

U r t e i l s b e s p r e c h u n g

Gesetzgebungspflicht zum Schutz politischer Minderheiten? – Zur Unzulässigkeit von Sperrklauseln im Kommunalwahlrecht

„Nur die mit einiger Wahrscheinlichkeit zu erwartende Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der kommunalen Vertretungsorgane kann die Fünf-Prozent-Sperrklausel rechtfertigen.“ (amtlicher Leitsatz)

GG Art. 21, 28 Abs. 1, 38 Abs. 1, 93 Abs. 1 Nr. 1, Art. 99; LVerf-SH Art. 3; BVerfGG § 64 Abs. 1

BVerfG, Urt. v. 13.2.2008 – 2 BvK 1/07

I. Einführung

Das Bundesverfassungsgericht hat mit Urteil vom 13. Februar 2008¹ die Aufrechterhaltung der 5%-Sperrklausel im schleswig-holsteinischen Kommunalwahlgesetz für verfassungswidrig erklärt.² Obwohl im sachlichen Ergebnis nicht überraschend, ist diese im Organstreitverfahren getroffene Entscheidung doch in mehrfacher Hinsicht von Besonderheit: Hervorzuheben ist zunächst, dass das Bundesverfassungsgericht dieses Urteil in seiner Funktion als Landesverfassungsgericht Schleswig-Holsteins gefällt hat. Maßstab der Entscheidung ist mithin nicht (primär) das Grundgesetz, sondern das Landesverfassungsrecht. Zu betonen ist zudem, dass die verfassungsgerichtlichen Argumente gegen die Zulässigkeit von Sperrklauseln spezifisch auf die Besonderheiten des Kommunalwahlrechts zugeschnitten sind. Das Urteil verhält sich dementsprechend nur in obiter dicta zur Zulässigkeit von Sperrklauseln im Bundes- oder Landeswahlrecht und ist für solche insoweit auch nur am Rande von Bedeutung. Hinzuweisen ist schließlich darauf, dass die Entscheidung einen Fall des gesetzgeberischen Unterlassens betrifft. Ihre Besonderheit liegt denn auch darin, dass sie die parlamentarische Mehrheit unter bestimmten Voraussetzungen verpflichtet, entgegen ihrer politischen Einschätzung und Überzeugung einem Gesetzgebungsantrag der parlamentarischen Minderheit zuzustimmen, und insoweit eine Pflicht zum Gesetzeserlass statuiert.

Während das Ergebnis der Begründetheit, die Fünf-Prozent-Sperrklausel im Kommunalwahlrecht sei im geltenden Kommunalverfassungsrecht Schleswig-Holsteins unzulässig, zu überzeugen vermag (II), sind erhebliche Zweifel an der Annahme der Zulässigkeit durch das Bundesverfassungsgericht angebracht. Denn die Zweckentfremdung eines Organstreitverfahrens zur Durchführung einer abstrakten Nor-

menkontrolle führt im Ergebnis zu einer Gesetzgebungspflicht zum Schutz politischer Minderheiten (III).

II. Sperrklauseln im Wahlrecht

1. Verfassungsrechtlicher Maßstab

Verfassungsrechtlicher Maßstab für die Beurteilung der Zulässigkeit von Sperrklauseln ist zum einen der Grundsatz der Gleichheit der Wahl und zum anderen der Grundsatz der Chancengleichheit der politischen Parteien. Der Grundsatz der Gleichheit der Wahl ergibt sich für Kommunalwahlen in Schleswig-Holstein aus Art. 3 Abs. 1 LVerf-SH. Dass das Bundesverfassungsgericht (in seiner Funktion als Landesverfassungsgericht) bei der Auslegung dieser landesverfassungsrechtlichen Bestimmung auf seine Rechtsprechung (als Bundesverfassungsgericht) zu Art. 38 Abs. 1 GG zurückgreift, ist bei grundsätzlichem Vorbehalt gegen die undifferenzierte Übertragung bundesverfassungsgerichtlicher Rechtsprechung auf landesverfassungsrechtliche Sachverhalte vor allem deshalb nicht zu beanstanden, weil die Länder bei der Ausgestaltung ihres Wahlrechts durch Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG an dieselben Wahlrechtsgrundsätze gebunden sind wie der Bund durch Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG. Die Chancengleichheit der politischen Parteien unterfällt dagegen nicht der Homogenitätsklausel des Art. 28 Abs. 2 GG, so dass das Bundesverfassungsgericht hier einen direkten Rückgriff auf Art. 21 Abs. 1 GG für erforderlich und für zulässig hält: „Das Recht der Parteien auf Chancengleichheit bei Wahlen folgt auf Landesebene aus ihrem in Art. 21 Abs. 1 GG umschriebenen verfassungsrechtlichen Status, der unmittelbar auch für die Länder gilt und Bestandteil der Landesverfassungen ist.“³

2. Anforderungen an Durchbrechungen der Wahl- und Chancengleichheit

Ausgehend von einem formalen Verständnis der Wahl- und Chancengleichheit, bestätigt das Bundesverfassungsgericht seine Rechtsprechung, nach der beide Grundsätze zwar keinem absoluten Differenzierungsverbot unterliegen, dem Gesetzgeber aber nur ein eng bemessener Spielraum für Differenzierungen verbleibt. Zur Überprüfung der Einhaltung der verfassungsrechtlichen Grenzen dieses Spielraums begnügt sich das Bundesverfassungsgericht nicht mit einem groben Willkürausschluss. Vielmehr wendet es der Sache nach eine Verhältnismäßigkeitsprüfung an, wenn es postuliert, dass „Differenzierungen im Wahlrecht durch Gründe gerechtfertigt sind, die durch die Verfassung legitimiert und von einem Gewicht sind, das der Wahlrechtsgleichheit die Waage halten kann.“⁴ Noch deutlicher formuliert das Gericht, dass umgekehrt gegen die Grundsätze der Wahl- und Chancengleichheit verstoßen wird, „wenn der Gesetzgeber mit der Regelung ein Ziel verfolgt hat, das er bei der Ausgestaltung des Wahlrechts nicht verfolgen darf, oder wenn die Regelung nicht geeignet

¹ Das Urteil war am 17. März 2008 einsehbar unter http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/ks20080213_2bvk000107.html.

² Genau genommen hat das BVerfG gemäß § 72 Abs. 2 BVerfGG nur festgestellt, dass der Antragsgegner – der schleswig-holsteinische Landtag – die Rechte der Antragstellerin – der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen – aus Art. 3 Abs. 1 LVerf-SH und Art. 21 Abs. 1 GG verletzt hat.

³ Rn. 103 des Urteils unter Verweis auf frühere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sowie auf Schrifttum.

⁴ Rn. 108 des Urteils unter Verweis auf BVerfGE 95, 408 (418).

und erforderlich ist, um die mit der jeweiligen Wahl verfolgten Ziele zu erreichen.“⁵

Hinsichtlich der Ziele, die ein Gesetzgeber mit Differenzierungen von Wahl- und Chancengleich überhaupt verfolgen darf, erinnert das Bundesverfassungsgericht (wohl aus aktuellen politischen Überlegungen) noch einmal daran, dass die Bekämpfung politischer Parteien stets ein sachfremdes Motiv für gesetzliche Sperrklauseln ist.⁶ Als rechtliches Instrument zur Bekämpfung politischer Parteien steht ausschließlich das Verbotungsverfahren nach Art. 21 Abs. 2 GG zur Verfügung; bis zur Erklärung einer politischen Partei für verfassungswidrig durch das Bundesverfassungsgericht dürfen politische Parteien hingegen ausschließlich politisch bekämpft werden.

Auch die vermeintliche Sicherung der Gemeinwohlorientierung sämtlicher politischer Kräfte könne grundsätzlich kein zwingender Grund für Sperrklauseln sein. Diese Aussage beschränkt das Bundesverfassungsgericht aber doch schon deutlich auf das Kommunalwahlrecht und trägt insoweit der besonderen Garantie der kommunalen Selbstverwaltung sowie vor allem auch der Wirklichkeit Rechnung: Auf Kommunalebene nehmen häufig auch ortsgebundene Wählergruppen an Wahlen teil, die primär kommunale und partikuläre Interessen verfolgen. Ihnen ist ebenso wie den politischen Parteien eine chancengleiche Teilnahme an den Kommunalwahlen zu gewähren. Nicht der Wahlgesetzgeber, übernimmt das Bundesverfassungsgericht eine pointierte Formulierung, sondern dem Wähler obliege die Entscheidung, welche Partei oder Wählergemeinschaft die Interessen der Bürger am besten vertritt.

Als einzigen möglichen Grund für die Durchbrechung der Wahl- und Chancengleichheit macht das Bundesverfassungsgericht somit erneut die Sicherung der Funktionsfähigkeit der zu wählenden Volksvertretung aus. Insofern bestehen freilich auf der Ebene des Kommunalverfassungsrechts verschiedene Besonderheiten, die es im Ergebnis nicht immer zulassen, die Durchbrechung der Wahl- und Chancengleichheit im Kommunalwahlrecht mit der Funktionsfähigkeit der zu wählenden kommunalen Vertretungsorgane zu rechtfertigen. Denn nicht jede, sondern nur die mit einiger Wahrscheinlichkeit zu erwartende Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der kommunalen Vertretungsorgane kann die Fünf-Prozent-Sperrklausel rechtfertigen, betont das Bundesverfassungsgericht durch die Hervorhebung als Leitsatz.

3. Besonderheiten des Kommunalverfassungsrechts

Die Entscheidung berücksichtigt zum einen ganz generell die Besonderheiten des Kommunalverfassungsrechts und zum anderen die besondere Ausgestaltung des schleswig-holsteinischen Kommunalverfassungsrechts.

a) Fehlende Parlamentseigenschaft von kommunalen Vertretungsorganen

Das Bundesverfassungsgericht macht drei wesentliche Unterschiede zwischen Parlamenten im staatsrechtlichen Sinne und Gemeindevertretungen (und Kreistagen) aus, die einer Über-

tragung der Zulässigkeit von Sperrklauseln im Wahlrecht der Länder und des Bundes auf das Kommunalwahlrecht entgegenstehen: Erstens ist „die Gemeindevertretung ein Organ der Verwaltung, dem in erster Linie verwaltende Tätigkeiten anvertraut sind. Anders als staatliche Parlamente üben Gemeindevertretungen und Kreistage keine Gesetzgebungstätigkeit aus.“ Zweitens haben „die kommunalen Vertretungsorgane [...] auch keine Kreativefunktion für ein der Regierung vergleichbares Gremium.“ Und drittens „unterliegen die Entscheidungen der kommunalen Vertretungsorgane der Rechtsaufsicht.“

b) Direktwahl der Bürgermeister und Landräte

Darüber hinaus ist zur Beurteilung der Zulässigkeit von Sperrklauseln stets die konkrete Ausgestaltung des Kommunalverfassungsrechts heranzuziehen. Denn nur ein genauer Blick auf die Zuständigkeiten und rechtlichen Handlungsmöglichkeiten der kommunalen Vertretungsorgane erlaubt die Beantwortung der Frage, ob Sperrklauseln zur Sicherung der Funktionsfähigkeit dieser Organe erforderlich sind und deshalb die Durchbrechung der Grundsätze der Wahl- und Chancengleich zu rechtfertigen vermögen oder nicht. Insofern ist für das Bundesverfassungsgericht von zentraler Bedeutung, dass Schleswig-Holstein im Jahre 1995 die Direktwahl der Bürgermeister jedenfalls in hauptamtlich verwalteten Gemeinden sowie auch der Landräte eingeführt hat. Damit nämlich sei das zentrale Element weggefallen, das bislang die Fünf-Prozent-Sperrklausel im schleswig-holsteinischen Kommunalwahlrecht gestützt hat. In der Tat sind stabile Mehrheitsverhältnisse in den Kommunalvertretungen und Kreistagen bei einer Direktwahl der Bürgermeister und Landräte nicht mehr in gleichem Maße erforderlich.

c) „Faktische“ Sperrklausel

Soweit in ehrenamtlich verwalteten Gemeinden die Bürgermeister nach wie vor von der Gemeindevertretung gewählt werden, was immerhin in 95% aller schleswig-holsteinischen Gemeinden der Fall ist, rekurriert das Bundesverfassungsgericht dagegen auf die „faktische“ Sperrklausel. Damit wird der Umstand beschrieben, dass bei einer Stärke des Gemeinderats von 19 Mitgliedern in solchen Gemeinden ohnehin etwas mehr als fünf Prozent der Stimmen erforderlich sind, um einen Sitz im Gemeinderat zu erlangen. Wenn angesichts dieses Umstands gegen die Beibehaltung der (rechtlichen) Fünf-Prozent-Sperrklausel argumentiert wird, dass „ihr Wegfall [...] sich praktisch nicht auswirken würde“, kann dem nicht gefolgt werden. Denn erstens ließe sich ebenso gut herum anders argumentieren, dass eine rechtliche Sperrklausel in diesen Fällen eben auch keine zusätzliche Beeinträchtigung der Wahl- und Chancengleichheit bedeutet. Und zweitens ist zu beachten, dass auch die Zahl der Gemeinderatsmitglieder nicht „faktisch“ vorgegeben, sondern gesetzlich festgelegt ist. Auch die „faktische“ ist somit eine rechtliche Sperrklausel,⁷ so dass terminologisch besser von unmittelba-

⁵ Rn. 109 des Urteils.

⁶ Rn. 114 unter Verweis auf BVerfGE 1, 208 (257).

⁷ Dass das Bundesverfassungsgericht die rechtliche und damit regelbare Wirkung der Größe des Gemeinderats nicht erkannt hat, verwundert umso mehr, als es an anderer Stelle die Frage

rer und mittelbarer Sperrklausel gesprochen werden sollte. Jedenfalls aber folgt aus der Erkenntnis, dass sich die begrenzte Zahl der Gemeinderatsmitglieder im Ergebnis als Sperrklausel auswirkt, eher die Verpflichtung des Gesetzgebers, eine entsprechende Mindeststärke der Gemeinderäte festzulegen, als die Pflicht, die unmittelbare Sperrklausel abzuschaffen. Das „Faktische“ an dieser Sperrklausel wird dann allein darin deutlich, jedenfalls kleinen Gemeinden keine übermäßig großen Gemeinderäte zumuten zu können. Zugleich zeigt sich aber auch, dass mit einer Gemeinderatsgröße von um die 30 Personen immer noch eine mittelbare Sperrwirkung von rund 3% einhergeht. Soweit dies akzeptiert wird und werden muss, ist nicht ersichtlich, wieso sie nicht in einer unmittelbaren Sperrklausel zum Ausdruck kommen darf.

d) Erfahrungen in anderen Bundesländern

Dass das Bundesverfassungsgericht zur Beurteilung der Erforderlichkeit und damit der Zulässigkeit von Sperrklauseln im Kommunalwahlrecht schließlich auch die Erfahrungen von Bundesländern einbezieht, deren Kommunalverfassungsrecht keine Sperrklauseln (mehr) vorsieht, ist grundsätzlich zu begrüßen. Allerdings dürfen solche rechtsvergleichenden Betrachtungen allenfalls von indizierendem Gewicht sein, soll nicht die Autonomie der Verfassungsräume ausgehebelt werden. Eine Rechtsvergleichung unter den Kommunalverfassungen der Bundesländer ist im Anwendungsbereich der Homogenitätsklausel des Art. 28 Abs. 2 GG dabei allemal von größerer Bedeutung als etwa der Rückschluss von Verfassungsordnungen anderer Staaten auf die Interpretation des Grundgesetzes.⁸ Insofern ist es durchaus maßgeblich, dass in den Flächenstaaten, die keine Sperrklausel mehr im Kommunalwahlrecht vorsehen, keine schwerwiegenden Störungen der Funktionsfähigkeit der Vertretungsorgane bekannt geworden sind. In diesem Zusammenhang sei darauf hingewiesen, dass der Thüringer Verfassungsgerichtshof die Fünf-Prozent-Sperrklausel im Thüringer Kommunalwahlgesetz unter dem Eindruck dieser Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts am 9. April für verfassungswidrig und nichtig erklärt hat.⁹ Sperrklauseln existieren nunmehr nur noch in Rheinland-Pfalz und dem Saarland sowie in den Stadtstaaten Berlin, Bremen und Hamburg¹⁰ mit ihren Besonderheiten.

diskutiert, wie sich die Größe der Ausschüsse auf die Beteiligung der im Gemeinderat vertretenen politischen Parteien auswirkt – Rn. 141 ff. des Urteils.

⁸ Zu weitgehend insofern die Auffassung der die Entscheidung tragenden Richter in BVerfG, Urt. v. 4.7.2007 – 2 BvE 1/06 (Abgeordnetengesetz), Rn. 280 ff.

⁹ VerfGH Thür, Urt. v. 9.4.2008 – VerfGH 22/05. Das Urteil war am 17. März auf folgender Seite im Internet einsehbar: [http://www.thverfgh.thueringen.de/webthfj/webthfj.nsf/E136CCBF3E8EDBBBC125728A00352CD9/\\$File/05-00022-Hinweisb.pdf?OpenElement](http://www.thverfgh.thueringen.de/webthfj/webthfj.nsf/E136CCBF3E8EDBBBC125728A00352CD9/$File/05-00022-Hinweisb.pdf?OpenElement).

¹⁰ Vgl. hierzu BVerfG, Beschl. v. 14.1.2008 – 2 BvR 1975/07. Der Beschluss war am 17. März auf folgender Seite im Internet

III. Anspruch auf Gesetzeserlass?

Da das Bundesverfassungsgericht allein auf die unmittelbaren Sperrklauseln rekurriert und die mittelbaren Sperrwirkungen der Größe der Vertretungsorgane ignoriert hat, scheint es von der materiellen Beurteilung des Sachverhalts so überzeugt gewesen zu sein, dass es sich über Zulässigkeitsprobleme des Verfahrens kurzerhand hinweggesetzt hat. Dabei liegt die eigentliche Besonderheit der Entscheidung darin, dass die Verletzung der Rechte der antragstellenden Fraktion erstens auf ein gesetzgeberisches Unterlassen zurückgeführt (1) und zweitens auf Normen gestützt wurde, die die Fraktion überhaupt nicht berechtigen (2). Die Fraktion Bündnis 90/Die Grünen hatte einen Gesetzentwurf zur Änderung des Kommunalwahlgesetzes in den schleswig-holsteinischen Landtag eingebracht, der u.a. auf die Abschaffung der 5%-Klausel zielte. In der abschließenden Lesung fand dieser Antrag jedoch nicht die notwendige parlamentarische Mehrheit – er wurde mit den Stimmen von CDU und SPD gegen die Stimmen von FDP, Bündnis 90/Die Grünen und SSW (Süd-schleswigscher Wählerverband) abgelehnt. Was als normaler politisch-parlamentarischer Prozess erscheint, wurde vom Bundesverfassungsgericht als Verletzung von Rechten der antragstellenden Fraktion gerügt – die parlamentarische Mehrheit hätte dem Antrag der Oppositionsfraktion im Ergebnis zustimmen müssen.

1. Schlichtes und qualifiziertes gesetzgeberisches Unterlassen

Zur Zulässigkeit des Antrags der Fraktion gelangt das Bundesverfassungsgericht zunächst, indem es den Antragsgegenstand in einer Maßnahme im Sinne des § 64 Abs. 1 BVerfGG erkennt und sich deshalb nicht mit der Frage auseinandersetzt, ob und unter welchen Voraussetzungen eine bloße Untätigkeit des Gesetzgebers im Wege des Organstreitverfahrens angreifbar ist. Denn es rekurriert insofern nicht auf die unterlassene Änderung des Kommunalwahlgesetzes, sondern auf die getätigte Ablehnung des Änderungsantrags. Weil der Gesetzgeber – der Landtag – sich hierbei ausführlich mit der Frage der Beibehaltung der Sperrklausel befasst und den entsprechenden Abschaffungsantrag explizit abgelehnt habe, stünde die Ablehnung des Gesetzentwurfs dem als Maßnahme i.S.d. § 64 Abs. 1 BVerfGG zu wertenden Erlass eines Gesetzes gleich und sei gerade kein schlichtes Unterlassen.

Diese Argumentation ist insofern konsequent, als das Bundesverfassungsgericht (ebenfalls in seiner Funktion als schleswig-holsteinisches Landesverfassungsgericht) vor nur fünf Jahren ein von der PDS initiiertes Organstreitverfahren gegen den Landtag von Schleswig-Holstein als unzulässig verworfen hat. Auch damals wurde die unterlassene Aufhebung der Sperrklausel im Kommunalwahlrecht gerügt, doch in der damaligen Konstellation gab es keinen ausdrücklich auf diese Sperrklausel bezogenen Änderungsantrag im Gesetzgebungsverfahren. Vielmehr bezog sich die damals anstehende

abrufbar: http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rk20080114_2bvr197507.html.

Änderung des Kommunalwahlgesetzes nur auf andere Bestimmungen dieses Gesetzes, namentlich auf die Verlängerung der Legislaturperiode und auf die Verschiebung des Wahltermins. Ein auf die Abschaffung der Sperrklausel gerichteter Entschließungsantrag der FDP-Fraktion stand zwar in zeitlichem, nicht jedoch in inhaltlichem Zusammenhang mit der konkreten Gesetzesänderung. Deshalb erkannte das Bundesverfassungsgericht den Antragsgegenstand in der damaligen Konstellation in einem gesetzgeberischen Unterlassen i.S.d. § 64 Abs. 1 BVerfGG, über den es freilich deshalb nicht entscheiden musste, weil der Antrag verfristet gestellt wurde.¹¹

Das Bundesverfassungsgericht zögert also in der Beantwortung der Frage, inwieweit das bloße Unterlassen Gegenstand eines Organstreitverfahrens sein kann. Dabei hätte es seine Funktion als Landesverfassungsgericht nutzen können, um sich diesem Thema vorsichtig und mit begrenzter Wirkung für das Bundesrecht zu nähern. Andere Landesverfassungsgerichte jedenfalls haben sich grundsätzlich für die Möglichkeit ausgesprochen, die Untätigkeit des Gesetzgebers im Organstreitverfahren zu überprüfen.¹² Das Bundesverfassungsgericht demgegenüber differenziert weiterhin zwischen einem schlichten Unterlassen und einem als Maßnahme zu wertenden Unterlassen, das terminologisch als qualifiziertes Unterlassen beschrieben werden könnte. Der Grund für diese Differenzierung liegt sicherlich in dem gebotenen Respekt gegenüber dem unmittelbar demokratisch legitimierten Gesetzgeber und seinen durch Mehrheitsbeschluss artikulierten und legitimierten politischen Entscheidungen. In die Entscheidungsfreiheit des Gesetzgebers, in sein Gesetzgebungsermessen,¹³ wagt sich das Bundesverfassungsgericht nur behutsam vor: Indem es (bislang) nur qualifiziertes Unterlassen als tauglichen Gegenstand von Organstreitverfahren anerkennt, belässt es dem Gesetzgeber noch immer die Entscheidungsfreiheit, ob er sich überhaupt mit einer bestimmten Fragestellung auseinandersetzt. Die verfassungsgerichtliche Kontrolle setzt danach zwingend eine gesetzgeberische Aktivität voraus. Wird diese aber ausgeübt, unterliegt die Ausübung des Gestaltungsermessens der verfassungsgerichtlichen Überprüfung.

Die Unterscheidung zwischen schlichtem und qualifiziertem Unterlassen des Gesetzgebers ist aus systematischer Perspektive nachvollziehbar. Ebenso vertretbar erscheint es, das qualifizierte Unterlassen als Maßnahme im Sinne des § 64 Abs. 1 BVerfGG zu verstehen und die Differenzierung insoweit auch am Wortlaut der Norm festzumachen. Gleichwohl könnte die Differenzierung aus zwei Gründen konstruiert wirken: Erstens könnte man die Entscheidung der

parlamentarischen Mehrheit, eine beantragte Gesetzesänderung nicht vorzunehmen, auch als Entscheidung verstehen, überhaupt nicht tätig zu werden. Sie wird im Unterschied zum schlichten Unterlassen eben nur im verfassungsrechtlich determinierten formellen Gesetzgebungsverfahren getroffen. Und zweitens hängt die Frage, ob ein schlichtes oder ein qualifiziertes Unterlassen vorliegt, letztlich allein vom Handeln der möglichen Gesetzesinitianten ab. Sie könnten aus dieser Entscheidung die Schlussfolgerung ziehen, verstärkt auch politisch nicht mehrheitsfähige Gesetzesvorschläge in die Parlamente einzubringen, um sie dann mit Hilfe der Verfassungsgerichte durchzusetzen.

Doch gerade aus diesen beiden Gründen ist jedenfalls bei Organstreitverfahren die Differenzierung zwischen schlichtem und qualifiziertem gesetzgeberischen Unterlassen zutreffend und vor allem auch geboten. Denn (nur) sie trägt der Gewaltenteilung zwischen der politisch-parlamentarischen Gesetzgebung und ihrer verfassungsgerichtlichen Kontrolle Rechnung. Organschaftliche Rechte können nämlich notwendigerweise nur geltend gemacht werden, wenn es zu einer formalen Betätigung dieser Organe entsprechend ihrer verfassungsrechtlichen Befugnisse kommt. Will eine Fraktion einen bestimmten Gesetzesbeschluss bewirken, genügt es insoweit nicht, einen bloßen Entschließungsantrag in das Parlament einzubringen, weil das Parlament dann zwar als Parlament, aber nicht als Gesetzgebungsorgan tätig wird. Erst mit der Beschreitung des verfassungsrechtlich determinierten Gesetzgebungsverfahrens ist die Kontrolle durch die Verfassungsgerichte eröffnet, und insofern macht es einen gewichtigen Unterschied, ob der Gesetzgeber sich noch im Vorfeld einen Willen bildet oder ob er diesen Willen durch einen entsprechenden Beschluss im Parlament artikuliert und dadurch ausübt. Auch dass die Unterscheidung zwischen schlichtem und qualifiziertem Unterlassen vom Handeln der möglichen Gesetzesinitianten abhängt, ist verfassungsrechtlich zulässig und gewollt, denn zunächst müssen die politischen Gestaltungsrechte zum Einsatz kommen, bevor die rechtlichen Kontrollinstrumente bemüht werden. Die Gefahr, dass die Verfassungsgerichte verstärkt an Stelle der Parlamente entscheiden, ist jedenfalls solange gebannt, wie sich die Verfassungsgerichte im Rahmen der jeweiligen Verfahrensvorgaben bewegen. Dies freilich hat das Bundesverfassungsgericht im vorliegenden Fall versäumt.

2. Abstrakte Normenkontrolle im Organstreitverfahren

Es ist nämlich nicht allein die Qualifizierung des Antragsgegenstands als Maßnahme, die zu dem merkwürdig anmutenden Ergebnis führt, die parlamentarische Mehrheit hätte einem Gesetzesentwurf der parlamentarischen Minderheit zustimmen müssen. Vielmehr resultiert diese Form der Gesetzgebungspflicht vor allem aus dem Umstand, dass das Bundesverfassungsgericht ein Organstreitverfahren für eine abstrakte Normenkontrolle zweckentfremdet hat. Im Tenor hält sich das Bundesverfassungsgericht zwar zurück, wenn es nur die Verletzung der Rechte der antragstellenden Fraktion, nicht aber den Verstoß einer Norm gegen Verfassungsrecht und damit deren Nichtigkeit feststellt. Im Ergebnis freilich hat es zum Ausdruck gebracht, dass die in § 10 Abs. 1

¹¹ BVerfG, Beschl. v. 11.3.2003 – 2 BvK 1/02. Der Beschluss war am 17. März im Internet einsehbar unter: http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/ks20030311_2bvk000102.html.

¹² Vgl. VerfGH Rheinland-Pfalz DVBl. 1972, 783 (784 f.); VerfGH Nordrhein-Westfalen DVBl. 1999, 1271; LVerfG Mecklenburg-Vorpommern NordÖR 2001, 64 (65).

¹³ Vgl. hierzu umfassend K. Messerschmidt, Gesetzgebungsermessen, 2000, passim.

GKWG-SH normierte Fünf-Prozent-Klausel derzeit gegen Verfassungsrecht verstößt. Vor allem aber hat es sich weder in der Antragsbefugnis noch – konsequenterweise – in der Begründetheit auf den Prüfungsmaßstab von organschaftlichen Rechten beschränkt, sondern vielmehr mit dem Grundsatz der Wahlrechtsgleichheit und dem Grundsatz der Chancengleichheit zwei verfassungsrechtliche Maßstäbe gewählt, deren etwaige Verletzung Fraktionen im Landtag nicht in ihren organschaftlichen Rechten betrifft. Bei einer abstrakten Prüfung der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit von Sperrklauseln im Wahlrecht kommen natürlich sowohl die Wahl- als auch die Chancengleichheit als Maßstab in Betracht, denn Sperrklauseln bewirken stets sowohl eine Ungleichgewichtung (des Erfolgswerts, nicht des Zählwerts) der Wählerstimmen als auch eine Beeinträchtigung der Chancengleichheit der (kleineren) politischen Parteien. Doch keine dieser Rechte kann von einer Fraktion geltend gemacht werden.

Der grundgesetzlich in Art. 38 Abs. 1 S. 2 verankerte Grundsatz der Gleichheit der Wahl normiert nur ein (mit der Verfassungsbeschwerde bewehrtes) grundrechtsgleiches Recht der Wähler, nicht hingegen ein organschaftliches Recht von Fraktionen. Und der Grundsatz der Chancengleichheit der Parteien berechtigt allein politische Parteien, nicht hingegen ihre Fraktionen. Wenn das Bundesverfassungsgericht nun lapidar formuliert, die Fraktion sei schon deshalb antragsbefugt, weil sie „an den Kommunalwahlen in Schleswig-Holstein teilnimmt [und deshalb] durch die Aufrechterhaltung der Fünf-Prozent-Sperrklausel in ihren Rechten auf Chancengleichheit und Gleichheit der Wahl und damit in ihren statusmäßigen Rechten betroffen [wird]“,¹⁴ vermag dies in keiner Weise zu überzeugen. Die Antragstellerin ist eine Fraktion des Landtags, die nicht an Kommunalwahlen teilnehmen kann. An den Kommunalwahlen nehmen politische Parteien und sonstige Wählervereinigungen teil, und nur ihnen steht das aus Art. 21 Abs. 1 GG abgeleitete Recht auf Chancengleichheit zu.

Der apodiktischen Formulierung des Bundesverfassungsgerichts ist nicht zu entnehmen, ob es womöglich seine Rechtsprechung, nach der politische Parteien ihre Rechte aus Art. 21 GG im Wege des Organstreitverfahrens geltend machen können, aufgeben und diese Rechte statt dessen in die Obhut der jeweiligen Fraktionen legen will. Während ersteres mit guten Gründen zu begrüßen wäre,¹⁵ wäre letzteres schon deshalb unzulässig, weil dann nur die in den Parlamenten vertretene Parteien in den Genuss der prozeduralen Absicherung der Rechte aus Art. 21 GG kämen, was wiederum der Gleichheit der politischen Parteien widerspräche. Aber so weit lässt sich die Entscheidung gar nicht interpretieren. Das Bundesverfassungsgericht scheint hier vielmehr so von dem Anliegen getragen worden zu sein, inhaltlich über die Sperrklauseln im Kommunalwahlrecht Schleswig-Holsteins zu entscheiden, dass es sich über die Zulässigkeitsprobleme einfach hinweg gesetzt hat. Damit hat es freilich die Balance

zwischen dem demokratisch-politischen Gesetzgebungsprozess und seiner verfassungsrechtlichen Kontrolle erheblich gestört.

Sicherlich ist der häufig geäußerte Befund zutreffend, dass der Wahlrechtsgesetzgeber „nie befangener [ist], als wenn es um die Wahlgleichheit geht.“¹⁶ Doch abgesehen davon, dass dies für das Kommunalwahlrecht nur eingeschränkt gilt, besteht keine verfassungsprozessuale Lücke, die es rechtfertigen würde, die parlamentarische Mehrheit zu verpflichten, einem Gesetzentwurf der parlamentarischen Minderheit zuzustimmen. Das Wahlrecht kann sowohl im Rahmen einer abstrakten Normenkontrolle als auch im Wege einer Wahlprüfung und damit letztlich im Rahmen eines konkreten Normenkontrollverfahrens überprüft und dann sogar gegebenenfalls für nichtig erklärt werden. Dass abstrakte Normenkontrollverfahren regelmäßig nur von einem größeren Quorum des jeweiligen Parlaments, zumeist einem Viertel oder einem Drittel, initiiert werden können, hat seinen guten Grund u.a. in der Gewaltenbalance zwischen parlamentarischer Entscheidungsfindung und verfassungsgerichtlicher Überprüfung. Und über die Wahlprüfung und eine konkrete Normenkontrolle ist die Verfassungskontrolle auch in solchen Fällen eröffnet, in denen die agierenden politischen Parteien kein Interesse an einer Änderung des Wahlrechts haben sollten, wie etwa der zitierte Fall in Thüringen zeigt.

Vor diesem Hintergrund ist der Preis, den das Bundesverfassungsgericht für die Absenkung der unmittelbaren Fünf-Prozent-Sperrklausel auf das Maß der durch die Größe der Vertretungsorgane bedingten mittelbaren Sperrwirkung gezahlt hat, zu hoch.

Prof. Dr. Matthias Rossi, Augsburg

¹⁴ Rn. 84 des Urteils.

¹⁵ Vgl. hierzu bspw. *Ipsen*, in: Sachs (Hrsg.), GG, Kommentar, 4. Aufl. 2007, Art. 21 Rn. 50 ff.

¹⁶ *H. Meyer*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR III, 3. Aufl. 2005, § 46 Rn. 29.