

## Zur Fünf-Prozent-Hürde im schleswig-holsteinischen Landeswahlgesetz

Von Prof. Dr. Friedrich Pukelsheim, Augsburg\*

*Derzeit liegt dem Schleswig-Holsteinischen Landtag eine Gesetzesinitiative der Fraktion der Piraten vor, die unter anderem auf die Abschaffung der Fünf-Prozent-Hürde im schleswig-holsteinischen Landeswahlgesetz abzielt (Drucksache 18/385 und Umdruck 18/1916). Der folgende Beitrag beruht auf einer Stellungnahme, die für eine Anhörung des Innen- und Rechtsausschusses verfasst wurde, die am 7. Mai 2014 stattfand. Danach ist die Fünf-Prozent-Hürde zulässig, vermisst wird aber eine schlüssige Begründung. Anhand einer hypothetischen Anwendung des geltenden Landeswahlgesetzes auf die letzten vier Landtagswahlen wird gezeigt, dass eine Drei-Prozent-Hürde zu denselben Landtagen geführt hätte wie eine Fünf-Prozent-Hürde. Eine Drei-Prozent-Hürde lasse sich dagegen mit der Integrationsfunktion der Parteien solide begründen. Die Fünf-Prozent-Hürde gehe auf eine Intervention der Ministerpräsidenten zurück, nicht auf den Parlamentarischen Rat. Das Landeswahlgesetz sollte um eine Mehrheitsklausel ergänzt werden.*

### I. Unzureichende Rechtfertigung der Fünf-Prozent-Hürde

Bei der Bewertung der auf die Abschaffung der Fünf-Prozent-Klausel im schleswig-holsteinischen Landeswahlgesetz (LWG2013)<sup>1</sup> gerichteten Gesetzesinitiative ist vom Urteil des Schleswig-Holsteinischen Landesverfassungsgerichts vom 13. September 2013<sup>2</sup> auszugehen, das sich eingehend<sup>3</sup> mit der verfassungsrechtlichen Problematik Fünf-Prozent-Hürde im befasst hat. Die Fünf-Prozent-Hürde ist demnach mit der Landesverfassung vereinbar.<sup>4</sup> Sie kann weiterhin

gelten, solange der Gesetzgeber die Annahme vertritt, dass die Funktionsfähigkeit des Parlaments nur mit Fünf-Prozent-Hürde gewährleistet werden kann.<sup>5</sup> Denn das Gericht erblickt in der Zulässigkeit der Fünf-Prozent-Hürde eine *bundesdeutsche Verfassungstradition im Bund und allen Ländern*.<sup>6</sup> Angesichts dieses gerichtlichen Traditionsverständnisses ist die Fünf-Prozent-Hürde im Landeswahlgesetz verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

Das Gericht leitet die Verfassungstradition aus einer Vielzahl von Entscheidungen aus der Verfassungsgerichtsbarkeit her. Es zitiert zahlreiche gleichlautende Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts und der Verfassungsgerichtshöfe in Bayern, Berlin, Bremen, Niedersachsen und dem Saarland.<sup>7</sup> Allerdings wird in keiner dieser Entscheidungen auch nur ein einziger Fall konkret benannt, in dem ein Landesparlament wegen Abwesenheit einer Fünf-Prozent-Hürde unfähig wurde, seine Funktionen zu erfüllen. Es gibt keinen solchen Fall. Wie sollte es auch? Alle Landeswahl-

\* Der Autor ist emeritierter Ordinarius für Stochastik und ihre Anwendungen im Institut für Mathematik der Universität Augsburg.

1 Wahlgesetz für den Landtag von Schleswig-Holstein i.d.F.v. 7. Oktober 1991 (GVOBl 442), letzte berücksichtigte Änderung vom 14. Mai 2013 (GVO Bl 168), zitiert als LWG2013.

2 Urteil vom 13. September 2013 in dem Verfahren LVerfG 9/12 über mehrere Wahlprüfungsbeschwerden, im Folgenden zitiert als LVerfG 9/12 mit Randnummern (Rn.) gemäß der Internetfassung [www.schleswig-holstein.de/LVG/DE/Entscheidungen/Dokumente/Urteil\\_9\\_12.html](http://www.schleswig-holstein.de/LVG/DE/Entscheidungen/Dokumente/Urteil_9_12.html).

3 LVerfG 9/12, Teil C.II.1, Rn. 78-113.

4 LVerfG 9/12, Rn. 77.

5 LVerfG 9/12, Rn. 96.

6 LVerfG 9/12, Rn. 94.

7 LVerfG 9/12, Rn. 93.

gesetze in Deutschland beinhalten eine Fünf-Prozent-Hürde. Der kritische Fall, der zur Begründung gedacht werden muss, kann also nur auf abstrakt konstruierten Überlegungen beruhen. Notgedrungen kann die Hypothese, dass nur mit Fünf-Prozent-Hürde die Funktionsfähigkeit eines Landtags gewährleistet ist, nicht mit Beispielfällen belegt werden, die sich auf die politische Wirklichkeit stützen.

Diese Lage der Dinge irritiert besonders deshalb, weil seinerseits das Gericht den Gesetzgeber drängt, sich *nicht an abstrakt konstruierten Fallgestaltungen, sondern an der politischen Wirklichkeit zu orientieren*.<sup>8</sup> Doch auch dem Gericht selber scheinen abstrakt konstruierte Fallgestaltungen näher zu liegen als die politische Wirklichkeit. Am augenfälligsten wird dies, wenn das Gericht der obsoleten Fünf-Prozent-Hürde im Kommunalwahlrecht nachräuert. Zwar gibt es sowieso keinen vollständigen Parallelismus zwischen den Wahlgesetzen für Kommunen und Landtage. Insofern dürfte der Ausblick in das Kommunalwahlrecht kaum helfen, tragende Gründe für die nachfolgende Gerichtsentscheidung vorzubereiten. Trotzdem sei angefügt, dass auch alleine betrachtet der Ausblick in sich nicht stimmig ist. Nostalgisch befürchtet das Gericht die „Gefahr der Zersplitterung, die eine gemeinwohlverträgliche Arbeit der kommunalen Volksvertretung ... gefährden könnte“.<sup>9</sup> Warum der ungewisse Konjunktiv *könnte*? Dabei haben in den Kommunen der betroffenen Bundesländer längst Tausende von Wahlen ohne Sperrhürde stattgefunden. Wenn die Befürchtungen begründet waren, muss es lange Listen von zersplitterten Kommunen geben, in denen die parlamentarische Arbeit zusammengebrochen ist. Es gibt aber weder lange Listen noch kurze. Tatsächlich wird von keinem einzigen Fall einer Kommune berichtet, deren politische Arbeit durch den Wegfall der Sperrhürde paralytisch worden wäre.<sup>10</sup>

Kehren wir zurück zum Landeswahlgesetz. Der Landtag behauptet keck, dass international in Ländern mit niedriger oder ohne Sperrklausel *die Regierungsbildung häufig schwierig und langwierig* sei.<sup>11</sup> *Häufig schwierig?* Wie häufig denn genau? Und langwieriger als im Bundestag (mit Sperrklausel!) im September-Dezember anno 2013? Warum verzichtet das Gericht auf konkrete Nachweise, die den abstrakten Behauptungen Gestalt geben würden?

Für die Landesregierung drohen angesichts der Verhältnisse in Schleswig-Holstein ohne Fünf-Prozent-Hürde eine Zersplitterung des Parlaments und ein Verlust der Funktionsfähigkeit, *was sich anhand der Wahlergebnisse aus den Landtagswahlen von 2009 und 2012 belegen lasse*.<sup>12</sup> Warum fragt das Gericht nicht nach den angebotenen Belegen, um die verfassungsrechtlichen Untiefen auszuloten, die 2009 und 2012 der politischen Wirklichkeit drohten?

Als Zwischenergebnis halten wir fest, dass die Fünf-Prozent-Hürde im schleswig-holsteinischen Landeswahlgesetz zwar verfassungsrechtlich zulässig, jedoch nicht schlüssig begründet ist. Das Argument, diese Hürde sei für die Funktionsfähigkeit des Landtags notwendig, bleibt unbelegt. Ich sehe nicht, wie der spekulative Charakter des Arguments sich so konkretisieren lässt, dass der verfassungsrechtlich erhebliche Gehalt getrennt wird vom verfassungsrechtlich unerheblichen Interesse der Landtagsparteien, ihren Besitzstand zu verteidigen. Ein Ausweg aus dieser Sackgasse eröffnet sich durch einen Blick auf die politische Wirklichkeit.

## II. Auswirkungen der Hürden bei den letzten vier Landtagswahlen

Um die tatsächlichen Verhältnisse im Schleswig-Holsteinischen Landtag in den Blick zu nehmen, sind in Schaubild 1 die letzten vier Landtagswahlen<sup>13</sup> prototypisch ausgewertet. Gemeinsame Basis für die Auswertungen ist das LWG2013, also das Wahlgesetz in seiner aktuellen Fassung, nicht in das Gesetz in der jeweils seinerzeit geltenden Fassung. Außer bei der Wahl zum 18. Landtag 2012 kommen deshalb andere Sitzzahlen heraus als die, mit denen die jeweiligen Landtage amtierten.

Die aktuellen Gesetzesvorlagen thematisieren die Auswirkungen der Fünf-, Drei- und Null-Prozent-Hürden. Die unterschiedliche Höhe  $t$  einer  $t$ -Prozent-Hürde wirkt sich auf die Zuteilungsberechtigung der Zweitstimmen aus. Eine Zweitstimme ist zuteilungsberechtigt, falls sie gültig ist und für eine Partei abgegeben wird, die mindestens ein Direktmandat erringt (Grundmandatsklausel) oder die mindestens  $t$  Prozent der gültigen Zweitstimmen erhält ( $t$ -Prozent-Hürde) oder die eine Partei der dänischen Minderheit ist (Minderheitenprivileg).<sup>14</sup>

In Schaubild 1 sind im Fall der Fünf- und Drei-Prozent-Hürden die zuteilungsberechtigten Stimmen durch eine Punktlinie von

8 LVerfG 9/12, Rn. 87.

9 LVerfG 9/12, Rn. 102. Siehe auch M. Rossi: Gesetzgebungspflicht zum Schutz politischer Minderheiten? Zur Unzulässigkeit von Sperrklauseln im Kommunalwahlrecht, Zeitschrift für das Juristische Studium 3 (2008) 304-308, und C. Theis: Das Ende der Fünf-Prozent-Sperrklausel im Kommunalwahlrecht, Kommunaljurist 7 (2010) 168-172.

10 So bestätigt schon in einer Anhörung in der 16. Legislaturperiode: für Hessen vom Hessischen Ministerium des Inneren und für Sport (Umdruck 16/1108, S. 4), für Mecklenburg-Vorpommern vom Innenministerium Mecklenburg-Vorpommern (Umdruck 16/1111, S. 3f), generell für Flächenländer ohne Sperrklausel vom Lorenz-von-Stein-Institut (Umdruck 16/1123, S. 4). Die Stellungnahmen sind abrufbar unter [www.uni-augsburg.de/pukelsheim/2006Kiel](http://www.uni-augsburg.de/pukelsheim/2006Kiel).

11 LVerfG 9/12, Rn. 25.

12 LVerfG 9/12, Rn. 26.

13 Daten aus Statistikamt Nord: Statistische Berichte B VII 2 – 5/09 5 (25. März 2010), S. 7, und Landtagswahl in Schleswig-Holstein am 6. Mai 2012 (Juni 2012), S. 2.

14 § 3(1) LWG2013. – Eine Sperrklausel bewirkt, dass die Stimmen, die nicht zuteilungsberechtigt sind, bei der Zuteilung der Mandate unberücksichtigt bleiben. Das Gericht ergänzt: *Die 5%-Klausel nimmt diesen Stimmen insoweit ihren Erfolgswert* (LVerfG 9/12, Rn. 82). Meines Erachtens trifft das Attribut eines Erfolgswerts nur auf Stimmen zu, die am Verhältnisausgleich teilnehmen. Wenn ein Sportler von der Teilnahme an einem Wettkampf ausgeschlossen wird, dann kommt er nicht zum Trost auf den letzten Platz, sondern wird in der Wertung gar nicht mehr erwähnt. Zutreffender ist daher die Formulierung des bayerischen Verfassungsgerichtshofs, dass die nicht zuteilungsberechtigten Stimmen so angesehen werden, *als ob sie nicht abgegeben worden seien* (BayVerfGHE 19 (1966) 100-105, S. 103). Sperrklauseln machen aus manchen Wähler *Umsonstwähler*, siehe Anmerkung 3 in F. Pukelsheim, Mandatzuteilungen bei Verhältniswahlen: Idealansprüche der Parteien, Zeitschrift für Politik 47 (2000) 239-273. Umsonstwähler geben zwar gültige Stimmen ab, aber der Gesetzgeber kehrt sie unter den Teppich, weil ihm die gewählte Partei nicht passt. – Gemäß deutscher Verfassungstradition wird die Differenzierung der Wählerstimmen, ob sie zuteilungsberechtigt sind oder nicht, sprachlich projiziert auf die Parteien, ob sie am Verhältnisausgleich teilnehmen oder nicht. Dieser Etikettenwechsel entschärft das Problem. Denn der Grundsatz der Wahlgleichheit bezieht sich dann nicht mehr in seiner vorrangigen Form auf die Wähler und Wählerinnen und problematisiert die Stellung der Umsonstwähler. Stattdessen verengt sich der Grundsatz in seiner nachrangigen Ausdeutung auf die Chancengleichheit der Parteien (LVerfG 9/12, Rn. 83) und richtet den Blick auf die Nichtberücksichtigung von Zwergparteien.

Partei	Dir	Zweitstimmen	5%- und 3%-Hürden		Ohne Hürde	
			Quotient	Sitze	Quotient	Sitze
<i>18SHLT2012: Gültige Zweitstimmen = 1 328 452, 5% = 66 423, 3% = 39 854</i>						
CDU	22	408 637	22.3	22	21.51	22
SPD	13	404 048	22.1	22	21.3	21
GRÜNE	0	174 953	9.6	10	9.2	9
FDP	0	108 953	6.0	6	5.7	6
PIRATEN	0	108 902	6.0	6	5.7	6
SSW	0	61 025	3.3	3	3.2	3
<i>Zwischensumme</i>	<i>35</i>	<i>1 266 518</i>	.....			
LINKE	0	29 900			1.6	2
FAMILIE	0	12 758			0.7	1
NPD	0	9 832			0.52	1
FW-SH	0	7 823			0.4	0
MUD	0	1 621			0.1	0
<i>Summe (Divisor)</i>	<i>35</i>	<i>1 328 452</i>	<i>(18 300)</i>	<i>69</i>	<i>(19 000)</i>	<i>71</i>
<i>17SHLT2009: Gültige Zweitstimmen = 1 603 406, 5% = 80 171, 3% = 48 103</i>						
CDU	34	505 612	33.7	34	33.7	34
SPD	6	407 643	27.2	27	27.2	27
FDP	0	239 338	16.0	16	16.0	16
GRÜNE	0	199 367	13.3	13	13.3	13
LINKE	0	95 764	6.4	6	6.4	6
SSW	0	69 701	4.6	5	4.6	5
<i>Zwischensumme</i>	<i>40</i>	<i>1 517 425</i>	.....			
PIRATEN	0	28 837			1.9	2
FW-SH	0	16 362			1.1	1
NPD	0	14 991			1.0	1
FAMILIE	0	12 310			0.8	1
RENTNER	0	10 165			0.7	1
RRP	0	2 467			0.2	0
IPD	0	849			0.1	0
<i>Summe (Divisor)</i>	<i>40</i>	<i>1 603 406</i>	<i>(15 000)</i>	<i>101</i>	<i>(15 000)</i>	<i>107</i>
<i>16SHLT2005: Gültige Zweitstimmen = 1 434 805, 5% = 71 741, 3% = 43 045</i>						
CDU	25	576 095	28.8	29	27.6	28
SPD	15	554 879	27.7	28	26.55	27
FDP	0	94 935	4.7	5	4.54	5
GRÜNE	0	89 387	4.47	4	4.3	4
SSW	0	51 920	2.6	3	2.48	2
<i>Zwischensumme</i>	<i>40</i>	<i>1 367 216</i>	.....			
NPD	0	27 676			1.3	1
FAMILIE	0	11 802			0.6	1
LINKE	0	11 392			0.55	1
GRAUE	0	7 536			0.4	0
DSP	0	3 485			0.2	0
PBC	0	2 930			0.1	0
OFFENSIVE D	0	1 489			0.1	0
DKP	0	1 279			0.1	0
<i>Summe (Divisor)</i>	<i>40</i>	<i>1 434 805</i>	<i>(20 000)</i>	<i>69</i>	<i>(20 900)</i>	<i>69</i>
<i>15SHLT2000: Gültige Zweitstimmen = 1 464 096, 5% = 73 205, 3% = 43 923</i>						
SPD	41	630 728	40.7	41	41.2	41
CDU	4	515 421	33.3	33	33.7	34
FDP	0	111 649	7.2	7	7.3	7
GRÜNE	0	91 389	5.9	6	6.0	6
SSW	0	60 367	3.9	4	3.9	4
<i>Zwischensumme</i>	<i>45</i>	<i>1 409 554</i>	.....			
LINKE	0	20 066	–	–	1.3	1
NPD	0	15 121	–	–	1.0	1
STATT PARTEI	0	8 663	–	–	0.6	1
FRAUEN	0	4 089	–	–	0.3	0
GRAUE	0	3 928	–	–	0.3	0
PBC	0	2 675	–	–	0.2	0
<i>Summe (Divisor)</i>	<i>45</i>	<i>1 464 096</i>	<i>(15 500)</i>	<i>91</i>	<i>(15 300)</i>	<i>95</i>

Schaubild 1: Anwendung des LWG2013 auf die letzten vier schleswig-holsteinischen Landtagswahlen.

den Umsonststimmen abgesetzt. Zur Verrechnung in Mandate benutzt das LWG2013 das Divisorverfahren mit Standardrundung. Dieses Verfahren findet die gesuchten Sitzzahlen so, dass die zuteilungsberechtigten Zweitstimmen durch einen gemeinsamen Divisor geteilt und die sich ergebenden Quotienten kaufmännisch gerundet werden. Der Divisor stellt sicher, dass die verfügbaren Sitze alle vergeben werden.<sup>15</sup>

Das LWG2013 gestaltet die Zahl der verfügbaren Sitze flexibel. Zunächst geht es von einer Regelgröße (2000: 75, ab 2005: 69) aus.<sup>16</sup> Reichen die errechneten Sitzzahlen aus, um alle von den jeweiligen Parteien gewonnenen Direktmandate zu tragen, hat es damit sein Bewenden. Andernfalls werden die verfügbaren Sitze auf die kleinste ungerade Sitzzahl erhöht, bis alle Direktmandate durch den verhältnismäßigen Sitzanteil gedeckt sind.<sup>17</sup> Es ergeben sich folgende Landtagsgrößen:

- 2012 mit Fünf- oder Drei-Prozent-Hürden: 69 Sitze, ohne Hürde: Erhöhung von 69 auf 71 Sitze;
- 2009 mit Fünf- oder Drei-Prozent-Hürden: Erhöhung von 69 auf 101 Sitze, ohne Hürde: Erhöhung von 69 auf 107 Sitze;
- 2005 mit Fünf- oder Drei-Prozent-Hürden wie auch ohne Hürde: 69 Sitze;
- 2000 mit Fünf- oder Drei-Prozent-Hürden: Erhöhung von 75 auf 91 Sitze, ohne Hürde: Erhöhung von 75 auf 95 Sitze.

Das Ergebnis zeigt, dass bei den vergangenen vier Landtagswahlen die Fünf- und Drei-Prozent-Hürden zu absolut identischen Landtagen geführt hätten. Soweit dem Landtag die Verpflichtung obliegt, die politische Wirklichkeit zu beobachten und die Gründe für die Aufrechterhaltung der Fünf-Prozent-Hürde zu überprüfen, halte ich es für geboten, das Niveau der Sperrhürde auf drei

15 In Schaubild 1 sind Divisor und Quotienten jeweils ausgewiesen. – § 3(3) LWG2013 beschreibt die Rechnung alternativ als Höchstzahlverfahren. Beide Rechenwege sind immer ergebnisgleich.

16 § 1(1) LWG2013.

17 § 3(5) LWG2013.

Prozent abzusenken.<sup>18</sup> Zudem lässt sich die Drei-Prozent-Hürde verfassungsrechtlich solide begründen.

### III. Begründung für eine Drei-Prozent-Hürde

Neben der Funktionsfähigkeit des Landtages nennt das Landesverfassungsgericht als weiteren verfassungsrechtlich legitimierten Grund für eine Sperrklausel die Integrationsfunktion der Parteien.<sup>19</sup> Die Sperrklausel soll Parteien dazu anhalten, Interessen und politische Strömungen zu bündeln und zu strukturieren.<sup>20</sup> Diese Forderungen verlangen meines Erachtens, dass die im Parlament vertretenen Parteien von *zahlenmäßig erheblicher Bedeutung*<sup>21</sup> sind. Die *zahlenmäßige Erheblichkeit* verlangt einen Wählerzuspruch, der zu einer Mindestzahl von Abgeordneten führt. Nur dann wird die Partei als Institution sichtbar, deren Parlamentsarbeit eine integrierende und strukturierende Wirkung entfalten kann. Nur dann erscheinen die Privilegien gerechtfertigt, die Parteien als politische Institutionen für sich in Anspruch nehmen.

In diesem Sinn argumentiert auch das Schleswig-Holsteinische Landesverfassungsgericht mit Blick auf den Schleswig-Holsteinischen Landtag: *Andererseits hat die Hürde verhindert, dass daneben weitere kleinere Parteien mit einem oder zwei Sitzen in den Landtag eingezogen wären und zu einer Zersplitterung beigetragen hätten.*<sup>22</sup> Offensichtlich hat das Gericht Vorbehalte, dass eine Partei, die nur einen oder zwei Vertreter in den Landtag entsendet, ihren Integrations- und Strukturierungsaufgaben sachgerecht nachkommen kann.<sup>23</sup>

Letztendlich ist eine wertende Prognoseentscheidung gefragt, welche Mandatszahl angemessen ist, damit eine Partei ihre Integrations- und Strukturierungsfunktion voraussichtlich erfüllen kann. Dabei kann der Gesetzgeber sich an nachfolgenden Fakten orientieren. Die Vorgabe der Mandatszahl einer Partei bedingt folgende Zweitstimmenanteile in Bezug auf die Gesamtzahl aller zuteilungsberechtigten Stimmen:<sup>24</sup>

1. Unterhalb von 0,7 Prozent erhält eine Partei sicher keinen Sitz im Landtag, oberhalb von 0,8 Prozent ist ihr ein Sitz oder mehr sicher.
2. Unterhalb von 2,1 Prozent erhält eine Partei weniger als zwei Sitze im Landtag, oberhalb von 2,3 Prozent sind ihr zwei oder mehr Sitze sicher.
3. Unterhalb von 3,5 Prozent erhält eine Partei weniger als drei Sitze im Landtag, oberhalb von 3,8 Prozent sind ihr drei oder mehr Sitze sicher.
4. Unterhalb von 4,9 Prozent erhält eine Partei weniger als vier Sitze im Landtag, oberhalb von 5,3 Prozent sind ihr vier oder mehr Sitze sicher.

Bestimmt der Gesetzgeber eine Drei-Prozent-Hürde, erhalten die kleinsten Parlamentsparteien zwar in raren Ausnahmefällen nur zwei Sitze, aber in aller Regel mindestens drei. Denn eine Stimmenzahl, die drei Prozent der gültigen Zweitstimmen ausmacht, ergibt einen etwas höheren Prozentsatz, wenn sie auf die Gesamtzahl der zuteilungsberechtigten Zweitstimmen bezogen wird. Ab 3,8 Prozent der zuteilungsberechtigten Stimme sind der Partei mindestens drei Sitze sicher.

Der Schleswig-Holsteinische Landtag verlangt in seiner Geschäftsordnung zur Bildung einer Fraktion mindestens vier Sitze. Daher ist eine Prognose von drei Sitzen (unter Tolerierung seltener

Ausnahmefällen von nur zwei Sitzen) als Maß dafür, wann eine Partei von zahlenmäßig erheblicher Bedeutung ist, durchaus als ein Kompromiss zu werten. Er bringt die strikt formale Wahlgleichheit für zahlenmäßig kleine Wählergruppen zum Ausgleich mit den Erfordernissen einer für die Allgemeinheit wahrnehmbaren parteipolitischen Parlamentsarbeit. In diesem Sinn kann eine Drei-Prozent-Hürde solide vermittels der vom Verfassungsgericht genannten Integrationsfunktion der Parteien gerechtfertigt werden.

Insgesamt komme ich zu dem Schluss, dass eine Drei-Prozent-Hürde im schleswig-holsteinischen Landeswahlgesetz verfassungsrechtlich solide begründet ist. Zudem harmonisiert sie mit den Einschätzungen, die das Schleswig-Holsteinische Landesverfassungsgericht im Verfahren LVerfG 9/12 erkennen lässt.

### IV. Parlamentarischer Rat und Fünf-Prozent-Hürde

In der mündlichen Anhörung am 7. Mai 2014 wurde behauptet, dass im Wahlgesetz für den Bundestag, das der Parlamentarische Rat am 15. Juni 1949 vorlegte, die Fünf-Prozent-Hürde einen wichtigen Stellenwert eingenommen hätte. Die Behauptung ist nicht zutreffend. Die Fünf-Prozent-Hürde wurde nicht vom Rat in den Vorschlag zum Wahlgesetz eingefügt, sondern von der Exekutive. Dies geschah nicht im Rahmen des ordentlichen Verfahrensgangs, sondern nach Abschluss aller Verhandlungen in allerletzter Minute.<sup>25</sup> Der Wahlrechtsausschuss des Parlamentarischen Rats verabschiedete den Wahlgesetzentwurf am 10. Mai 1949 ohne Sperrklausel.

18 Das Verfassungsgericht verpflichtet den Gesetzgeber, die politische Wirklichkeit zu beobachten, ob sich die beim Erlass der Norm hinsichtlich ihrer Auswirkungen angestellte Prognose als irrig erwiesen hat (LVerfG 9/12, Rn. 110). Allerdings ist die Haltung des Gerichts zur politischen Wirklichkeit ambivalent: *Die Ergebnisse vergangener Wahlen ermöglichen keine gesicherte Aussage über den Ausgang zukünftiger Wahlen. ... Insoweit bleibt die Entscheidung über die Aufrechterhaltung einer Sperrklausel eine wertende Prognoseentscheidung* (LVerfG 9/12, Rn. 111). Meines Erachtens muss auch eine wertende Prognoseentscheidung mit Fakten und Belegen absichert sein, soll sie nicht als Willkürentscheidung dastehen.

19 LVerfG 9/12, Rn. 92.

20 LVerfG 9/12, Rn. 103.

21 Verfassungsgerichtshof Österreich, VfSlg. 8852/1980 (Erkenntnis vom 20. Juni 1980, W I-8/79) 511-523, S. 516.

22 LVerfG 9/12, Rn. 106. Das Gericht meint mit *die Hürde* die Fünf-Prozent-Hürde. Die Aussage gilt aber genauso auch für die Drei-Prozent-Hürde, siehe Schaubild 1.

23 Allerdings stellen drei Gerichtsmitglieder in ihrem Sondervotum fest: *Die Sicherstellung der politischen Repräsentation wird schon mit einem Mandat erreicht* (LVerfG 9/12, Sondervotum-Rn. 12). Gemeint ist die politische Repräsentation der dänischen Minderheit. Es ist für mich nicht ersichtlich, dass sich die Aussage darüber hinaus auf die Repräsentation einer beliebigen Zwerppartei und die ihr zugeordneten Integrations- und Strukturierungsfunktionen erstreckt.

24 Die Unter- und Oberschranken hängen vom Divisorverfahren mit Standardrundung ab sowie von der Landtagsgröße (*Hausgröße h*) und der Anzahl der Parteien, die am Verhältnisausgleich teilnehmen (*Listenanzahl l*). Die Unterschranke, unterhalb der eine Partei *j* weniger als  $x_j$  Sitze erhält, ist gegeben durch die Formel  $(x_j - 1/2)/(h + 1/2 - 1)$ . Die Oberschranke, oberhalb der  $x_j$  oder mehr Sitze zu Stande kommen, ist  $(x_j - 1/2)/(h - l/2 + 1)$ . Für  $x_j = 1$  siehe F. Pukelsheim/S. Maier/P. Leutgäb: *Zur Vollmandat-Sperrklausel im Kommunalwahlgesetz*, Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter 22 (2009) 85-90, S. 87; für den allgemeinen Fall siehe S. 145 in: F. Pukelsheim: *Proportional Representation – Apportionment Methods and Their Applications*, Springer-Verlag, Cham (CH) 2014. Die Prozentschranken im Text gehen für die schleswig-holsteinischen Verhältnisse von  $h = 69$  Gesamtsitzen aus und von  $l = 6$  Parteilisten.

25 Die folgenden Ausführungen nach H. Rosenbach: *Der Parlamentarische Rat 1948-1949. Akten und Protokolle. Band 6 Ausschuss für Wahlrechtsfragen*, Boppard am Rhein, 1994.

Mit der Verkündung des Grundgesetzes am 23. Mai 1949 war die Arbeit des Parlamentarischen Rates (und somit auch seines Wahlrechtsausschusses) abgeschlossen. Die Militärgouverneure gaben zum Wahlgesetzentwurf am 28. Mai 1949 eine Stellungnahme ab, mit der sich die Ministerpräsidenten auf ihrer Konferenz in Bad Schlangenbad am 31. Mai und 1. Juni befassten. Als Ergebnis der Konferenz schlugen die Ministerpräsidenten den Militärgouverneuren unter anderem die Aufnahme einer Fünf-Prozent-Hürde vor. Noch am gleichen Tag äußerten die Militärgouverneure vorsichtige Zustimmung. *Rosenbach* (a.a.O., S. XLVIII) schreibt dazu:

„*Erwartungsgemäß löste der Beschluß bei denjenigen Mitgliedern des Parlamentarischen Rates, die das Wahlgesetz erarbeitet und beschlossen hatten, große Entrüstung aus. Der SPD-Abgeordnete Zinn monierte auf der Sitzung des Überleitungsausschusses, der sich aus Abgeordneten des Parlamentarischen Rates und Vertretern der einzelnen Länder zusammensetzte, am 3. Juni 1949, „der Schritt der Militärgouverneure sei ein Verstoß gegen das Grundgesetz gewesen“. Ebenso wie auch Suhr und Heiland kritisierte er, daß das Grundgesetz mit einem Bruch des Grundgesetzes beginne.*“

Erst die Anordnung der Militärgouverneure vom 13. Juni 1949, das Wahlgesetz in der jetzt vorliegenden Fassung zu verabschieden, führte zu der Verkündung des Wahlgesetzes durch die Ministerpräsidenten am 15. Juni 1949.

## V. Nachtrag einer Mehrheitsklausel

Im Sommer 2013 kursierten in der Presse hämische Meldungen<sup>26</sup>, dass bei der Wahl der Gemeindevertretung in Boostedt eine Partei mit der Absolutmehrheit der Stimmen nicht die Absolutmehrheit der Sitze zugeteilt bekam, nämlich nur 8 von 17 Sitzen.<sup>27</sup>

Es ist wohlbekannt, dass das Divisorverfahren mit Standardrundung in seltenen Fällen dieses Ergebnis nach sich ziehen kann. Üblicherweise enthalten die Vorschriften deshalb eine *Mehrheitsklausel*, um für die erfolgreiche Partei doch eine Absolutmehrheit der Sitze sicher zu stellen.

Eine solche Mehrheitsklausel fehlt sowohl im schleswig-holsteinischen Kommunalwahlgesetz als auch im schleswig-holsteinischen Landeswahlgesetz. Die Verantwortung für das Versäumnis trägt nicht die Gemeinde Boostedt-Rickling, sondern der Landesgesetzgeber. Es ist überfällig, die Gesetzeslücken zu schließen.<sup>28</sup> Es bieten sich zwei Möglichkeiten an, in den seltenen Fällen mangelnder Mehrheitstreue korrigierend einzugreifen. Die erste setzt darauf, dass die Zahl der verfügbaren Sitze flexibel ist. Für die Partei mit der Absolutmehrheit an Stimmen werden so viele zusätzliche Sitze geschaffen, bis sie über eine Absolutmehrheit an Sitzen verfügt. In Boostedt wären also zugunsten der CDU zwei mehrheitssichernde Sitze hinzugefügt worden, damit sie mit 10 von 19 Sitzen die Mehrheit gehabt hätte.<sup>29</sup> Die zweite Möglichkeit betrachtet die Zahl der verfügbaren Sitze als fest. Im Fall mangelnder Mehrheitstreue wird die erste Sitzzuteilung verworfen. Stattdessen wird der Mehrheitspartei die kleinstmögliche Absolutmehrheit an Sitzen zugeteilt; in Boostedt hätte die CDU also 9 von 17 Sitzen erhalten. Die verbleibenden Sitze werden dann nach Maßgabe der Vorschriften den verbleibenden Parteien zugeteilt; in Boostedt hätte dies 6 Sitze für die SPD und 2 Sitze für die FWG ergeben.<sup>30</sup>

26 Frankfurter Allgemeine Zeitung, Nr. 139 vom 19. Juni 2013, S. 2.

27 Siehe auch S. 152 in: *Pukelsheim, Proportional Representation* (Fn. 24).

28 Siehe unsere frühere Stellungnahme (Umdruck 16/1052, S. 3).

29 S. 152 in: *Pukelsheim, Proportional Representation* (Fn. 24).

30 S. 153 in: *Pukelsheim, Proportional Representation* (Fn. 24).