; Müller, VerfBlog 2023/4/06; später dann Goebel, DÖV 2023, 569 (575f.); Groß, NVwZ 2023, 1282 (1285f.).

<sup>246</sup> Schönberger, NVwZ 2023, 785.

<sup>247</sup> Offen lassend Michl, VerfBlog 2023/3/13: „bleibt abzuwarten“.

<sup>248</sup> [https://de.wikipedia.org/wiki/Bundestagswahl\\_2021](https://de.wikipedia.org/wiki/Bundestagswahl_2021).

Zweitstimmen, wäre sie nicht mehr im Bundestag vertreten: Sie nähme, weil die Grundmandatsklausel entfallen ist, nicht mehr am Verfahren der proportionalen Sitzzuteilung teil, und selbst die drei Direktmandate wären ohne Relevanz, weil sie nicht durch mindestens fünf Prozent der Zweitstimmen gedeckt wären.

Die Landtagswahl 2022 im Saarland zeigt, welche Auswirkungen eine „isolierte“, d.h. nicht mehr durch eine weitere Stimme kompensierbare Sperrklausel hat. Dort entfielen mehr als 22% aller Stimmen auf Parteien, die unterhalb der Sperrklausel verblieben sind; mit nur 43,5% der Stimmen der Wählerinnen und Wähler erreichte die SPD eine absolute Mehrheit.<sup>249</sup> Der Verfassungsgerichtshof des Saarlands hat es zwar im Rahmen einer Wahlprüfungsbeschwerde abgelehnt, die Wahl für verfassungswidrig zu erklären. Es hat aber zum Ausdruck gebracht, dass eine dauerhafte Nichtberücksichtigung von mehr als einem Fünftel abgegebener Wählerstimmen verfassungsrechtlich bedenklich sein könnte und den Landtag aufgefordert, diese Frage zu prüfen.<sup>250</sup>

Die Wahl im Saarland zeigt im Übrigen, dass die Fünf-Prozent-Klausel fatale Effekte haben kann. So liegt die AfD in den Vorwahlumfragen für die Landtagswahl 2024 in Sachsen derzeit bei 35% der Stimmen und damit vor der CDU (29%). Auf die Linke würden danach 9%, auf die SPD 7%, auf die Grünen 6% und die FDP 5% entfallen.<sup>251</sup> Es können damit allenfalls drei Parteien (AfD, CDU, Linke) einigermaßen sicher davon ausgehen, im nächsten Landtag vertreten zu sein. Sollten auch die Linken an der Sperrklausel scheitern, wären es nur zwei. Die AfD hätte damit die Mehrheit im Sächsischen Landtag nur weil die potenziellen Koalitionspartner der CDU (SPD, Grüne, FDP) an der Fünf-Prozent-Klausel gescheitert sind. Selbst wenn die Linke in den Landtag einzöge, käme keine Koalition zustande, da die CDU in Bezug auf beide Parteien (AfD und Linke) Unvereinbarkeitsbeschlüsse gefasst hat. Die an sich in Frage kommenden Koalitionspartner SPD, Grüne und FDP würden hingegen durch die Fünf-Prozent-Klausel „geschluckt“ werden. Die Fünf-Prozent-Klausel konterkariert also die Stabilität der parlamentarischen Mehrheiten, deren Schutz sie eigentlich dienen soll.

---

<sup>249</sup> <https://wahlergebnis.saarland.de/LTW/>. Abruf 11.09.2023.

<sup>250</sup> In dem einschlägigen Verfahren LV 11/22 liegt die Entscheidungsbegründung noch nicht vor. Die hier weitergegebenen Informationen stammen aus [https://www.sr.de/sr/home/nachrichten/politik\\_wirtschaft/verfassungsgerichtshof\\_saarland\\_fuenf\\_prozent\\_huerde\\_landtagswahl\\_wahlpruefungsbeschwerde\\_100.html](https://www.sr.de/sr/home/nachrichten/politik_wirtschaft/verfassungsgerichtshof_saarland_fuenf_prozent_huerde_landtagswahl_wahlpruefungsbeschwerde_100.html) (letzter Abruf: 29.09.2023).

<sup>251</sup> <https://www.tagesspiegel.de/politik/afd-liegt-in-sachsen-vor-cdu-derzeit-keine-mehrheit-fur-jetzige-koalition-aus-cdu-spd-und-grunen-10398583.html>.

Die Sperrklausel wird also zur Zerrklausel: Sie führt zu künstlichen Mehrheiten im Parlament, die die Mehrheit der abgegebenen Stimmen verzerren, und sie gefährdet die Integrationsfunktion der Wahl, indem sie das parlamentarische Spektrum in einer Weise verengt, dass die tatsächliche parteipolitische und damit auch gesellschaftliche Vielfalt nicht mehr adäquat zum Ausdruck kommt.

§ 4 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 BWahlG ist damit in doppelter Hinsicht desintegratives Recht: Er leistet auf der einen Seite keinen ersichtlichen Beitrag zur Erreichung der vorgeblichen Ziele und wirkt damit in politisch-legitimatischer Hinsicht kontraproduktiv, weil sie den Eindruck vermitteln könnte, dass hinter nur vorgeschobenen Zielen handfeste Machtinteressen kaschiert werden. Auf der anderen Seite hat § 4 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 BWahlG das Potenzial, die (partei-)politischen Anliegen von mehreren Millionen Wählerinnen und Wählern für parlamentarisch irrelevant zu erklären. Er schwächt damit die parlamentarische Demokratie, zu deren Stärkung er vorgeblich beitragen soll.

### **c) Ergebnis**

§ 4 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 BWahlG ist nicht nur ungeeignet und nicht erforderlich, sondern auch unangemessen. Er stellt damit einen unverhältnismäßigen Eingriff in Art. 38 Abs. 1 S. 1 und Art. 21 Abs. 1 GG dar. Er ist verfassungswidrig.

Prof. Dr. Thorsten Kingreen