Josef Schüßlburner
W a h l r e c h t s k r i t i k
1.Teil: Wahlrecht mit Verbotswirkung: Die Aussperrklausel

19.05.2022

Scheitert die Oppositionspartei Alternative für Deutschland (AfD) nunmehr an der Sperrklausel des Wahlrechts? Diese Partei ist bei der Landtagswahl in Schleswig-Holstein am 8. Mai 2022[1] erstmals seit ihrer Quasi-Etablierung mit 4,4 % Stimmen an der Sperrklausel von 5% gescheitert.[2] Der Einzug in den Landtag des Saarlandes in der vorher am 27. März 2022 durchgeführten Landtagswahl[3] stand bereits auf der Kippe, wenngleich die wahlrechtliche Hürde mit 5,7 % der Stimmen gerade noch überwunden werden konnte[4] und dies sogar eher überraschender Weise. Verhängnisvoll hätte sich ein Scheitern im einwohnermäßig größten Bundesland Nordrhein-Westfalen (NRW) ausgewirkt, wo die Partei bei der Landtagswahl am 15. Mai 2022[5] mit 5,4 % der Stimmen, anstelle der durchaus möglichen und auch vorausgesagten 7 bis 8%, ebenfalls beinahe an die Aussperrklausel des Wahlrechts gescheitert wäre.[6] Ein Scheitern in NRW hätte wegen seiner quantitativen Auswirkung auf die gesamte Republik bereits das Ende auch dieses Parteiversuchs einleiten können. „Endet die Erfolgsgeschichte der AfD?“ ist eine berechtigte Frage[7] und Aussagen, wonach das Wahlergebnis in NRW beweisen würde, daß die Partei „keine Eintagsfliege“[8] sei, haben fast schon den Charakter von Durchhalteparolen.

Zusammenhang von wahlrechtlicher Sperrklausel und VS-Politik gegen Opposition im alliierten Interesse

Diese Situation wirft natürlich neben zahlreichen anderen Aspekten die grundlegende Frage des bundesdeutschen Wahlrechts auf, die vor allem in der sog. „Sperrklausel“ besteht. Diese sollte man sich etwa im Zusammenhang mit der ohnehin gebotenen Änderung des Bundeswahlgesetzes[9] widmen. Auch wenn dies formal-rechtlich bestritten wird, besteht ein komplexer politisch zwingender Zusammenhang zwischen dieser wahlrechtlichen Klausel und der Zielsetzung, die durch den besonderen „Verfassungsschutz“ der bundesdeutschen Art erreicht werden soll, nämlich die Marginalisierung und Ausschaltung einer neuen Rechtspartei, allerdings unter Inkaufnahme von Kollateralschäden. Durch das Instrument

---

[1] S. https://www.ndr.de/nachrichten/schleswig-holstein/landtagswahl_2022/Endergebnis-CDU-gewinnt-Landtagswahl-in-SH-mit-434-Prozent,landtagswahl4246.html

[2] S. dazu die hervorragende Analyse von *Daniel Fiß*: https://sezession.de/65826/faktenlage-12-wahlanalyse-schleswig-holstein

[3] S. https://de.wikipedia.org/wiki/Landtagswahl_im_Saarland_2022?msclkid=71206f3dcf6d11ec9c98300dae42775e

[4] S. dazu die ebenfalls hervorragende Analyse von *Daniel Fiß*: https://sezession.de/65826/faktenlage-12-wahlanalyse-schleswig-holstein

[5] S. https://www.welt.de/politik/deutschland/article238308789/Landtagswahl-NRW-Alle-Wahlergebnisse-und-Grafiken-So-wurde-gewaehlt.html

[6] S. dazu die wiederum hervorragende Analyse von *Daniel Fiß*: „Es fehlen feste Milieustrukturen, gesellschaftliche Verankerungen, kommunale Sichtbarkeit und authentisches und kompetentes Personal“ https://sezession.de/65856/faktenlage-13-wahlanalyse-nordrhein-westfalen
wobei bei letzterem der in der Analyse nicht explizit genannte „Verfassungsschutz“ schon eine entscheidende Rolle spielt.

[7] Gestellt von *Reitschuster*: https://reitschuster.de/post/endet-die-erfolgsgeschichte-der-afd/

[8] S. https://www.freiewelt.net/blog/afd-landessprecher-martin-vincentz-wir-sind-keine-eintagsfliege-10089194/

[9] S. zur gerade wieder angestoßenen Diskussion: https://www.msn.com/de-de/nachrichten/politik/wahlrechtsreform-ampel-abgeordnete-wollen-zahl-der-parlamentarier-auf-598-deckeln/ar-AAXq74s?ocid=msedgdhp&pc=U531&cvid=c9c8b0b2de6e49bfa7023e44b6be61ab

„Verfassungsschutz“ wird die Sperrwirkung dieser Klausel, die für eine neue Partei ohnehin schon erheblich höher ist als die formal vielleicht sogar als gering erscheinenden 5% der Wähler, ins Unüberwindliche erhöht. Neben der Tatsache, daß „Verfassungsschutzberichte“ dabei die Funktion einer Staatspropaganda zugunsten der etablierten Konkurrenzparteien annehmen, wird eine „beobachtete“ und „gelistete“ Partei aufgrund der einsetzenden Diskriminierungsmaßnahmen, insbesondere im öffentlichen Dienst, um aktive und qualifizierte Mitglieder gebracht, die man dem Wähler als Kandidaten bei Parlamentswahlen anbieten könnte. Damit wird die Freiheit einer Parlamentswahl entschieden beeinträchtig, selbst wenn die Wahl formal korrekt abläuft. Diese Beeinträchtigung der Freiheit der Wahl wird dabei ein einer Weise geschickt verschleiert, daß es der etablierten Politik dann weitgehend geglaubt wird, wenn sie dann mit der Parole hausieren geht, „die Wähler“ hätten „demokratisch“ die „Extremisten“ abgewählt. Deshalb brauche man nicht zu garstigen Parteiverboten greifen, die - dies wird zumindest gespürt - zu einer liberalen Demokratie doch nicht so richtig passen, wenngleich natürlich die besondere Parteiverbotskonzeption[10] erforderlich ist, um auch die Kombination von wahlrechtlicher Sperrklausel und Einsatz von „Verfassungsschutz“ effektiv zu machen.

Auch historisch ist der Zusammenhang der bundesdeutschen Parteiverbotskonzeption, die aus dem alliierten Parteienlizenzierungssystem hervorgegangen ist, mit dem daraus abgeleiteten Parteiverbotssurrogat[11] und der wahlrechtlichen Sperrklausel nachzuweisen: Die Sperrklausel des Wahlrechts setzt die Geltung des Verhältniswahlrechts voraus, das die Parlamentssitze proportional zum Stimmenanteil für die jeweilige Parteiliste vergibt. Wenngleich sich die deutschen Parteien seit dem revolutionären Wechsel des Wahlsystems[12] von 1918 / 19 überwiegend zum sog. Proporz bekennen,[13] ist die Vorentscheidung zur Wiedereinführung des Verhältniswahlrechts nach dem Zweiten Weltkrieg letztlich von den Besatzungsmächten getroffen worden. Unter dem bei fehlender Gründungsfreiheit (der das alliierte Lizenzierungssystem entgegenstand) errichteten „Mehrparteiensystem“, das von der Sowjetunion mit ideologisch gegenüber „rechts“ beschränkter, d.h. verbietender Wirkung initiiert worden war, und als solches mittlerweile freiheitlicher Verfassungswert der Bundesrepublik Deutschland und letztlich eigentliches Schutzgut ihres besonderen Parteiverbotssystems[14] darstellt, etablierte sich eine Interessenkonstellation, die zur Einführung des proportionale Wahlsystems drängte. Mindestens bis 1947 hofften die USA nämlich, mit dem Weltkriegsverbündeten Sowjetunion, bekanntlich einem Muster an demokratischer Humanität und Grundrechtsfreundlichkeit, zu einer gemeinsamen Deutschlandpolitik zu gelangen. Dies gebot eine Rücksichtnahme auf die ohnehin von ihr ideologisch zunächst begünstigte KPD,[15] die nicht nur aus ideologischen Gründen einen strikten Proporz befürwortete. Auch in Japan, wo auf die Sowjetunion kaum Rücksicht genommen werden mußte, propagierten die USA, bemerkenswerter Weise im Widerspruch zur eigenen politischen Tradition, zugunsten der von ihnen zunächst ideologisch bevorzugten Kommunisten ebenfalls

---

[10] S. dazu die Abhandlungen zur Serie Parteiverbotskritik:
https://links-enttarnt.de/parteiverbotskritik-uebersicht-der-einzelnen-teile

[11] S. dazu die Beiträge zur Serie zum Parteiverbotssurrogat:
https://links-enttarnt.de/kritik-des-parteiverbotssurrogats-uebersicht

[12] Wobei der Übergang vom sog. Majorz zum sog. Proporz einer generellen Entwicklung in Europa der damaligen Zeit entsprach, s. die kritische Darlegung dieser Entwicklung bei *Ferdinand A. Hermens,* Demokratie oder Anarchie? Untersuchungen zur Verhältniswahl, Köln 1968.

[13] Die Vorstellungen der einzelnen Parteien zum Wahlrecht finden sich dargestellt bei *Erhard H. M Lange,* Wahlrecht und Innenpolitik. Entstehungsgeschichte und Analyse der Wahlgesetzgebung und Wahlrechtsdiskussion im westlichen Nachkriegsdeutschland 1945 - 1956, 1975, S. 135 - 302.

[14] S. dazu die Ausführungen im 9. Teil der Serie zur Parteiverbotskritik: **Etabliertes Parteiensystem als eigentliches Schutzgut des Parteiverbots oder: Die profaschistische Wurzel der bundesdeutschen Parteiverbotskonzeption** https://links-enttarnt.de/parteiverbotskritik-teil-9

[15] S. *Lange*, a.a.O., insbes. S. 31.

das Verhältniswahlsystem;[16] nach der politischen Wendung gegen den Kommunismus im Kontext des Ost-West-Konflikts durfte Japan zum relativen Mehrheitswahlrecht von 1925 in Zweier- und Dreier- Wahlkreisen zurückkehren. Nicht zuletzt der weiterhin indirekt auf Japan ausgeübte ideologie-politische Druck zugunsten linkspolitischer Interessen, die der japanischen Tradition widersprechen, führte dann erst 1995 zur Einführung eines dem bundesdeutschen Wahlrecht angenäherten Wahlsystems.[17]

Auf die Besatzungszeit und die dabei etablierten parteipolitischen Interessen geht die zentrale Problematik des bundesdeutschen Wahlrechts zurück, nämlich das Instrument der wahlrechtliche Sperrklausel in der Regel in Höhe von 5%, was sich als eine Art Verfassungsgewohnheitsrecht etabliert hat. Das bundesdeutsche Wahlrecht ist deshalb mit einer Verbotswirkung behaftet, die der Wirkungsweise einer freien Demokratie mit ihrem zur Entscheidungsfindung des Volks und damit im Interesse des Auswahrcharakter des freien Wahlrechts offen ausgetragenen Links-Rechts-Antagonismus[18] entgegensteht. Dieser Problematik gilt es nachzugehen.

Grundzüge des geltenden bundesdeutschen Wahlrechts

Obwohl sich die Vertreter des deutschen Widerstandes gegen das NS-Regime fast zur Gänze dafür ausgesprochen hatten[19] mit dem Weimarer Wahlproporz zu brechen und zum Mehrheitswahlrecht überzugehen bzw. zu einem Wahlrecht zurückzukehren, wie es im Kaiserreich praktiziert[20] worden ist (sog. absolutes Mehrheitswahl mit Stichwahl), werden seit der in Deutschland etablierten Besatzungsherrschaft und letztlich aufgrund der besatzungspolitischen Interessenlage zugunsten der Demokratisierungsagentur deutsche Kommunisten die Parlamente und Volksvertretungen in Ländern und Gemeinden und seit 1949 auch der Bundestag nach den Grundsätzen der Verhältniswahl gewählt. Gegenüber dem zur Zeit der Weimarer Republik des aufgrund verfassungsrechtlich vorgeschriebenen Verhältniswahlsystems relativ strikt praktizierten Proporz,[21] liegt die Besonderheit[22] des bundesdeutschen Wahlrechts dabei zum einen in der wenngleich nicht in allen Bundesländern praktizierten sog. „Personalisierung“ der Verhältniswahl, die ein Element des sog. Mehrheitswahlrechts mit dem Prinzip der Verhältniswahl verbinden soll.

Die Hälfte der Parlamentsabgeordneten wird dabei in der Regel nach dem relativen Mehrheitswahlrecht, die andere Hälfte nach dem Verhältniswahlrecht gewählt. Dies führt dazu, daß der einzelne Wähler über zwei Stimmen verfügt, wobei die sog. Erststimme für den Wahlkreiskandidaten und die sog. Zweitstimme für die Parteiliste abgegeben wird, die für die Bundestagswahl von den an der Wahl teilnehmenden politischen Parteien nach Landeslisten aufgestellt werden muß. Ungeachtet des mit der Erststimme eingeführten Elements der

---

[16] S. *Dieter Nohlen*, Wahlsysteme der Welt. Daten und Analysen - Ein Handbuch, 1978, S.178 und *Axel Klein*, Das Wahlsystem als Reformobjekt - Eine Untersuchung zu Entstehen und Auswirkung politischer Erneuerungsversuche am Beispiel Japan, Bonn 1998, S. 46 ff.

[17] S. zur Wahlrechtsfrage in Japan, umfassend *Axel Klein*, a.a.O.

[18] S. dazu das Buch des Verfassers: Konsens-Demokratie. Die Kosten der politischen Mitte, http://www.amazon.de/Konsensdemokratie-Die-Kosten-politischen-Mitte/dp/3935063946/ref=sr_1_2?s=books&ie=UTF8&qid=1364712411&sr=1-2

[19] S. Nachweise bei *Ferdinand A. Hermens,* Verfassungspolitischer Neubeginn? in: *VuVW* 1967, S. 1 ff., S. 2, Fn. 2.

[20] S. https://de.wikipedia.org/wiki/Wahlrecht_im_Norddeutschen_Bund_und_im_Deutschen_Kaiserreich

[21] Daß dieser jedoch nicht so vollkommen praktiziert worden ist, wie häufig angenommen wird, s. die nachfolgende Darlegung der Weimarer Rechtslage.

[22] S. *Nohlen*, a.a.O., S. 299 ff. stuft das bundesdeutsche Wahlsystem in seiner weltweiten Darstellung der Wahlsysteme unter „besondere Wahlsysteme“ ein, s.; es liegt also ein deutscher Wahlrechtssonderweg vor!

(relativen) Mehrheitswahl liegt jedoch insgesamt ein System der Verhältniswahl vor, da sich für die parteipolitische Zusammensetzung des Parlaments letztlich der proportionale Stimmenanteil, der für die jeweilige Parteiliste abgegeben wird, als entscheidend darstellt. Das im Wahlsystem enthaltene Element des Mehrheitswahlrechts wirkt sich insofern modifizierend aus, als zunächst die gewählten Direktkandidaten den Parlamentssitz enthalten und danach erst die Anzahl von der jeweiligen Liste genommen werden, die der Partei aufgrund ihres proportionalen Stimmenanteils noch fehlen. Diese Kombination von zwei Wahlsystemen kann aufgrund von sog. Überhangmandaten zur Verzerrung des proportionalen Stimmenanteils führen, weil eine Partei aufgrund der Direktmandate mehr Parlamentssitze erhält als ihr nach dem proportionalen Stimmenanteil für die Parteiliste zustünden.[23] Diese Verzerrung der Parteienproportionalität wird nach dem Wahlrecht einiger Bundesländer durch sog. Ausgleichsmandate korrigiert, wobei dieser Mechanismus mit einer gewissen Berechtigung schon seit längerem auch für das Bundestagswahlrecht gefordert worden war[24] und zwischenzeitlich eingeführt[25] wurde. Bei einem weitgehend einheitlichen Stimmenverhalten der Wähler in Bezug auf Erst- und Zweitstimme tritt die Notwendigkeit eines Ausgleichsmechanismus in der Regel dann nicht auf, wenn durch eine möglichst gleiche Wahlkreisgröße dem Entstehen von Überhangmandaten entgegengewirkt ist.

Die vor allem interessierende weitere Besonderheit des bundesdeutschen Wahlrechts liegt in der Existenz von Sperrklauseln, die ungeachtet ihrer unterschiedlichen Ausgestaltung in den einzelnen Wahlrechten von Bund und Ländern[26] darauf hinauslaufen, daß bei der Verteilung der Parlamentssitze Wählerstimmen für Parteien unberücksichtigt bleiben, die unter 5 % der insgesamt abgegebenen Stimmen geblieben sind, oder in den Worten der zentralen Vorschrift von § 6 Absatz 3 Satz 1 des Bundeswahlgesetzes (in der geltenden Fassung):

> **Bei Verteilung der Sitze auf die Landeslisten werden nur Parteien berücksichtigt, die mindestens 5 Prozent der im Wahlgebiet abgegebenen gültigen Zweitstimmen erhalten oder in mindestens drei Wahlkreisen einen Sitz errungen haben.**

Diese Regelung wurde zur Wahl des 2. Bundestages 1953[27] eingeführt, während zur 1. Bundestagswahl 1949[28] noch eine Sperrklausel gegolten hatte, die sich auf das jeweilige Bundesland bezog.[29] Damit haben alle Parteien, die mindestens 5% der in einem Bundesland abgegebenen Stimmen erhalten, an der Verteilung des diesem Land zustehenden festen Kontingents von Mandaten teilgenommen, wenn sie mindestens 5% der in diesem Land abgegebenen gültigen Stimmen erreicht hatten. Dies führte zu Verzerrungen, die sich jedoch im Vergleich zu den Auswirkungen der späteren 5 %-Klauseln in Grenzen hielten: So kam die linksextreme KPD bei einem Stimmenanteil von 5,7% der Wähler des gesamten Bundesgebietes auf 15 Sitze, während die rechte Deutsche Partei mit insgesamt 4,0% der gültigen Stimmen auf 17 Bundestagssitze kam; der KPD waren insgesamt 360.000 Stimmen verlustig gegangen, weil sie nicht in jedem Bundesland die 5%-Grenzen überschreiten konnte.[30]

---

[23] Die Regelung, wonach der entsprechenden Partei diese Direktmandate verbleiben, hat *Werner Füßlein,* Die Fortentwicklung des Bundeswahlrechts in den Bundeswahlgesetzen von 1949, 1953 und 1956, in: *DÖV* 1957, S. 601 ff., S. 603, nicht ganz zutreffend als die einzige Konzession an das Mehrheitswahlrecht bezeichnet.

[24] S. *Wolfgang Hegels,* Chancengleichheit der Parteien, in: *ZRP* 1969, S. 105 ff., S. 107.

[25] S. dazu etwa *Thorsten Brückner*, Alle Macht der Liste. Bundestag: Das neue Wahlrecht schwächt die Stellung der direkt gewählten Abgeordneten und stärkt die Macht der Parteien bei der Kandidatenaufstellung.

[26] S. dazu *Erich Röper,* Die 5%-Klauseln im Wahlrecht von Bund und Ländern, in: *DÖV* 1980, S. 327 ff., S. 327, welche grundsätzlich von der Verfassungsmäßigkeit der Sperrklauseln ausgeht, jedoch spezielle Ausgestaltungen für verfassungswidrig hält.

[27] S. https://de.wikipedia.org/wiki/Bundestagswahl_1953

[28] S. https://de.wikipedia.org/wiki/Bundestagswahl_1949

[29] S. BGBl. 1949 S. 21, 25.

[30] S. *Lange,* Wahlrecht, a.a.O., S. 412.

Nach dem geltenden Bundestagswahlrecht tritt eine Befreiung von der Wirkung der 5%-Klausel durch die sog. Alternativ- oder Grundmandatsklausel[31] ein, wonach der proportionale Stimmenanteil einer Partei bei Verfehlen der Sperrklausel dann berücksichtigt, d. h. in Parlamentssitze umgerechnet wird, wenn eine Partei drei Direktmandate erreicht. Von dieser Regelung hat zuletzt bei den Bundestagswahlen 2021[32] die bundesdeutsche SED profitiert, die mit 4,9% der Stimmen doch nochmals in den Bundestag kam. Im Wahlrecht zum 2. Bundestag hatte hierzu noch ein Direktmandat genügt. Die Erhöhung auf drei Direktmandate wurde zusammen mit der Verschärfung der Sperrklausel 1956 zur Wahl des 3. Deutschen Bundestages 1957[33] in das Bundeswahlrecht eingeführt.[34]

Verfassungswidriger Schutz des besatzungsrechtlich etablierten Parteiensystems

Mit dem etablierten Verhältniswahlrechtssystem fand der zur Beratung des Grundgesetzes proportional aus dem nach Proporz gewählten Landtagen errichtete Parlamentarische Rat im Jahr 1948 bereits Sperrklauseln vor, da einzelne von der jeweils zuständigen Besatzungsmacht erlassenen, initiierten oder gebilligten Wahlgesetze zu den Gemeinde- und Kreistagen sowie zu den vorkonstitutionellen Landtagen der Länder bereits derartige Sperrklauseln enthielten. Die geringsten Kontroversen hatte die Einführung einer derartigen Sperrklausel in Hessen ausgelöst, dessen Kommunalwahlrecht sogar eine 15%-Klausel enthielt.[35] Als wesentliche Begründung für diese Sperrklauseln wurde dabei die Sperrwirkung gegen sog. „Splitterparteien“ angeführt. Dabei wollten SPD und CDU den anderen von der amerikanischen Besatzungsmacht lizenzierten Parteien KPD und LDP (FDP) entgegenkommen, indem auf die 15%-Klausel verzichtet und stattdessen eine 5%-Klausel vorgesehen wurde. Der hessische KPD-Abgeordnete *Bauer* empfahl allerdings die Streichung einer derartigen Klausel, da man sich an die vier (gemeint: von der demokratischen Besatzungsmacht als demokratisch zugelassenen) Parteien gewöhnt habe. Die LDP stimmte der KPD grundsätzlich zu, es sollte grundsätzlich keine derartige Sperrklausel geben, allerdings sei zu bezweifeln, ob das deutsche Volk aus der Vergangenheit schon die erforderlichen Lehren gezogen habe (wie dies offenbar die Demokraten getan haben). „Eigenbrötlerische Personen“ könnten sich das Fehlen von Schutzvorschriften zunutze machen und Parteigründungen „ungesunder Art“ vollziehen. Die CDU befürchtete, daß in Zukunft „die Lust zu einem Sondervorgehen aus dem Bedürfnis eines Interessenkreises“ wachsen könne, so daß die Gefahr der Bildung von „neuen Gruppen außerhalb der politischen Parteien“ beträchtlich sei.

Zu Recht hat *Wenner*[36] den Duktus dieser Sperrklauseldebatte wie folgt kommentiert: „Die vier zugelassenen Parteien sind sich einig, daß sie allein legitimer Weise das politische Spektrum abdecken und Gründungen anderer Parteien weder vorgesehen noch erwünscht sind. Je nach Stärke der eigenen Partei erscheinen 5% gerade noch erträglich (LDP) oder gerade noch ausreichend (CDU), und da die SPD, die noch über die absolute Mehrheit verfügt, die kleineren Parteien nicht vernichten will, einigt man sich auf 5 % ohne das Erfordernis eines Direktmandats. Schutzgut der Klausel ist das zufällig[37] entstandene Parteienspektrum, das sich gegen zukünftige Konkurrenz abschirmen will, zumal dem Wähler noch die notwendige Reife

---

[31] S. dazu *Hegels*, a.a.O., S. 105 f.
[32] S. https://de.wikipedia.org/wiki/Bundestagswahl_2021
[33] S. https://de.wikipedia.org/wiki/Bundestagswahl_1957
[34] S. dazu auch *Füßlein*, a. a. O.
[35] S. dazu *Ulrich Wenner,* Sperrklauseln im Wahlrecht der Bundesrepublik Deutschland, 1986, S. 66 ff.
[36] S. a.a.O., S. 68 f.
[37] Dieses ist natürlich nicht „zufällig“ entstanden, sondern geht auf die Koalition zwischen *democracy* und sowjetischer Spezialdemokratie zurück und wird im Verfassungsschutzrecht der Bundesrepublik Deutschland als „Mehrparteiensystem“ gegenüber der nichtlizenzierten Opposition geschützt.

fehle, Parteienzersplitterung durch sein Wahlverhalten zu vermeiden.“ Dieser Zweck der Sperrklausel wird auch durch die Diskussion in anderen Ländern der westlichen Besatzungszone bestätigt. In der Diskussion in Rheinland-Pfalz[38] wurde dabei von der CDU ein Zusammenhang zwischen „Splitterparteien“ und den „Feinden der Demokratie“ hergestellt, die durch die 5 %-Klauseln abgewehrt werden sollten. Damit war die Funktion dieser Klausel als eine Art Verbotssurrogat (Ersatzverbotssystem) für nicht von den demokratisierenden Besatzungsmächten lizenzierte Parteien offen ausgesprochen worden. Im Parlamentarischen Rat findet sich zumindest der Gedanke des Gleichsetzen „kleiner Splitterparteien“ mit (später so genannten) „extremistischen“ Parteien bei den Beratungen zum späteren Artikel 79 Abs. 3 GG in der Begründung des Abgeordneten *de Chapeaurouge* (CDU), der die Notwendigkeit dieses Artikels damit begründet hat, es müsse verhindert werden, „daß im Geschäftsgang des Bundestages von kleinen (!) Splittergruppen, deren Entstehen man (!) nicht verhindern könne (!), Einzelanträge gestellt würden, die inhaltlich auf eine Beseitigung der freiheitlichen und demokratischen Grundordnung hinzielten.“

Abgesehen von der Abwegigkeit der Begründung - als ob eine Bestimmung von der Art des Artikels 79 GG wegen „kleiner Splittergruppen“, deren Anträge man bei Geltung des Mehrheitsprinzips man wohl leicht überstimmen könnte, notwendig wäre - wird damit deutlich, daß man vor allem derartigen „kleinen Splittergruppen“ zugetraut hat, „verfassungsfeindlich“ zu sein: Eine aus der Sicht der damals lizenzierten Parteien, die sich selbst - damals noch und seit den 1990er Jahren wieder unter Einschluß der Kommunisten - als „demokratisch“ einstuften, sicherlich richtige Einschätzung, da eine nach Aufhebung des alliierten Lizenzierungszwanges entstehende deutsche Partei nun einmal als „Splittergruppe“ anfangen mußte. Mit dem Gleichsetzen von „Splittergruppe“, die nur eine nicht lizenzierte neue Partei meinen konnte, mit Parteien, die „verfassungsfeindliche Anträge“ stellen würden, sollten zu erwartende neue Parteien gleich mit dem Odium der Verfassungswidrigkeit versehen und nach Möglichkeit durch wahlrechtliche Sperrklauseln behindert werden, ohne förmlich zu dem demokratietheoretisch problematischen Parteiverbot schreiten zu müssen.

Im den das Grundgesetz vorbereitenden Verfassungskonvent von Herren-Chiemsee war dieser Gedanke dahingehend rationalisiert worden, daß zur Sicherung „gegen arbeitsunfähige Parlamente“ für das Grundgesetz eine Regelung vorgeschlagen wurde, wonach das Bundeswahlgesetz bestimmen könne, daß Parteien, die weniger als 5 % der gültigen Stimmen auf sich vereinigen, keinen Sitz erlangen und daß auf zusammengerechnete Reststimmen einer Partei nicht mehr Sitze entfallen, als die Partei unmittelbar in Wahlkreisen erlangt hat.[39] Der Parlamentarische Rat nahm zunächst unter Anlehnung an verfassungsrechtliche Ermächtigungen in bereits erlassenen und von der zuständigen Besatzungsmacht genehmigten Landesverfassungen eine Formulierung auf, wonach das Bundeswahlgesetz bestimmen könne, daß Parteien, die nicht „einen bestimmten Hundertsatz aller gültigen Stimmen“ auf sich vereinigen können, keinen Parlamentssitz erhalten. Letztlich setzte sich diese Formulierung nicht durch,[40] sondern diese grundgesetzliche Sperrklauselermächtigung wurde im Laufe der Beratungen vor allem mit der Begründung gestrichen, daß sie einen Verstoß gegen die Wahlfreiheit darstelle und den größeren Parteien eine Art Monopolstellung einräume. In der der Abstimmung vorausgehenden Schlußdebatte, die schließlich zur knappen Ablehnung dieser grundgesetzlichen Ermächtigung an den Gesetzgeber zum Erlaß einer Sperrklausel führen

---

[38] S. *Wenner* a. a. O., S. 76 f.

[39] Art. 47 V HChE, Bericht des Verfassungskonvents, 1948, S. 589; die im Parlamentarischen Rat später nicht mehr aufgenommene Begrenzung der Zahl der Listensitze durch die Zahl der Direktmandate war offenbar durch § 32 RWahlG inspiriert; hinter die schon in Weimar praktizierten Beschränkung des Proporzes - dazu nachfolgend - wollte der Konvent offenbar nicht zurückfallen, so *Wenner*, a.a.O., S. 89, FN 5.

[40] Diskussion und Entscheidungsprozeß ist nachgezeichnet bei *Wenner*, a.a.O., S. 90 ff.

sollte, war der Einschätzung des Abgeordneten *Laforet* (CSU) nicht widersprochen worden, daß nach einer bewußt vorgenommenen Streichung der Sperrklauselermächtigung eine „Begrenzung der Wahlfreiheit“ durch den Gesetzgeber ausgeschlossen sei.

In der Tat stellt die Diskussion und Entscheidung über die Sperrklausel einen der wenigen Beispielsfälle dar, in denen die historische Gesetzesauslegung zu einem eindeutigen Ergebnis führt, das zudem den eindeutigen und damit eigentlich nicht auslegungsbedürftigen Wortlaut der einschlägigen Vorschrift bestätigt: **Die Sperrklauseln in Wahlgesetzen sind danach - zumindest ohne ausdrückliche verfassungsgesetzliche Ermächtigung -verfassungswidrig!**

Dementsprechend sind bei einer Bewertung nach der ziemlich eindeutigen Entstehungsgeschichte die bundesdeutschen Wahlgesetze überwiegend verfassungswidrig. Diese Ansicht drückte sich historisch auch dadurch aus, daß außer in Rheinland-Pfalz der Gesetzgeber von seiner verfassungsrechtlichen Befugnis zum Erlaß einer Sperrklausel tatsächlichen Gebrauch gemacht hatte, während in keinem Bundesland, in dem eine entsprechende verfassungsrechtliche Ermächtigung gefehlt hatte, das Wahlgesetz vor Erlaß des Bundeswahlgesetzes und der Billigung der entsprechenden Sperrklausel auch ohne ausdrückliche verfassungsgesetzliche Ermächtigung durch das Bundesverfassungsgericht[41] in seiner Entscheidung zum Landestagswahlrecht in Schleswig-Holstein, eine entsprechende Klausel enthalten hatte.[42]

Entsprechend seiner Entscheidung über die Streichung der Sperrklauselermächtigung enthielt denn auch das vom Parlamentarischen Rat selbst ausgearbeitete Wahlgesetz für die Wahl zum 1. Deutschen Bundestag keine derartige Sperrklausel. Allerdings fand der Erlaß eines derartigen Wahlgesetzes durch den Parlamentarischen Rat nicht die Billigung der westlichen Besatzungsmächte,[43] wobei deren Intervention allerdings nicht (ausdrücklich?) auf das Fehlen einer entsprechenden Sperrklausel gestützt war. Insbesondere auf Intervention Frankreichs, das in der Problematisierung der machtpolitisch zentralen Frage des Wahlrechts eine Möglichkeit zu einem letzten Versuch sah, die Bildung der Bundesrepublik Deutschland und einer Bundesregierung zu verzögern oder gar unmöglich zu machen oder allenfalls einen deutschen, von ihm leichter manipulierbaren Staatenbund zuzulassen,[44] erklärten die Besatzungsmächte die Länder und damit die Ministerpräsidenten für den Erlaß des Wahlgesetze zuständig. Sie setzten sich damit unter Berufung auf Besatzungsrecht über das von ihnen genehmigte Grundgesetz hinweg, das den Parlamentarischen Rat mit Artikel 137 Abs. 2 GG ausdrücklich zum Erlaß eines derartigen Wahlgesetzes ermächtigt hatte. Diese Intervention der Militärgouverneure in den politischen Prozeß gab den deutschen politischen Kräften, die mit der Streichung der Sperrklauselermächtigung im Parlamentarischen Rat nicht einverstanden waren, die Möglichkeit, diese Sperrklausel doch noch in das Wahlgesetz zum Bundestag vorzusehen. Dabei ist nicht von der Hand zu weisen, daß insbesondere der Präsident des Parlamentarischen Rates, *Konrad Adenauer*, seine guten Beziehungen zur französischen Besatzungsmacht dazu benutzt hat, die Intervention der Alliierten gegen das Wahlgesetz zu initiieren. Es kann dabei nicht ganz ausgeschlossen werden, daß die Intervention der Besatzungsmächte - auch - genuin wahlrechtspolitisch motiviert war[45] und einen plötzlichen Versuch darstellte, doch noch das Mehrheitswahlrecht zu etablieren. Durch den ausbrechenden Ost-West-Konflikt schien die Rücksichtnahme, insbesondere der Angelsachsen, die bei sich das relative Mehrheitswahlrecht praktizieren (die Franzosen sollten in der 5. Republik das

---

[41] S. BVerfGE 1, 208 ff.
[42] S. *Wenner*, a.a.O., S. 95.
[43] S. dazu *Lange,* a.a.O., S. 363.
[44] S. dazu im einzelnen *Lange*, a.a.O., S. 389 ff., wobei hier einiges vermutet werden muß.
[45] S. dazu *Lange*, ebenda, S. 407.

absolute Mehrheitswahlrecht einführen), auf die KPD nicht mehr geboten.[46] Außerdem war - sollte die zu gründende Bundesrepublik Deutschland eine „westliche Demokratie“ werden - die Aufhebung des auch mit dem genehmigten Grundgesetz nicht vereinbaren Lizenzierungssystems (vgl. dessen Art. 21 Abs.1 Satz 2) mit seiner Verbotswirkung für nicht lizenzierte Parteien voraussehbar, wobei nicht erkennbar war, ob die als „demokratisch“ lizenzierten Parteien unter den Bedingungen freier Parteienkonkurrenz sich würden behaupten können.[47] Unter diesem Blickwickel sind wohl die Betrachtungen zu verstehen, die in diesem Zeitraum popularisiert wurden, wonach der relativ strikte Proporz der Wahlsysteme der Weimarer Republik für den Aufstieg der NSDAP verantwortlich gewesen sein soll.

Aufgrund der bereits etablierten, von den Besatzungsmächten selbst geförderten Interessenlage wäre jedoch ein derart kurzfristiger Wechsel zum Mehrheitswahlrecht nur mehr bei einer offenen Intervention möglich gewesen, welche die Westmächte zu vermeiden suchten, sondern sich damit begnügten, den politischen Prozeß durch indirekte und nach außen als demokratisch erscheinenden Weise zu steuern, indem sie ihr Gewicht in die Waagschale der deutschen Interessenkonstellation warfen. Bei dieser indirekten Einflußnahme bot sich dann eine bereits „bewährte“ Sperrklausel entgegen der Entscheidung des Parlamentarischen Rates auch im Verhältniswahlsystem des Bundes als Substitut für das nicht mehr durchsetzbare Mehrheitswahlrecht an. In der Tat hatte das amerikanische Militärregime 1946 in Bayern die Kritiker der vorgesehenen Sperrklauseln von 10 % (bezogen auf die Regierungsbezirke) darauf verwiesen, daß das amerikanische Mehrheitswahlrecht für kleinere Parteien noch ungünstiger sei, als die vorgesehenen Sperrklauseln.[48] Die grundgesetzwidrige Übertragung der Kompetenz zum Erlaß des Wahlgesetzes vom Parlamentarischen Rat auf das extra-konstitutionelle Gremium der Versammlung der Ministerpräsidenten eröffnete die Möglichkeit, wenigstens diesen (gewissermaßen) Rest an Mehrheitswahlrecht durchzusetzen. Während nämlich im Parlamentarischen Rat die Vertreter der kleinen Parteien über eine Schlüsselstellung verfügten, da sie in Bündnissen entweder mit der CDU oder SPD die jeweils andere große Partei überstimmen konnten, hatte die Vertreter der kleinen Parteien in der Ministerpräsidentenkonferenz keine Vertreter, was Kompromisse zu Lasten der kleinen Parteien möglich machte (den Vertreter der DVP (also der FDP), Ministerpräsident *R. Maier* von Württemberg konnte man bei einen 20%igen Stimmenanteil noch nicht als Vertreter einer kleinen Partei ansehen). Den Ministerpräsidenten gelang es dann nach einem längeren Verfahren,[49] das Rückverweisung an den Parlamentarischen Rat und Einschaltung der Besatzungsmächte einschloß, die 5% in der Weise zu verankern, wie es den Besatzungsmächten passend schien, nämlich eine auf das jeweilige Landesgebiet beschränkte 5%-Klausel.

Bei der Landesklausel anstelle der auf das gesamte Wahlgebiet des Bundes bezogenen Klausel scheint sich noch der Wunsch widerzuspiegeln, durch indirekte Förderung von Regionalparteien, falls sich neben den lizenzierten Parteien überhaupt andere durchsetzen sollten, den angestrebten Föderalismus mit eventueller Teilungsoption virulent zu halten. Kraft ihrer „obersten Gewalt“ (gemeint: Besatzungsgewalt) ordneten die Militärgouverneure mit Schreiben (Besatzungsbefehl) vom 13. 06. 1949 an, daß das gemäß Artikel 137 Abs. 2 GG an

---

[46] Aus diesem Grunde - Angst vor kommunistischen Einfluß - konnte auch Japan bei Beibehaltung der generellen Fortschritte, wie Herabsetzung des Wahlalters und Ausdehnung des Wahlrechts auf Frauen, wieder zum Wahlrecht von 1925 zurückkehren, s. *Axel Klein*, a.a.O., S. 48.

[47] An einer Stelle bei *Lucius Clay,* Entscheidung in Deutschland, 1950, S. 107 wird die Befürchtung deutlich, die von den Alliierten begünstigten Personen könnten als Kollaborateure gebrandmarkt werden; wobei er jedoch befriedigt konstatierte, daß dies nicht der Fall war, sondern vielmehr: „Die Mehrzahl der von uns ernannten Beamten wurden durch Wahl wieder mit ihrem Posten betraut“ (womit bestätigt schien, daß eine amerikanische Militärdiktatur per se demokratisch ist).

[48] S. *Wenner*, a.a.O., S. 75, Fn. 46.

[49] S. *Wenner*, ebenda, S. 96 ff.

sich formal vom Parlamentarischen Rat zu erlassende Wahlgesetz in der auf Wunsch der Ministerpräsidenten geänderten Form und damit mit entsprechender, wenngleich von den Besatzungsmächten selbst modifizierter Sperrklausel anzuwenden sei. Mit dieser Entscheidung, die in § 10 Abs. 4 BWahlG a. F. ihren Ausdruck enthielt, war die spätere Wahlgesetzgebung präjudiziert, die dann auch für die Länderebene und überwiegend für die Gemeindewahlen rezipiert wurde und zwar auch in den Bundesländern, die über keine verfassungsrechtliche Ermächtigung zum Erlaß von Sperrklauseln verfügten. Bezeichnender Weise hat sich in dieser zentralen machtpolitischen Frage mit Hilfe der ausländischen Besatzungsgewalt in der Bundesrepublik Deutschland eine Rechtswirklichkeit durchgesetzt, die dem in diesem Fall nun wirklich eindeutigen Willen des historischen Verfassungsgesetzgebers widerspricht, falls man lediglich die Mitglieder des Parlamentarischen Rates als „Verfassungsväter" ansieht (und nicht auch die Besatzungsmächte als „Verfassungsmütter").

Das Zusammenwirken zwischen den von den großen Parteien gestellten Ministerpräsidenten und den Besatzungsmächten in dieser zentralen machtpolitischen Frage des Wahlrechts machte besonders die Unterredung in der französischen Zone deutlich: Zwei Monate vor den angesetzten Bundestagswahlen war die Frage aktuell geworden, ob die Alliierten noch weitere Parteien zulassen sollten, was der französische Befehlshaber *Koenig* für „ungeschickt" hielt, weil diese den „föderalistisch gesinnten Parteien" Stimmen abspenstig machen könnten. Während dieser Erwägung die Ministerpräsidenten *Altmeier* und *Wohleb* vorbehaltlos zustimmten, meldete Staatspräsident *Müller* von Baden unter Hinweis auf die 5%-Sperrklausel Bedenken an der Notwendigkeit der Verweigerung der Lizenzierung weiterer Parteien an. „Pragmatisch" schlug er statt dessen vor, die Prüfung der Zulassungsanträge neuer Parteien so lange hinauszuzögern, daß die Zeit bis zu den Wahlen nicht mehr ausreichen würde; d. h. er wollte einerseits vermeiden, daß der Vorwurf aufkommen könnte, bestimmte Gruppen hätten aus rechtlichen Gründen keine Vertretung im Bundestag erlangen können, diese andererseits „faktisch" zu „Splitterparteien" machen, die - wie „vom Wähler gewollt" - an der 5%-Klausel scheitern würden.

„Das Zusammenspiel von Lizenzierung und Sperrklausel wird hier besonders deutlich: in der ersten Nachkriegsphase bot die Beschränkung der Zulassung von Parteien den zugelassenen Parteien Konkurrenzschutz, und kurz bevor mit dem Inkrafttreten des Grundgesetzes die Lizenzierungspraxis zu Ende ging, hatten die etablierten Parteien auf der Ebene des Bundes - wie schon zuvor in den meisten Ländern - gerade noch Sperrklauseln durchgesetzt, die ähnlichen Zwecken mindestens dienlich war. Nicht ´Lehren aus Weimar`, sondern bestimmte parteipolitische Interessen und machtpolitische Motivationen waren für die Einführung der 5%-Klausel durch die Ministerpräsidenten maßgeblich."[50] Der Klarstellung wegen muß gegenüber dem angeführten Zitat darauf hingewiesen werden, daß die Lizenzierungspflicht formal erst im Januar 1950, also *nach* der 1. Bundestagswahl aufgehoben wurde[51] und in der britischen Zone erst am 30.03.1950,[52] wenngleich nach der Gründung der Bundesrepublik Deutschland der Lizenzierungszwang stark gelockert worden war. Immerhin zwingt dies zu der Frage, ob die entscheidende 1. Bundestagswahl als „frei" im Sinne des Grundgesetzes bezeichnet werden kann, zumal sich insgesamt die Frage stellt, „wieweit überhaupt zu jener Zeit wegen der Überwölbung der Innenpolitik durch die Besatzungsherrschaft schon die Bedingungen eines freien politischen Wettbewerbs vorhanden waren, die das Wesen freier, demokratischer Wahlen

[50] S. *Wenner*, a.a.O., S. 105.
[51] S. *Keesings Archiv der Gegenwart* vom 14.1. 1950, S. 2215.
[52] S. *Lange*, a.a.O., S. 421, Fn. 3.

ausmachen."[53] Gegenüber dieser ohnehin nicht besonders demokratischen Situation mag man die Frage der Stimmenverzerrung durch Sperrklauseln nur als zweitrangig ansehen.

Die Rechtfertigung der Sperrklauseln durch das Verfassungsgericht

Wie bei der zentralen (partei-) politischen Machtfrage des Parteiverbots kam auch bei der Entscheidung über die Sperrklauseln dem Bundesverfassungsgericht die Aufgabe zu, den auch von den Besatzungsmächten politisch gewünschten[54] Schritt von der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze zur Gesetzmäßigkeit der Verfassung zu vollziehen. Diese Aufgabe hat das Gericht in zwei Schritten vollzogen. Nachdem zunächst die grundsätzliche Bedeutung der Wahlrechtsgleichheit für die „freiheitliche demokratische Grundordnung" herausgearbeitet wird, kommen dann - wie beim Gebrauch des Begriffes „freiheitlich" als durch die Idee der Freiheit gerechtfertigte Modifizierung und Einschränkung der Freiheit durch das Bundesverfassungsgericht anscheinend nicht anders erwartet werden kann - die Einschränkungen der Freiheit, die im wesentlichen mit der „Funktionsfähigkeit" des zu wählenden Organs gerechtfertigt werden.

Wahlgleichheit als Prüfungsmaßstab

Prüfungsmaßstab für die Zulässigkeit von Sperrklauseln ist demnach die Frage der Wahlrechtsgleichheit. Für den Sachbereich der Wahlen ist nach der geschichtlichen Entwicklung, die für das Bundestagswahlrecht in Artikel 38 Abs. 1 Satz 1 GG und für das Wahlrecht in den Ländern, Kreisen und Gemeinden in Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG ihren verfassungsrechtlich verbindlichen Ausdruck gefunden hat, nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts[55] davon auszugehen, daß jedermann seine staatsbürgerlichen Rechte in formal möglichst gleicher Weise soll ausüben können.[56] „Für eine freiheitliche demokratische Grundordnung, wie sie das Grundgesetz geschaffen hat, ist die Gleichbewertung aller Staatsbürger bei der Ausübung des Wahlrechts eine der wesentlichen Grundlagen der Staatsordnung."[57] „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 Volks ferner zur Folge, daß auch der Grundsatz der gleichen Wettbewerbschancen der politischen Parteien und Wählervereinigungen in dem gleichen Sinne formal verstanden werden muß.[58] 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

---

[53] So *Lange*, ebenda, S. 412.

[54] Wie eng sich die Verfassungsrechtsprechung an die Vorstellungen der Besatzungsmächte angelehnt hat, geht zum Beispiel aus der Entscheidung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs vom 18. 3. 1952, VerfGH 5, 66, 76, hervor, die Sperrklauseln im kommunalen Wahlrecht für unzulässig zu halten: Die US-Besatzungsbehörde hatte die Kritiker der für die Landtagswahl vorgesehenen Sperrklauseln darauf verwiesen, daß diese für das kommunale Wahlrecht nicht vorgesehen seien, so daß den kleinen Parteien ermöglicht würde, über die Kommunalwahlen ihre politische Basis aufzubauen; dabei kann allerdings nur die Vermutung geäußert werden, daß diese Position „auch praktisch relevant geworden" sei, „dürfte sie doch die Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs gegen die Zulässigkeit der Sperrklauseln im Kommunalwahlrecht beeinflußt haben"; s. Nachweis bei *Wenner*, a.a.O., S. 75, Fn. 46.

[55] S. zuletzt die Rechtsprechung zusammenfassend BVerfGE 51, 223, 234.

[56] Verweis auf BVerfGE 6, 84, 91; 11, 266, 272; 351, 360 f.; 12, 10, 25; 73, 77; 13, 1, 12; 243, 246; 16, 130, 138; 28, 220, 225.

[57] S. BVerfGE 51, 223 f. unter Hinweis auf BVerfGE 6, 84, 91; 11, 351, 360; 41, 399, 413.

[58] S. ebenda, 235 unter Hinweis auf BVerfGE 24, 300, 340 f.; 44, 125, 146.

diesem Bereich besonders enge Grenzen gezogen sind und daß ihr grundsätzlich jede verschiedene Behandlung der Parteien und Wählergruppen verfassungskräftig versagt ist."[59]

Aus diesen Grundsätzen der formalen Wahlgleichheit und der Chancengleichheit der Parteien und Wählergruppen folgt danach, daß dem Gesetzgeber bei der Ordnung des Wahlrechts zu politischen Körperschaften nur ein eng bemessener Spielraum für Differenzierungen verbleibt, wobei diese stets eines besonderen, rechtfertigenden, zwingenden Grundes bedürften. Diese Gründe sind an sich deshalb schwer zu finden, da zu dieser grundsätzlich formal zu verstehenden Wahlgleichheit jedenfalls im Verhältniswahlsystem auch der Erfolgswert aller Wählerstimmen gehört, zumal nach insofern zutreffender Ansicht des Bundesverfassungsgerichts eine Abweichung von der Wahlgleichheit nicht damit gerechtfertigt werden könne, daß etwa die Einführung eines Systems der relativen Mehrheitswahl bestimmte Parteien stärker treffen würde als die Einführung von Sperrklauseln im Verhältniswahlsystem.[60] Der Schritt zur Rechtfertigung von Sperrklauseln wird methodisch dadurch gemacht, daß die Wahlgleichheit nach Artikel 38 GG als Anwendungsfall des allgemeinen Gleichheitssatzes nach Artikel 3 Abs. 1 GG verstanden wird, der unstreitig als Willkürverbot auszulegen ist. Damit wird dem Gesetzgeber die Möglichkeit geschaffen, „sachgerechte Differenzierungen" vorzunehmen, wie sie in den Sperrklauseln bestehen sollen.

Sperrklausel zur „Sicherung der Regierungsfähigkeit"

Sperrklauseln stellen dann zwar „an sich" einen Verstoß gegen die Wahlgleichheit dar. Der maßgebliche Gesichtspunkt zur Rechtfertigung der Durchbrechung der so bestimmten Wahlgleichheit hat das Bundesverfassungsgericht aber unter Berufung auf die Sachgerechtigkeit der Differenzierung nach dem Maßstab des Willkürverbotes aus dem „Zweck der Wahl" entwickelt.[61] Die Parlamentswahl hat danach nicht nur den Zweck, eine Volksrepräsentation zu schaffen, die ein Spiegelbild der im Volk vertretenen Meinungen darstellt, sondern bezwecke auch das Hervorbringen eines funktionsfähigen Staatsorgans, d. h. einer insbesondere zur Regierungsbildung funktionsfähigen Volksvertretung.[62] Dieses Ziel gestatte dem Gesetzgeber, Differenzierungen im Erfolgswert der Stimmen vorzunehmen: Das Verhältniswahlsystem begünstige nämlich das Aufkommen kleiner Parteien und dies könne zur Aufspaltung der Volksvertretung in viele kleine Gruppen „mit zerstreuter Wählerschaft oder reinen Interessenorganisationen" führen, die ihrerseits die Mehrheitsbildung - „wie die Erfahrungen unter der Weimarer Reichsverfassung gelehrt haben"[63] sollen - im Parlament erschweren oder verhindern.[64] „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 mehr in der Lage sind, eine politisch aktionsfähige Regierung zu schaffen."[65] Großen Parteien wird dabei eine bessere Eignung für die Mehrheitsbildung

[59] S. ebenda unter Hinweis auf BVerfGE 8, 51, 64 f.; 14, 121, 133; 24, 300, 341; 34, 160, 163; 44, 125, 146.
[60] S. BVerfGE 1, 246; die Argumentation aus dem Gesichtspunkt der Systemtreue hinterläßt allerdings den Eindruck, daß der Einwand mehr abgetan als widerlegt wird, so *Hans Meyer,* Die herkömmliche Wahlsystematik und ihre Folgen, in: *DÖV* 1970, S. 691 ff.; im übrigen kann der Hinweis auf das Mehrheitswahlrecht in Großbritannien in der (ersten) Entscheidung zur Europa-Wahl (BVerfGE 51, 222, 253) durchaus als impliziter Hinweis auf diesen Argumentationstopos verstanden werden (wonach diskriminierte Parteien gewissermaßen froh sein sollten, daß sie nicht durch Einführung des Mehrheitswahlrechts noch mehr benachteiligt werden).
[61] S. grundlegend BVerfGE 6, 84, 92 f.
[62] So schon in BVerfGE 1, 248, aber besonders deutlich in BVerfGE 51, 236.
[63] S. BVerfGE 14, 121, 135.
[64] So bereits in BVerfGE 1, 248 und BVerfGE 6, 92, aber vor allem wieder BVerfGE 51, 236.
[65] S. BVerfGE 1, 248 unter Bezugnahme auf *Karl Braunias,* Das parlamentarische Wahlrecht. Ein Handbuch über die Bildung der gesetzgebenden Körperschaften in Europa, 1932, S. 247 ff.

innerhalb des Parlaments zugeschrieben, weil sie in sich bereits einen Ausgleich zwischen verschiedenen Volkskreisen und deren Anliegen vollziehen würden.[66] Beim unbegrenzten Proporz könnten aber auch kleine Gruppen ins Parlament gelangen, die nicht ein am Gemeinwohl orientiertes politisches Programm vertreten, sondern nur „einseitige Interessen" verfechten würden.[67] Da aber klare und „ihrer Verantwortung für das Gemeinwohl bewußte Mehrheiten" für die Bildung einer aktionsfähigen Regierung und der Bewältigung der gesetzgeberischen Arbeit nötig seien, dürfen „mit dieser Begründung" sogenannte „Splitterparteien" bei der Sitzverteilung ausgeschaltet werden.

Zur Rechtfertigung dieser Erwägung verweist das Bundesverfassungsgericht auf Rechtsprechung und Literatur der 1930er Jahre, die unter der Geltung des in der Weimarer Reichsverfassung (WRV) verankerten Verhältniswahlrechts bereits bestrebt waren, „Splitterparteien" auszuschalten.[68] Des weiteren wird unter Bezugnahme auf Literatur der 1930er Jahre auf die ausländische Rechtslage verwiesen, was deutlich mache, daß die Bekämpfung von Splitterparteien von den meisten europäischen Verhältniswahlsystemen erlaubt und nicht als willkürlich angesehen würde. In seiner grundlegenden und bisher einzigen Entscheidung,[69] in der die Zulässigkeit einer 5%-Sperrklausel ohne Zitieren der vorausgegangenen Entscheidungen gerechtfertigt worden ist, wurde diese Klausel unter Berufung auf „Wertungen, die im Rechtsbewußtsein einer konkreten Rechtsgemeinschaft lebend sind" begründet. Dabei wird auf die zum Entscheidungszeitpunkt geltenden Sperrklauselregelungen in Landesverfassungen, Landeswahlgesetzen und dem Bundeswahlrecht 1949 verwiesen. Unter Berufung auf das hierbei festzustellende „Rechtsbewußtsein" - eine *self fulfilling prophecy* und damit zirkuläre Begründung - wird eine Vermutung für die Rechtmäßigkeit der 5 %-Sperrklausel entwickelt,[70] wonach in der Regel ein Quorum von 5 v. H. verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden sei, wenn die Voraussetzungen für eine Durchbrechung der formalisierten Wahlrechtsgleichheit gegeben sind und sich der Gesetzgeber entschließt, die Funktionsfähigkeit der zu wählenden Volksvertretung durch eine Sperrklausel zu sichern, die Splittergruppen von der Vertretung ausschließt. Dabei müßten besondere Umstände des Einzelfalls vorliegen, die ein solches Quorum unzulässig machen würden. „Andererseits müssen ganz besondere, zwingende Gründe gegeben sein, um eine Erhöhung des Quorums über 5 v. H. hinaus zu rechtfertigen."[71] Im konkreten Fall erschienen dem Bundesverfassungsgericht die Gründe nicht überzeugend, welche eine 7,5%-Sperrklausel rechtfertigen würden, weshalb denn auch das streitgegenständlichen Wahlrecht zum Landtag von Schleswig-Holstein insoweit für verfassungswidrig erklärt worden ist. Durch das Abgehen vom Prinzip der strengen Formalität ohne hinreichende verfassungsrechtliche Ermächtigung, sah sich das Bundesverfassungsgericht veranlaßt, die Wahlrechtsbestimmung im Kontext eines konkreten Staatswesens zu verorten. Unter Bezugnahme auf *Heller* wird dabei festgehalten, daß eine Wahlrechtsbestimmung in einem Staat zu einem bestimmten Zeitpunkt gerechtfertigt sein könne, in einem anderen Staat oder zu einem anderen Zeitpunkt dagegen nicht.[72] „Ein

---

[66] S. BVerfGE 6, 84, 92.
[67] S. BVerfGE 6, 92; 51, 236.
[68] Einen guten Überblick über die einschlägige Wahlrechtsprechung zur Zeit der Weimarer Republik findet sich bei *Hellmut Röhl,* Die Bekämpfung der Splitterparteien in Gesetzgebung und Rechtsprechung, in: *DVBl* 1954, S. 557 ff. und 589 ff., S. 558 - 561, wobei in der Rechtsprechung eine schrittweise Abkehr von der strengen Gleichheitssatz zum Willkürverbot festzustellen ist; dabei weisen allerdings die gebilligten gesetzgeberischen Maßnahmen nicht im entferntesten die Wirkung der bundesdeutschen 5 %-Klausel auf; s. dazu nachfolgend.
[69] S. BVerfGE 1, 208, 249, 256.
[70] S. BVerfGE 51, 237.
[71] S. ebenda unter Berufung auf BVerfGE 1, 208, 256; „ständige Rechtsprechung".
[72] S. BVerfG 1, 259.

Wahlgesetz hat die Verhältnisse des Landes, für das es erlassen wird, zu berücksichtigen; es hat nicht die Aufgabe, sich auf abstrakt konstruierte Fälle einzurichten.“[73]

Geschichtlicher Zusammenhang von Sperrklausel und Parteiverbot

Diese Einschätzung mag auf der Ebene der allgemeinen Staatslehre, die allerdings nicht von vornherein auf Demokratie[74] abgestellt ist, durchaus richtig sein, jedoch stellt das juristische Kriterium für die Legalität der Ausgestaltung des Wahlrechts zunächst die Vorgaben der einschlägigen Verfassung dar, wobei die verfassungsrechtliche Festlegung auf Demokratie die Möglichkeit der Ausgestaltung des Wahlrechts vermindert, da Demokratie darin besteht, den Volkswillen möglichst unverfälscht zum Ausdruck kommen zu lassen. Das demgegenüber methodisch alles andere als unproblematische Abstellen auf die „konkrete historische“ Situation als Begründung für die Legalität eines Wahlrechts und insbesondere für die nicht auf Anhieb einleuchtenden Abweichungen von einem gegebenen und als demokratisch vorgeschriebenen Wahlsystem, macht es notwendig, auf die historische Situation auch der Entscheidung einzugehen, wobei der Zweck der bundesdeutschen Sperrklausel als Parteiverbotssurrogat, zumindest als Konnex dieses Instituts nicht übersehen werden kann.

Historische Wahlrechtsdiskussion: Ausschaltung der SRP

Das Bundesverfassungsgericht hat allerdings den Zusammenhang dieser beiden Komplexe ausdrücklich in Abrede gestellt, indem es betont, daß die Sperrklausel nicht zur Ausschaltung von „für das Staatsleben gefährlichen“ Parteien benutzt werde dürfe, weil dafür nur der Weg über Art. 21 Abs. 2 GG zur Verfügung stehe.[75] Im diesem grundlegenden Verfahren zu den Sperrklauseln in Schleswig-Holstein hatten die Antragsgegner zur Rechtfertigung der Sperrklausel nämlich hervorgehoben, daß die Klausel nicht nur der Bekämpfung von „fluktuierenden“ oder „sporadischen“, sondern auch von „krankhaften“ Gruppen dienen solle.[76] Die Bekämpfung derartiger „krankhafter“ Parteien (so das Vokabular von „Demokraten“ gegenüber unerwünschter Opposition) wurde vom Bundesverfassungsgericht aber als sachfremdes Motiv bezeichnet, was allerdings nicht zu der Konsequenz geführt hat, die Sperrklausel an sich aufgrund dieser ganz offen geäußerten, aber für „sachfremd“ gehaltenen Motivation doch für verfassungswidrig zu erklären. Vielmehr hat das Bundesverfassungsgericht dem sachfremd motivierten Gesetzgeber eine gerichtlich für einschlägig gehaltene Begründung nachgeschoben, ein Verfahren, das auf der Ebene des banalen Verwaltungsrechts nur eingeschränkt für zulässig gehalten wird.

Neben dieser Einlassung der Antragsgegner im Verfahren um das Wahlgesetz von Schleswig-Holstein wird der historische Zusammenhang zwischen Wahlrechtsüberlegungen und Parteiverbot in der Bundesrepublik jedoch gerade im Falle der am 2. Oktober 1949 in Hannover im wesentlichen als Abspaltung der Deutschen Reichspartei gegründeten und später vom Bundesverfassungsgericht verbotenen Sozialistischen Reichspartei (SRP) deutlich: Diese Partei erreichte bei den Niedersächsischen Landtagswahlen vom 6. 5. 1951[77] einen Stimmen-

---

[73] S. ebenda unter Bezugnahme auf die damalige Rechtsprechung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs.

[74] In diesem Sinne ist die Zusammenfassung der Wahlrechtsfrage im 19. Jahrhundert bei *Rudolf Smend,* Maßstäbe des parlamentarischen Wahlrechts in der deutschen Staatstheorie des 19. Jahrhunderts, Stuttgart 1912, von besonderem Interesse, die deshalb so pluralistisch beantwortet werden konnte, weil sich nur eine Minderheit der Staatsrechtslehre auf Demokratie festlegen wollte.

[75] S. BVerfGE 1, 257; 6, 92.

[76] S. BVerfG 1, 257.

[77] S. https://de.wikipedia.org/wiki/Landtagswahl_in_Niedersachsen_1951

anteil von 11 % und verbuchte dabei sie in einigen Wahlkreisen an bis zu 30 % der Wählerstimmen.[78] In diesem Zusammenhang muß noch berücksichtigt werden, daß dieses Ergebnis unter äußerst ungünstigen Bedingungen erzielt worden ist, da die „demokratischen" Parteien von - seitdem durchaus üblichen - „außerlegalen Maßnahmen"[79] zur Bekämpfung dieser Partei nicht zurückgeschreckt waren. Dieser Durchbruch hatte deshalb einen entsprechenden Schock der „öffentlichen Meinung" ausgelöst, zumal sich nach der Aufhebung des alliierten Lizenzierungszwanges nach der 1. Bundestagswahl in den nachfolgenden Landtagswahlen ein generelles Einbrechen des ursprünglich lizenzierten Vierparteiensystems abzeichnen schien.[80] So fiel der Anteil der CSU wegen des nunmehr ungehinderten Wirkens der regional-konservativen Bayernpartei (BP) von 52,3 % auf 29,2 %, die konservative Niedersächsische Landespartei, die sich in Deutsche Partei (DP*)* umbenannt hatte und zunächst große Schwierigkeiten gehabt hatte, außerhalb der britischen Besatzungszone zugelassen zu werden,[81] steigerte ihren Stimmenanteil in Bremen von 3,9 % bei der 1. Bundestagswahl auf 18 % und konnte in Hamburg und Schleswig-Holstein auf Anhieb 13,1 bzw. 12,1 % der Stimmen erzielen. Daneben steigerte sich die rechte Deutsche Reichspartei, die von den Besatzungsmächten erheblich in ihrer Aktivität behindert worden war, in Niedersachsen von 0,3 auf 8,1 %. Die Vertriebenen, denen die Besatzungsmächte eine eigene Partei untersagt hatten, überflügelten in Schleswig-Holstein als im Zweifel als rechts einzustufender Block der Heimatvertriebenen und Entrechteten (BHE)[82] mit 23,4 % die CDU, die nur mehr 19,7 % der Stimmen erhielt. Insgesamt sackte die CDU bei den auf die 1. Bundestagswahl folgenden Landtagswahlen auf etwa 20 % Stimmenanteil ab!

Dies machte alles eingerechnet - demokratiekonform! - den Eindruck der Rückkehr zum deutschen Parteiensystem der Vorkriegszeit,[83] aus dessen Niedergang der Erfolg der NSDAP resultiert hatte. Damit wäre der Sinn der Maßnahmen der Besatzungsbehörden, anstelle der demokratischen Gründungsfreiheit der Parteien, das „gegen rechts" wirkende, d.h. nicht-lizenzierte Parteien verbietende und tendenziell totalitär-demokratische Lizenzierungssystem zu etablieren, alsbald zunichte gemacht worden. Der etablierten Interessenlage entsprechend suchte „man" sich zum Gegensteuern gegen das Wählervotum den Erfolg der (gemessen am re-edukativen Kriterien) am weitesten rechtsstehenden SRP heraus, um die Einführung des Mehrheitswahlrechts zu fordern. „Da die Sozialistische Reichspartei die größten Angriffsflächen bot, wurde die um das Jahr 1950 auflebende Wahlrechtsdebatte in der Hauptsache im Hinblick auf diese Partei geführt, wobei sicherlich auch bei dem einem oder anderen die Sorge wegen gerade dieser Parteigruppe eine Rolle gespielt haben mag."[84] Nachdem jedoch die Einführung des Mehrheitswahlrechts in Bremen, wo die entsprechenden Überlegungen die konkretesten Formen angenommen hatten, gescheitert war[85] - nicht zuletzt war dem gerade die verfassungsrechtliche Festlegung der 5 %-Klausel in der Bremer Verfassung entgegengestanden, was zu Recht als verfassungsrechtliche Garantie des Verhältniswahlrechts verstanden worden ist (weil man beim Mehrheitswahlrecht keine derartige Klausel braucht) - und an die Erhöhung der Sperrklausel wegen der kleineren Parteien,

---

[78] S. Nachweise bei *Lange*, a.a.O., S. 426 f.

[79] S. dazu *Otto Büsch / Peter Furth* Rechtsradikalismus im Nachkriegsdeutschland - Studien über die „Sozialistische Reichspartei" (SRP), 1957, insbes. S. 154 ff.; diese extra-legalen Maßnahmen, die zu einen gewissen Teil den Verbalradikalismus der SRP erklären und verständlich machen, sind ihr vom Bundesverfassungsgericht nicht zugute gehalten worden, was eine wesentliche Grundlage für das zweistufige „faktische" Verfassungsrecht der Bundesrepublik darstellt.

[80] S. *Lange*, a.a.O., S. 422 f.

[81] S. *Hans Fenske,* Die europäischen Parteisysteme. Grundlinien ihrer Entwicklung: dargestellt an Beispielen aus Mittel-, Nord-, und Westeuropa, in: *JöR* N.F. 1973, S. 249 ff., S. 293.

[82] S. https://de.wikipedia.org/wiki/Gesamtdeutscher_Block/Bund_der_Heimatvertriebenen_und_Entrechteten

[83] S. *Fenske*, a.a.O., S. 294.

[84] S. *Lange*, a.a.O., S. 428.

[85] S. dazu *Lange*, ebenda S. 431ff.

die in Bremen zur Koalitionsbildung gebraucht wurden, nicht zu denken war, schien schließlich nur noch das Verbot der SRP den Trend des bundesdeutschen Wählers nach „rechts“ stoppen zu können. Eine, wenngleich nicht als monokausal zu verstehende Folgewirkung dieser auf die Ausschaltung der SRP zielende Wahlrechtsdiskussion kann in der Verschärfung der 5 %-Klausel gesehen werden, die zur 2. Bundestagswahl vorgenommen wurde[86] und seitdem geltendes Bundeswahlrecht geblieben ist. Es ist dabei schwer abzuschätzen, inwieweit das „Wahlwunder“ der 2. Bundestagswahl, das den zwischenzeitlichen Trend weg von den lizenzierten Parteien zumindest bis zum Auskommen der Grünen wieder irreversibel umkehren sollte, auf die bundesweite Sperrklausel zurückgeführt werden kann.

Hätte nämlich das Wahlrecht zum 2. Bundestag bereits zum 1. Bundestag gegolten, wäre schon 1949 nur das von der Sowjetunion ursprünglich initiierte Vierparteiensystem im Bundestag vertreten gewesen,[87] so daß ein Zusammenhang, der von der gegen die SRP gerichteten Wahlrechtsdiskussion über die Verschärfung der Sperrklausel im Bundeswahlgesetz zum Ende der parlamentarischen Vertretung von Parteien außerhalb des Vierer-, bzw. - nach dem Verbot der KPD - Dreiersystems führte, kaum bestritten werden kann.[88] Das tatsächlich ausgesprochene Verbot der SRP (weniger der KPD) hat den Konzentrationsprozeß sicher noch beschleunigt, was einmal mit der einschüchternden Wirkung des Verbots gegenüber Parteien, die rechts vom Dreier-Block standen, zu erklären und zum anderen auf die dadurch mögliche Effektivität des Gentlemans Agreement zwischen den CDU und SPD-Vorsitzenden, *Adenauer* und *Schumacher*, zurückzuführen ist, jeweils rechts und links von sich keine neuen Parteien aufkommen zu lassen, wobei zu diesem Zwecke notwendige verbale Entgleisungen gegenseitig toleriert werden sollten,[89] um die politische Entscheidungen für die Wähler auf die „wesentlichen“ Parteien zu konzentrieren.

Dabei half auch die Entwicklung, daß die Wähler, die noch von den Weimarer Parteien geprägt waren, gegenüber der von der *Hitler*-Diktatur und Besatzungsherrschaft geprägten Generation in die Minderheit gerieten. Wenngleich sich für die tatsächlich eintretende Konzentration auf die beiden stärksten Parteien dann sicherlich andere Faktoren, wie die außenpolitische Bedrohungslage, das „Wirtschaftswunder“ und der Generationswechsel als entscheidender darstellen dürften, als das Zusammenwirken wahlrechtlicher Formalien und verbotspolitischer Entscheidungen, so „muß die Bedeutung der Sperrklausel für die Bildung des heutigen westdeutschen Parteiensystems hoch veranschlagt werden.“[90] Wenn bei dieser Analyse allerdings einschränkend hinzugefügt wird, daß die Sperrklausel trotzdem auch nicht überbewertet werden solle, dann fehlt bei der Aufzählung der sonstigen Ursachen für das etablierte Parteiensystem das Instrument des ideologiepolitischen Parteiverbotes: Immerhin haben diese Faktoren ausgereicht, in der freiheitlichen Bundesrepublik weitgehend ein Parteienspektrum zu erhalten, das von dem der totalitären DDR nicht so ganz verschieden[91] war. Dies hat die nach der Wiedervereinigung „Integration“ des DDR-Parteiensystems

---

[86] S. zum Zustandekommen dieses Gesetzes ausführlich *Lange*, ebenda S. 454 ff.

[87] Hätte dagegen 1949 das einfache Mehrheitswahlrecht gegolten, wären neben dem späteren Dreiersystem anstatt der KPD immerhin die Bayernpartei und die Deutsche Partei vertreten gewesen, was zeigt, daß das Argument, wonach eine Sperrklausel in einem Verhältniswahlsystem weniger beschränkend sei, als das relative Mehrheitswahlrecht, je nach konkreter Parteienkonstellation schon formal nicht stimmen muß.

[88] Die Manipulationen - so zu Recht die Bezeichnung durch *Thomas von der Vring,* Reform oder Manipulation? Zur Diskussion des neuen Wahlrechts, 1968 - *mit* der sog. Alternativklausel, die der DP auf Gnade der CDU das kurzfristige Überleben gestattete, seien nur der Vollständigkeit halber erwähnt.

[89] S. *Caspar von*: *Schrenck-Notzing,* Abschied vom Parteienstaat. Tendenzen eines Umbruchs, 1988, S. 69.

[90] So *Fenske*, a. a. O., S. 294.

[91] S. dazu den Beitrag zum **17. Juni: Das (deutsche) Volk gegen links – die DDR als BRD-Zerrspiegel und ihre Einordnung in die politisch linke Tradition Deutschlands**
https://links-enttarnt.de/17-juni-1953-das-deutsche-volk-gegen-links

erleichtert,[92] zumal dies mit der endgültigen Legalisierung des Kommunismus wieder zur Situation zurückführt, die schon das Ergebnis der alliierten Lizenzierungspolitik gewesen war.

Rechtsvergleichende Belege für den Charakter wahlrechtlicher Sperrklausel als Verbotsersatz

Die Tatsache, daß die wahlrechtliche Sperrklausel die Funktion eines Parteiverbotssurrogats und nicht nur des Verbotskonnexes annehmen kann, ergibt sich etwa aus der in Verhältniswahlsystemen demokratietheoretisch nicht vertretbaren Sperrklausel von 18 %, die im Jahr 1939 in das Wahlsystem des Fürstentums Liechtenstein eingeführt und erst 1962 auf eine Sperrklausel von 8% vermindert worden ist.[93] Diese Sperrklausel war gegen die Volksdeutsche Bewegung gerichtet, die nach dem vollzogenen Anschluß von Österreich an das Deutsche Reich auch den entsprechenden Anschluß von Liechtenstein erstrebte, wobei die hohe Sperrklausel im Wahlrecht ein demokratietheoretisch problematisches Verbot dieser Partei mangels politischer Unwirksamkeit erübrigte. Auf ähnlichen Motiven dürften, außer in Genf (7%), die vom Bundesverfassungsgericht in seiner grundlegenden Sperrklausel-entscheidung angeführten Sperrklauseln[94] in den deutsch-schweizer Kantonen Freiburg (15%) und Neuenburg (10%) beruht haben.

Geht man davon aus, daß der Grundgesetz-Interpretation zu folgen ist, die in der gerichtlichen Erklärung der Verfassungswidrigkeit von Parteien gemäß Artikel 21 Abs. 2 GG allenfalls die Möglichkeit eines Wahlteilnahmeverbots gegeben[95] sieht, wie es von alliierter Seite in West-Berlin gegen die NPD praktiziert[96] worden ist, dann wird ohne weiteres einsichtig, daß Sperrklauseln im Wahlrecht den Charakter eines Ersatzverbotssystems haben können, an deren Erkenntnis lediglich die abstrakte und als solche ideologie-politisch neutrale Ausgestaltung hindert. Zudem kann mit dem Einwand begegnet werden, daß es Sperrklausel auch in einigen anderen auf dem proportionalem Wahlsystem beruhenden Wahlgesetzen bei Staaten gibt, bei denen man im Unterschied zur historisch belegbaren verbotspolitischen Absicht des bundesdeutschen Gesetzgebers kaum unterstellen kann, daß sie über das Wahlrecht Parteien ausschalten wollen, die sie sich zur Wahrung des demokratischen Anscheins nicht zu verbieten getrauen.

So finden sich entsprechende Regelungen im Parlamentswahlrecht von Schweden (4%), Spanien (3%), Dänemark (2%) und Israel (1%).[97] Auch in anderen Staaten sind Regelungen festzustellen, die mit der Verhinderung der Zersplitterung begründet werden. Vor allem Maßnahmen wie die Pflicht zur Hinterlegung von Kautionen sind zu nennen, die auch in Staaten mit Mehrheitswahlrecht vorkommen. Sperrklauseln sind dabei allerdings „keineswegs derart verbreitet, daß es gerechtfertigt wäre, sie zum wesentlichen Unterschied zwischen den

---

[92] Insbesondere hinsichtlich der CDU; s. dazu den Beitrag im Alternativen Verfassungsschutzbericht: **Verfassungsfeindliche Tendenzen innerhalb der Christdemokratie als DDR-Block- und BRD-Kartellpartei gegen rechts** https://links-enttarnt.de/ddr-block-und-brd-kartellpartei-gegen-rechts

[93] S. dazu *Nohlen*, a. a. O., S. 170.

[94] S. BVerfGE 1, 208, 253 unter Bezugnahme auf die 1932 erschienene Veröffentlichung von *Braunias.*

[95] S. dazu die Nachweise im 2. Teil der Serie zur Parteiverbotskritik: **Freiheitliche demokratische Grundordnung als Schutzgut des Parteiverbots: Die dringende Revisionsbedürftigkeit der bundesdeutschen Parteiverbotskonzeption** https://links-enttarnt.de/parteiverbotskritik-teil-2

[96] S. dazu den 25. Teil der Serie zur Parteiverbotskritik: **Von den Kommandantur-Befehlen in West-Berlin zu den Verbotsanträgen gegen die NPD / Linkstotalitäre und besatzungsrechtliche Bezugspunkte der bundesdeutschen Parteiverbotsmentalität** https://links-enttarnt.de/parteiverbotskritik-teil-25

[97] S. Aufzählung bei *Wenner*, a. a. O S. 1 f.; das Bundesverfassungsgericht konnte neben den Beispielen in Schweizer Kantonen nur noch auf die Sperrklausel von 2% im Königreich Rumänien verweisen; BVerfGE 1, 208, 253.

Proporzsystemen zu erheben“[98] (wenngleich das bundesdeutsche Wahlrecht nach dem Untergang des Kommunismus bei den neuen Demokratie Vorbildcharakter einnahm). Wahlsysteme, die über derartige Regelungen einen nur unvollkommenen Proporz herbeiführen, sind dabei nur aufgrund einer detaillierten Analyse bewertend zu vergleichen,[99] da die Sperrwirkungen - vergleichbar dem nachfolgend kurz darzustellenden Weimarer Wahlrecht - auf komplexen Regelungsmechanismen beruhen. Die tatsächliche Sperrwirkung hängt außerdem davon ab, inwieweit die gesetzlichen Mechanismen auf ein bestehendes Mehrparteiensystem, das sich - anders als in der Bundesrepublik mit ihrer alliierten Vorgeschichte - frei gebildet hat, Rücksicht nehmen. In diesem Falle ist eine für Parteien spürbare Sperrwirkung eher akzidentiell zu erklären. Umgekehrt kann aber bei der Ausgestaltung des Wahlrechts bewußt auf bestimmte Parteien abgezielt worden sein. Nur im letzteren Fall liegt - wie in der Bundesrepublik Deutschland - eine politisch intendierte ideologie-politische Sperrwirkung mit Quasi-Verbotscharakter vor.

Im Ergebnis läßt sich bei dem durchaus schwierigen Vergleich der Wahlsysteme des Typus der Verhältniswahl feststellen, daß die Sperrklauseln von 5% nach dem bundesdeutschen Recht, ungeachtet der teilweise unterschiedlichen Ausgestaltung in Bund und Ländern, schon quantitativ einen deutschen Sonderweg konstituieren. „Es bedeutet einen qualitativen und nicht nur einen quantitativen Unterschied, ob ein Wahlgesetz Vorkehrungen dafür trifft, daß nur ernstgemeinte Vorschläge den Wählern vorgelegt werden dürfen, oder ob 1,9 Mio. Wählerstimmen, die für eine Partei abgegeben werden, bei der Mandatszuteilung unberücksichtigt bleiben, wie dies bei einer Bundestagswahl der Fall sein könnte.“[100]

Qualitativ besteht der Unterschied zu vergleichbaren ausländischen Regelungen[101] in der historischen Genese der Sperrvorschriften, die letztlich aus einer ideologischen und machtpolitischen Interessenlage bestimmte Parteien schützen sollten. Zudem kann auch nicht verkannt werden, daß die Sperrklauseln zumindest „faktisch“ einerseits im Kontext anderer gegen Parteienkonkurrenz gerichtete und andererseits die Parteienkonkurrenz alternierender Vorschriften verstanden werden müssen. So weist eine Sperrklausel gegen sog. „Splitterparteien“ einen weniger offen gegen den politischen Pluralismus gerichteten Charakter auf, wenn alternativ die Möglichkeit besteht, nicht von Parteien (hinreichend) abgedeckte Politikfelder außerhalb von Parteienorganisationen einer Volksabstimmung zuführen[102] zu können. Es macht ebenfalls einen grundlegenden Unterschied aus, ob eine Sperrklausel im Wahlrecht in einer bestimmten Höhe neben der Möglichkeit von ideologie-politischen Parteiverboten besteht oder nicht. Besteht die Möglichkeit eines derartigen Parteiverbots nicht, ist es eher glaubhaft, daß eine Sperrklausel im Wahlrecht genuin den Zweck der Verhinderung von Splitterparteien ungeachtet der ideologischen Ausrichtung derselben verfolgt, während bei der Existenz des Instituts des ideologie-politisch begründeten Parteiverbots neben einer Wahlrechtsklausel viel eher sich schon aus den wahlstrategischen Interessen der rechtlich

---

[98] So *Nohlen*, a.a.O., S. 82.

[99] S. hierzu *Nohlen*, ebenda S. 247 ff.

[100] S. *Wenner*, a.a.O., S. 2; bezogen auf die Bundesrepublik vor dem Beitritt der DDR; bei der Bundestagswahl am 6. 3. 1983 wurden ca. 39 Millionen gültige Zweitstimmen abgegeben, so daß eine Partei ca. 1, 95 Millionen Stimmen zur Überwindung der 5 %-Klausel benötigte.

[101] S. http://www.wahlrecht.de/lexikon/sperrklauseln.html; dabei hat sich seit Ende des Kommunismus die Verbreitung des Sperrklausel-Systems von genau 5% in ehemaligen Ostblockstaaten ergeben, wobei man sich an der Bundesrepublik Deutschland ein Beispiel zur Rechtfertigung genommen hat; da diese Übernahme in der Regel nicht mit der Übernahme des Verfassungsschutzsystems und der Parteiverbotskonzeption begleitet ist, nimmt sich die 5%-Klausel etwa in den baltischen Staaten nicht so demokratiewidrig aus als in dem Land, von dem es rezipiert worden ist.

[102] S. *Meyer*, a. a. O, S. 692 macht umgekehrt zu Recht aus dem Fehlen des Plebiszits ein Argument gegen die bundesdeutsche Sperrklausel, da Wahlen bei Fehlen plebiszitärer Elemente die einzige Möglichkeit seien, den Volkswillen zur Geltung zu bringen.

begünstigten Parteien sich ein Gleichklang der Wirkung von Wahlrecht(sbeschränkung) und Parteiverbot ergibt. Während im ersten Falle der Begriff der „Splitterpartei“ tatsächlich für Parteien reserviert bleibt, die eine (äußerst) geringe Zahl von Wählern aufweisen, wird im Kontext einer Parteiverbotsmöglichkeit aus der „Splitterpartei“ eine ideologisch unerwünschte Partei, die im Zusammenwirken von letztlich mit Wählereinschüchterung verbundenen Verbotsdrohung und Wahlrechtsbestimmung erst zur „Splitterpartei“ gemacht wird. In diesem Kontext erscheint dann die Wahlrechtsausgestaltung als eine, zudem von „Toleranz“ zeugende Möglichkeit zur Bekämpfung des „Extremismus“.

Unter demokratietheoretischen Erwägungen scheint die disproportionale Sperrklausel noch akzeptabler zu sein als das ideologiepolitische Parteiverbot bundesdeutsch-türkischer Provenienz. Da die Türkei auf einer der bundesdeutschen Praxis vergleichbaren Verfassungsmilitanz beruht,[103] verwundert es auch nicht, daß das türkische Wahlrecht seit längerem eine landesweite Sperrklausel in Höhe von 10 % vorsieht, was mit Regelungen von bundesdeutschen Ländern, wie dem Freistaat Bayern vor der entsprechenden Wahlrechtsänderung vergleichbar ist, die ebenfalls eine, wenngleich regionale Sperrklausel von 10 % vorgesehen hatten. Dieser Gleichklang von bundesdeutschem und türkischem Wahlrecht im Kontext einer vergleichbaren, gegen unerwünschte politische Opposition gerichtete Verfassungsmilitanz spricht - ungeachtet der Frage, ob sich das Bundesverfassungsgericht dieser Zusammenhänge bewußt gewesen ist - *prima facie* schon dafür, daß eine Sperrklausel in einem proportionalen Wahlsystem von einer Höhe, die sich gerade nicht mehr (allein) unter dem Gesichtspunkt rechtfertigen läßt, nur ernstgemeinte Wahlvorschläge zuzulassen, in Korrelation zu der Bereitschaft steht, gegebenenfalls auch Parteiverbote auszusprechen (was mehr für die Türkei zutraf) oder die Verbotssurrogate zur Anwendung zu bringen (was für die Bundesrepublik zutrifft). In erst genannter Variante nimmt die Sperrklausel, wie auch im angeführten Fall von Liechtenstein verifizierbar, mehr die Funktion des anscheinend demokratiekonformeren Verbotssurrogats ein, während sie im zweiten Fall mehr Konnex des rechtsstaatlich äußert problematischen Verbotssurrogats darstellt. Dabei sind die Übergänge den praktischen Umständen, vor allem der Interessenlage der etablierten Parteien entsprechend fließend.

Die Rechtslage der Weimarer Republik

Die Weimarer Republik hatte bereits mit der Wahl zur Verfassungsgebenden Versammlung, insofern in Korrespondenz mit einer allgemeinen europäischen Rechtsentwicklung, durch einen revolutionären Akt unter Abgrenzung zum absoluten Mehrheitswahlrecht des Kaiserreichs das Verhältniswahlrecht eingeführt. Dieses Wahlsystem erschien neben der generellen Entwicklung zu parteienstaatlichen Vorstellungen deshalb besonders gerecht, weil es die im Zusammenhang mit dem vorausgegangenen absoluten Mehrheitswahlrecht praktizierten

[103] S. dazu den 6. Teil der Serie zur Parteiverbotskritik: **Nähe zum türkischen Modell – das bundesdeutsche Parteiverbot im internationalen Vergleich der Verbotssysteme**
https://links-enttarnt.de/parteiverbotskritik-teil-6
wobei die Bundesrepublik Deutschland Vorbild der türkischen Regelung war; die türkische Variante der „wehrhaften Demokratie“ ist insofern konsequenter als dabei tatsächlich die „Wehr“ (Militär) gegen Fehlentwicklungen des demokratischen Prozesses auffährt oder dies zumindest bis zur Etablierung des demokratischen Islamismus getan hat.

gesetzlichen Manipulationen vorzubeugen versprach. Diese Handgriffe, die auf der Ebene des Reichs vor allem in der Wahlkreiseinteilung, bzw. in der mangelnden Anpassung an geänderte Verhältnisse, auf der Ebene der Bundesstaaten jedoch in der Ausgestaltung von gewichteten Wahlsystemen und deren Aufrechterhaltung, ja teilweise Verschärfung bestand, von der das in Art. 71 der Preußischen Verfassung von 1850 geregelte Drei-Klassen-Wahlrecht das bekannteste System dargestellte, hatten dabei durchaus die intendierte Wirkung eines gegen die Sozialdemokratie gerichteten Verbotssurrogats: Neben der ideologischen Bekämpfung als Feind der Ordnung stehen wie von selbst die legalen Wahlrechtsmanipulationen.[104]

Da das Weimarer Wahlrecht gerade derartige Diskriminierungen verhindern wollte, ist es auch glaubhaft, daß die durchaus vorgesehenen Vorkehrungen gegen Splitterparteien genuiner Art waren. Der Extremismus der bundesdeutschen Sperrklauselregelung wird denn auch gerade im Vergleich mit dem Wahlrecht der Weimarer Republik deutlich, das den Proporz durchaus nicht in der Entschiedenheit verwirklicht hat,[105] wie häufig gerade von denjenigen angenommen zu werden scheint, welche im Fehlen von Sperrklauseln einen wesentlichen Grund für das „Scheitern von Weimar“ sehen. Allerdings ist eine Umrechnung der gegen sog. Splitterparteien gerichteten Elemente des Reichswahlgesetzes (§§ 30 ff.) auf ein Quorum im bundesdeutschen Sinn kaum möglich, da die Wirkungsweise diffiziler und gerade deshalb nicht gezielt gegen bestimmte Parteien gerichtet war. Das 1920 eingeführte und bis 1933 im wesentlichen unverändert gebliebenen Wahlrecht zum Reichstag[106] beruhte auf dem Grundsatz, daß je 60.000 Stimmen ein Abgeordnetenmandat zur Folge hatten. Daneben war eine Reichsliste vorgesehen, welche eine Reststimmenverwertung ermöglichte. Diese Reststimmenverwertung war notwendig, weil die 60.000 Stimmen für einen Abgeordneten nicht auf der Reichsebene „zusammengesammelt“ werden konnten, sondern in einem der 35 Wahlkreise erworben werden mußten. Stimmen, die in einem Wahlkreis nicht für 60.000 ausreichten, waren nicht verloren, sondern konnten in den 16 aus zwei bis drei Wahlkreisen zusammengesetzten Wahl-Verbänden verwertet werden. Stimmen, die weder im Wahlkreis noch im Wahlverband in Mandate umgesetzt werden konnten, wurden in der Reichsliste „restverwertet“. In allen drei Stufen der Stimmenverwertung waren Mechanismen vorgesehen, die Splitterparteien entgegenwirkten. Im Wahlkreis hatte dies eine Sperrwirkung von ca. 3,4% der Stimmen zur Folge, wobei die Sperrwirkung dadurch abgesichert war, daß einer Partei auf der Reichsliste nur so viele Mandate zugeteilt werden konnten, wie die Partei in Wahlkreisverbänden und Wahlkreisen bekommen hatte.[107] So konnte eine Partei, die nur in einem Wahlkreis 60.000 Stimmen erreicht hatte, ungeachtet der absoluten Stimmenzahl über die Reichsliste nur ein weiteres Mandat erhalten. Bis zu 1,3 Mio. für eine Vielzahl von Parteien abgegebene Stimmen blieben etwa bei der Wahl von 1928 in Folge dieser Regelung unberücksichtigt,[108] während nach der bundesdeutschen Sperrklausel so viele Stimmen bereits verloren gehen können, wenn sie geschlossen nur für eine Partei abgegeben werden. Der größere Teil der Stimmen, die nach dem Weimarer Wahlrecht unberücksichtigt blieben, wurde etwa 1928 dabei für Parteien abgegeben, die zwar in den Reichstag gelangten, aber weniger Sitze einnehmen konnten, als ihnen bei voller Proportionalität zugekommen wäre.[109]

---

[104] Auf den Gleichklang der Erscheinungen gegen *SPD* im Kaiserreich einerseits und *SRP* in der Bundesrepublik andererseits weist zu Recht *Lange*, a. a. O., S. 428, Fn. 26 hin.

[105] So spricht etwa *von der Vring*, a.a.O., S. 87 davon, daß dieses System das „radikalste aller Verhältniswahlsysteme“ gewesen wäre.

[106] S. gut zusammengefaßt bei *Wenner*, a. a. O., S. 11 ff. und *Röhl*, a. a. O., S. 558 ff.

[107] So erreichte die USPD 1924 trotz 235.000 Stimmen keinen Sitz mehr; s. bei *Wenner*, a. a. O S. 13, Fn. 27.

[108] S. *Wenner*, ebenda, S. 13, Fn. 29 m. w. N.

[109] So ging es im Streit um das hessische Wahlrecht um „vielleicht“ einen Parlamentssitz; s. *Röhl*, a. a. O S. 559, im Streit um das bayerische Wahlrecht ging es darum, daß die Demokratische Partei und die Wirtschaftspartei ohne Mandate geblieben waren, während die DVP bei etwa gleicher Stimmenzahl vier Mandate erhalten hatte, was vom BayStGH als verfassungsgemäß gebilligt wurde; s. *Röhl*, a. a. O., S. 560.

Dies darf aber nicht zur Folgerung führen, daß das Wahlrecht „faktisch“ auf eine Sperrklausel von 2,4 bis 3,6% hinausgelaufen wäre.[110] So waren immer einige Parteien mit einer Gesamtzahl von weniger als 2,4% im Reichstag vertreten.[111] Die Regelungen der sog. Reststimmenverwertung gingen davon aus - man kann dies als Nachwirkung des Mehrheitswahlrechts ansehen -, daß eine lokal verankerte Partei repräsentationswürdiger sei als eine Splitterpartei, die sich ihre Stimmen im ganzen Wahlgebiet „zusammensammeln“ müsse. Bei der Ausgestaltung des Wahlrechts war dabei die Befürchtung maßgebend, daß Berufsgruppen - wie etwa die 61.000 Hebammen - Parteien bilden würden: Der Verfasser des Gesetzesentwurfs, der damalige Reichsinnenminister *Koch*, schrieb 1930, er habe zur Begründung angeführt, daß die damals 61.000 Hebammen es sich gewiß nicht nehmen ließen, in Ausübung ihres Wahlrechts, eine Hebamme zwecks Beeinflussung des Reichsinnenministeriums in den Reichstag zu entsenden. Dies gibt auch eine Vorstellung davon, was man unter einer „Splitterpartei“ verstand, die man am Einzug in Parlament hindern wollte. Diese Absicht konnte nicht voll wirksam werden, da es dem hinreichend regional verankerten Württembergischen Bauern- und Weingärtnerbund gelungen ist, mit ein bis zwei Mandaten im Reichstag vertreten zu sein.[112] Selbstverständlich ist die Regierungsbildung nicht an dieser Gruppierung gescheitert.

Schon in der Weimarer Republik ist allerdings bezweifelt worden, ob eine regional konzentrierte Minderheit demokratietheoretisch wirklich wertvoller sei als eine geschlossen auftretende Gruppierung, eine Frage, die sich in anderer Form im Hinblick auf die Bundestagswahl 1957 gestellt hat, wo die DP wegen der sog. Alternativklausel, die historisch mit der Weimarer Überlegung von der größeren Legitimität regionaler Repräsentanz gerechtfertigt sein soll, mit 3,4% der Stimmen noch einmal im Bundestag vertreten war, weil ihr die CDU 6 sichere Wahlkreise „geschenkt“ hatte, während der GB / BHE mit 4,6% der Stimmen an der 5 %-Klausel gescheitert ist und damit ebenfalls politisch erledigt war: In der Tat stellt sich die Frage, „warum (sollen) 17 DP-Abgeordnete die Arbeitsfähigkeit des Parlaments weniger behindern ... als 22 oder 23 Abgeordnete des GB / BHE?“[113] Immerhin richtete sich im Weimarer Recht die Abweichung vom strikten Proporz „faktisch“, wenngleich unbeabsichtigt und damit, anders als in der bundesdeutschen Rechtspraxis tatsächlich „faktisch“, auch gegen Parteien wie die NSDAP, die als nicht regional-spezifisch verankerte (ursprüngliche) „Splitterpartei“ durchaus damit rechnen mußte, im äußerst ungünstigen Fall auf vielleicht bis zu 3,5 % der Stimmen kommen zu müssen, um im Reichstag vertreten zu sein, während für regional stark verankerte Parteien 0,8 % genügen konnten, um auf bis zu vier Mandate zu gelangen. Vielleicht kann auf der Ebene der bloßen Wahlarithmetik bewertend und zusammenfassend davon zu sprechen, daß im Ergebnis von einer durchschnittlichen Sperrwirkung ausgegangen werden kann, die näher bei 0,5 % als bei 5,0 % anzusiedeln ist und damit eine Grenze beschrieb, welche das Bundesverfassungs-gericht[114] als Schwellenwert zwar nicht bei der Bestimmung der zulässigen Höhe einer wahlrechtlichen Sperrklausel, aber, wie

---

[110] So etwa *Preuß*, AK-GG, Art. 21 Rn. 48; wenn etwa in Israel bei einer Sperrklausel von 1% 11 Parteien jeweils 0,9% der Stimmen erhielten, würden 9,9 % der Stimmen für Parteien abgegeben werden, die nicht parlamentarisch vertreten wären, was aber nicht heißt, daß eine Sperrklausel von fast 10 % vorläge; allerdings zeigt dies die grundlegende Verfehltheit auch niedrigerer Sperrklauseln auf, da die Wirkungen sich erheblich potenzieren könnten; die Sperrklausel von 1% könnte faktisch allerdings legitimer Weise erreicht werden, indem die Gesamtzahl der Abgeordneten verringert wird, so daß man eine höhere Zahl als 1 % benötigt, um einen Abgeordneten stellen zu können.

[111] S. *Wenner*, a. a. O., S. 14.

[112] S. *Wenner*, ebenda S. 14 mit Fn. 34.

[113] So zu Recht *Hegels*, a. a. O., S.106, dem allerdings nicht gefolgt werden kann, wenn er für die Aufrechterhaltung der 5 %-Klausel eintritt.

[114] S. BVerfGE 24, 300 ff.

bei allen Quantifikationen letztlich nicht nachvollziehbar, bei der staatlichen Wahlkampfkostenerstattung beachtlich gefunden hat. Hätte umgekehrt bei den Wahlen von 1928 und 1930 die bundesdeutsche Sperrklausel gegolten, wären an die 22% der abgegebenen Stimmen nicht durch Vertreter im Parlament repräsentiert gewesen,[115] was die extremistische Wirkung des bundesdeutschen Rechts deutlich macht, das denn auch nicht unter Hinweis auf die Weimarer Sperrbestimmungen legitimiert werden kann. Das mögliche Ausmaß der bundesdeutschen Sperrklausel läßt sich am Beispiel der Russischen Föderation beschreiben, wo in den Wahlen von 1995 bei einem Wahlrecht, das dem der Bundesrepublik nachgebildet ist, 49,5% der Stimmen wegen Scheiterns an der 5%-Klausel nicht gezählt[116] worden sind und allein deshalb beinahe zur Rückkehr des Kommunismus an die Macht hätte führen können (allein das Präsidialregime hat daran gehindert).

Dies macht deutlich, daß die Sperrklauseln des Weimarer Wahlrecht als genuin gegen wirkliche Splitterparteien gerichtete Regelungen verstanden werden müssen, weil sie, anders als die Bestimmungen des bundesdeutschen Rechts, kaum gezielt in ideologisch diskriminierender Weise gegen andere Parteien eingesetzt werden konnten. Diese Wirkung war auch schon deshalb nicht angestrebt, da man dem aufgrund des Notstandrechts praktizierten Parteiverbot weitgehend keine Auswirkungen auf die Wahlfreiheit des Volkes einräumen wollte.[117] Wollte man mit Hilfe des Wahlrechts gezielt gegen nicht etablierte Parteien vorgehen, waren dazu spezifischer Mechanismen erforderlich, die allerdings ab Anfang 1927 in mehreren Ländern eingeführt wurden,[118] um bewußt das Aufkommen neuer Parteien zu erschweren.

Diese Regelungen bestanden vor allem in der Erhöhung des Unterschriftenquorums bei der Einreichung von Wahlvorschlägen nicht parlamentarisch vertretener Parteien und in der Anordnung der Hinterlegung eines höheren Geldbetrages, der der Staatskasse verfiel, falls die entsprechende Partei keinen Parlamentssitz erlangte. Zu den Parteien, deren Aufkommen verhindert werden sollte, waren vor allem diejenigen gemeint, welche den von der Inflation stark geschädigten Mittelstand vertraten,[119] in der ersten Linie die Partei für Volksrecht und Aufwertung, aber auch die damalige NSDAP. Der Staatsgericht des Deutschen Reichs[120] hat jedoch die entsprechenden Bestimmungen des Wahlrechts aufgrund einer strikt formalen Betrachtung der Wahlrechtsgleichheit als verfassungswidrig angesehen, was noch in einer Dissertation von 1979[121] als Erfolg propagandistischer Bemühungen der NSDAP angesehen worden ist. Der Vorsitzende des Gerichts, *W. Simons*, hatte es seinerzeit, die Rechtsprechung gegen Kritik verteidigend als „besonders gehässigen“ Versuch bezeichnet, gerade solchen Bürgern das verfassungsrechtliche Wahlrecht zu entziehen, denen staatliche Politik Vermögen und Selbständigkeit genommen und Armut und Erwerbslosigkeit gebracht habe. Demgegenüber habe der StGH der politischen wie juristischen Gerechtigkeit zur Anerkennung verholfen.“[122] Zu den wahlrechtlichen Bestimmungen, die der StGH damals als verfassungswidrig aufgehoben hat, gehörte auch eine formal nicht nur gegen neue Parteien gerichtete Splitterparteibestimmung im Wahlrecht von Württemberg, das von der Art der nach

---

[115] So *Michael Antoni,* Die Legende von Weimar - 30 Jahre grundgesetzwidrige 5%-Klausel, in: *DuR* 1979, S. 402 ff., S. 411.
[116] S. *H.-H. Nolte,* Kleine Geschichte Rußlands, Stuttgart 1998, S. 420.
[117] S. dazu Teil 5 der Serie zur Parteiverbotskritik: **Die Bundesrepublik – Der freieste Staat der deutschen Geschichte?** https://links-enttarnt.de/parteiverbotskritik-teil-5
[118] Zusammenstellung bei *H. H. Lammers,* Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich (Anm. zur Wahlrechtsprechung), in: *JW* 1929, S. 53 ff.
[119] S. *Wenner*, a. a. O., S. 24.
[120] Dieser war nur für entsprechende Verfassungsstreitigkeiten der Länder zuständig, sofern nicht - wie in Bayern - der Staatsgerichtshof des Landes zuständig war; auf Reichsebene war dagegen für Wahlstreitigkeiten ein spezieller Wahlgerichtshof zuständig.
[121] S. *Wolfgang Wehler,* Der Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich, 1979*,* S. 170.
[122] S. *DJZ* 1928, 197, 200.

dem Kriege so bedeutsam gewordenen Quorumsklauseln war.[123] Mit der Erwägung, daß eine Abstufung des Erfolgswerts der Stimmen zugunsten der großen und örtlich zusammengeballten Parteien mit dem formal verstandenen Wahlrechtsgrundsatz nicht vereinbar sei, hat sich der StGH in Widerspruch zu der Entscheidungspraxis des Wahlprüfungsgerichts beim Reichstag gesetzt, das eine derartige Abstufung bei der sog. Reststimmenverwertung der Stimmen als verfassungsgemäß angesehen hat. Diese Entscheidung des StGH hat *Leibholz*,[124] schon damals ein Anhänger des „Parteienstaates" und der Reduktion des Prinzips der formalen Wahlgleichheit auf ein dem grundrechtlichen Gleichheitssatz entnommenes Willkürverbot, heftig kritisiert, was mit dafür verantwortlich war, daß sich nach dem Ausscheiden von Richter *Simons* der StGH bei der Beurteilung der sog. Splitterparteien benachteiligenden Reststimmenverwertung nach dem Preußischen Wahlgesetz der Entscheidungspraxis des Wahlprüfungsgerichts beim Reichstag angeschlossen hat.[125] Allerdings gab es für diese Anpassung des StGH an die Rechtsprechung des Wahlgerichts beim Reichstag auch sachliche Gründe:[126] Das preußische Wahlrecht, über das bei der Frage der Verfassungsmäßigkeit der kleine Parteien benachteiligenden Reststimmenverwertung entschieden werden mußte, war mit dem des Reichs identisch; der StGH hätte sich bei konsequenter Fortführung seiner Rechtsprechung in diesem Fall in ausdrücklichen Widerspruch zum Wahlgerichtshof des Reichstages gesetzt, einem neben Verwaltungsrichtern mehrheitlich mit Politikern der großen Parteien gebildeten Gremium, das demnach mehr dem Charakter des heutigen Bundesverfassungsgerichts als einem gewöhnlichen Gericht entspricht.

Dem Konflikt mit dem Wahlgerichtshof hat sich der Staatsgerichtshof dadurch entzogen, daß er die Verfassungsmäßigkeit des preußischen Wahlrechts unter Bezugnahme auf die vom Wahlgerichtshof festgestellte Verfassungsmäßigkeit des Reichswahlrecht bejaht hat, wofür wiederum angeführt werden konnte, daß das Reichswahlgesetz mit verfassungsändernder Mehrheit verabschiedet worden war, so daß diesem Gesetz nach dem damaligen Verständnis zumindest unter dem Gesichtspunkt einer authentischen gesetzlichen Verfassungsinterpretation, die Qualität einer Verfassungsnorm zugesprochen werden konnte. Dieser stillschweigenden, ohne ausdrückliche Grundgesetzänderung herbeigeführten Verfassungswandel durch ein mit verfassungsändernder Mehrheit beschlossenes Gesetz soll mit dem Formalitätsgebot des Artikel 79 Abs.1 GG gerade verhindert werden, weshalb es schon deshalb unangebracht ist, daß das Bundesverfassungsgericht bei der Rechtfertigung der 5 %-Klausel einfach auf die zudem umstrittene Weimarer Rechtsprechung als Argument für die Möglichkeit verwiesen hat, von der formalen Wahlgleichheit abweichen zu können. Außerdem ist es fraglich, ob die Weimarer Rechtsprechung trotz der seit der Entscheidung zum Preußischen Wahlrecht akzeptierten Modifizierung der formalen Wahlgleichheit, eine Sperrklausel in Höhe des bundesdeutschen Rechts wirklich akzeptiert hätte. Selbst wenn sie es etwa unter dem Gesichtspunkt der verfassungsändernden Mehrheit für ein Wahlgesetz getan hätte, so dürfte das Bundesverfassungsgericht eine entsprechende Rechtsprechung aufgrund von Artikel 79 Abs. 1 GG gerade nicht rezipieren. Das Bundesverfassungsgericht hat mit dieser Rezeption der Weimarer Rechtsprechung den unter der WRV begründbaren Schritt von der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze zur Gesetzmäßigkeit der Verfassung, der durch das Grundgesetz gerade ausgeschlossen sein soll, im Ergebnis doch nachvollzogen. Der innere Zusammenhang mit der Aufwertung strafgesetzlich formulierter Verfassungsprinzipien zu Bestandteilen der freiheitlichen demokratischen Grundordnung[127] ist unverkennbar.

---

[123] S. *Röhl*, a. a. O., S. 559.
[124] S. *JW* 1929, S. 3042.
[125] So *Röhl*, a. a. O., S. 559.
[126] S. dazu *Wenner*, a. a. O., S. 29 ff.
[127] S. dazu den 2. Teil der Serie zur Parteiverbotskritik: **Freiheitliche demokratische Grundordnung als Schutzgut des Parteiverbots: Die dringende Revisionsbedürftigkeit der bundesdeutschen Parteiverbots-konzeption** https://links-enttarnt.de/parteiverbotskritik-teil-2

Neben diesen methodisch zumindest plausiblen Gründen für die Entscheidung des StGH im Falle des preußischen WahlG, welche die Abkehr der deutschen Rechtsprechung vom Prinzip der strikten Formalität im Wahlrecht markiert, gab es allerdings einen politischen Grund, der vielleicht doch maßgeblicher gewesen ist als die juristische Logik und der in den Veröffentlichungen der damaligen Zeit[128] deutlich wird: Darin wurde der StGH unverhohlen aufgefordert, um des Fortbestandes der Weimarer Koalition in Preußen willen zur „staatspolitisch" gebotenen Aufgabe seiner streng schematischen Auslegung des Prinzips der Wahlrechtsgleichheit zu bewegen. In der Tat stand deren Mehrheit auf dem Spiel, was zwar noch nicht einer anders gearteten Parteienkonstellation die Mehrheit verschafft, aber der Weimarer Koalition das Regieren weiter erschwert hätte. Obwohl man zu dieser Zeit die schnell angewachsene NSDAP, anders als in den ersten Wahlrechtsfällen, eigentlich nicht mehr der Kategorie „Splitterpartei" zuordnen konnte, wird auch im der Nachhinein nicht diese Partei für die Gefährdung der Mehrheit der Weimarer Koalition verantwortlich gemacht, sondern „Splitterparteien", die aber gerade auch der NSDAP hätten Stimmen abnehmen und um eine solide Regierungsmehrheit bringen können. Seit diesem Streit, bei dem die an „staatspolitischer Zweckmäßigkeit" über die „ausschließlich am Verfassungsrecht" orientierte und deshalb heftig kritisierte „unpolitische Rechtsprechung" den Sieg davon getragen hat, muß es sich ein Befürworter einer „peinlich genauen Auslegung der Vorschriften" im Bereich des Wahlrechts gefallen lassen, nicht „politischen Notwendigkeiten" Rechnung tragen zu wollen, die stillschweigend immer noch in der Verhinderung des Aufkommens der NSDAP gesehen werden, das demnach zentrale Motiv dessen ist, was danach unter „Bekämpfung von Splitterparteien" verstanden wird.[129] „Splitterpartei" ist deshalb etwas Verdächtiges, weil zum einen die NSDAP eine solche gewesen war und zum anderen Splitterparteien die gegen diese Parteien stehenden Parteien um die sichere Regierungsmehrheit hätten bringen können. Im Akt der machtpolitisch motivierten Bewältigung ist allerdings nicht die Konstellation vorgesehen, daß diese „Splitterparteien" auch die NSDAP um eine solide Regierungsmehrheit hätten bringen können, wobei nicht unterstellt werden kann, daß die „Erfahrungen aus Weimar" so verstanden werden, daß es gerade dieser Gefahr vorzubeugen gälte.

Zusammengefaßt kann gesagt werden, daß sich das Bundesverfassungsgericht insofern auf das Weimarer Wahlrecht stützen kann, als diesem die Vorstellung der Verhinderung von Splitterparteien durchaus eigen war. Allerdings war das Weimarer Recht so ausgestaltet, daß es kaum gezielt gegen bestimmte Parteien eingesetzt werden konnte. Es ist qualitativ etwas gänzlich unterschiedliches, ob über komplexe Technikalien des Wahlrechts nach Möglichkeit das Aufkommen einer konkret gar nicht existierenden, von 61.000 Wählern gewählte „Partei der Hebammen" verhindert werden soll, oder ob bewußt die Stimmen von 1,3 Mio. Wählern für eine konkret absehbare Konkurrenzpartei einfach nicht beachtet werden sollen und im übrigen unter Umständen bis zu 20 % der Stimmen unbeachtet bleiben, wie dies Folge des bundesdeutschen Wahlrechts bei Zugrundelegen Weimarer Wahlverhaltens der Fall gewesen wäre.[130] Da das Weimarer Wahlrecht, abgesehen vielleicht von den für verfassungswidrig

---

[128] Vgl. die bei *Hans-Rudolf Lipphardt,* Die Gleichheit der politischen Parteien vor der öffentlichen Gewalt. Kritische Studie zur Wahl- und Parteienrechtsjudikatur des Bundesverfassungsgerichts, 1975 auf S. 99, FN 336 angeführte Literatur.

[129] Im Falle von Mecklenburg-Schwerin war die *NSDAP* allein Antragstellerin, im Falle von Hessen die *NSDAP* neben der *Wirtschaftspartei* und im Falle von Württemberg die *NSDAP* neben der *Volksrechtspartei*, während in den Fällen Mecklenburg-Strelitz, Hamburg und Baden allein die *Volksrechtspartei* agiert hat; ergänzend ist noch zu erwähnen, daß im Sachsen die *SPD* (welche von einer strittigen Wahlkaution gar nicht betroffen war) gleichsam für die *USPD* agiert hat; Nachweise bei *Röhl*, a.a.O., FN 12 - 18.

[130] Zu den bundesdeutschen Fällen, die in der Tat dieses Ergebnis zeigen, s. im 2. Teil der vorliegenden Wahlrechtskritik: **Wahlrechtssperrklausel als Konnexinstitut des Parteiverbotsersatzes. Der Schutz des Parlaments vor den Wählern** https://links-enttarnt.de/wahlrechtskritik-2-teil

erkannten Gesetzesänderungen um 1927, nicht im Kontext der „Radikalenbekämpfung“ verstanden werden kann, liegt insofern schon eine ganz andere Rechtslage als in der Bundesrepublik vor.

In der Geschichte der bundesdeutschen Wahlrechts war dagegen immer abzusehen, gegen welche Parteien sich die Beschränkungen im Wahlrecht richten würden: Während die ursprünglichen Sperrklauseln, unter Einschluß der im Wahlrecht zum 1. Bundestag enthaltenen Klausel, den Zweck verfolgten, das von den Besatzungsmächten als demokratisch lizenzierte Parteiensystem vor der Konkurrenz durch neue Parteien zu schützen, richtete sich die Verschärfung der Sperrklausel im Wahlrecht zum 2. Bundestag gegen die sich nach der Aufhebung des Lizenzierungssystem und dessen Verbotswirkung abzeichnende Rückkehr zum Weimarer Parteiensystem und in Sonderheit gegen eine als Nachfolgepartei der NSDAP angesehene Partei, welche „man“ dann als Ersatz für die Verweigerung der zwischenzeitlich aufgehobenen Lizenzierung und der damit verbundenen Verbotswirkung verbieten zu müssen glaubte, nachdem insoweit die Verschärfung des Wahlrechts nicht auszureichen schien, diese Partei „vom Wähler“ ausschalten zu lassen.

Erste Europawahlentscheidung als Beleg für Charakter der Sperrklausel als Ersatzverbot

Zufälliger Weise war die parteipolitische Konstellation bei einer weiteren zentralen Wahlrechtsschöpfung, nämlich bei der Ausgestaltung des bundesdeutschen Wahlrechts zur ersten Direktwahl des Europäischen Parlaments dergestalt, daß wieder genau voraussehbar war, gegen wen sich die auch für das entsprechende Wahlgesetz übernommene Sperrklausel spezifisch richten würde.[131] Die Billigung dieser Sperrklausel von 5% durch das Bundesverfassungsgericht[132] in der Entscheidung über das deutsche Wahlrecht zur Wahl des sog. Europäischen Parlament kann denn auch als Beleg für den Charakter der Sperrklausel des bundesdeutschen Wahlrechts als eine Variante des Parteiverbotssurrogats angesehen werden: Da dem zu wählenden Europaparlament nicht die Funktion zukommt, eine Regierung zu kreieren, konnte man erwarten, daß das Verfassungsgericht bei konsequenter Anwendung seiner einschlägigen Wahlrechtsprechung die Zulässigkeit einer derartigen deutschen Sperrklausel verneinen würde,[133] da die vor allem auf die Regierungsbildung bezogene Argumentation mit der „Funktionsunfähigkeit“ aufgrund der Parteienzersplitterung nicht als einschlägig angesehen werden konnte. Aufgrund der bereits durch die pluralistische Parteienkonstellation der anderen EG-Mitgliedstaaten tatsächlich gegebenen Parteizersplitterung würde sich eine deutsche Sperrklausel zudem als untauglich zur Sicherung irgendwelcher „Funktionsfähigkeit“ erweisen. Das Bundesverfassungsgericht hat jedoch durch Beschluß die gegen die Sperrklausel von § 2 Abs. 6 des Europawahlgesetzes[134] erhobenen Verfassungsbeschwerden im Interesse der Funktionsfähigkeit des zu wählenden Europäischen Parlamentes als unbegründet zurückgewiesen. Nach Ansicht des Gerichts kann die Funktionsfähigkeit dieses Parlaments durch „übermäßige“ Parteienzersplitterung deshalb beeinträchtigt werden, weil eine Gruppe von weniger als fünf Abgeordneten nicht in der Lage

---

[131] Allerdings war auch umgekehrt vorauszusehen, wer von einer ausnahmsweisen Modifikation der Sperrklausel profitieren würde; neben der „integrierten“ *DP* ist dabei vor allem die Entscheidung zum Wahlgesetz zum ersten gesamtdeutschen Bundestag zu denken; dazu ebenfalls im 2. Teil der vorliegenden Wahlrechtskritik: https://links-enttarnt.de/wp-content/uploads/2020/09/Wahlrechtskritik_Teil-2.pdf

[132] S. BVerfGE 51, 222 ff.

[133] S. die entsprechende Argumentation von *Murswiek* vor der Entscheidung des BVerfG in: *JZ* 1979, S. 48 ff.

[134] „Bei der Verteilung der Sitze auf die Wahlschläge werden nur Wahlvorschläge berücksichtigt, die mindestens fünf vom Hundert der im Wahlgebiet abgegebenen gültigen Stimmen erhalten haben.“

wäre, die nur durch angemessene Arbeitsteilung zu bewältigenden Spezialmaterien zu überblicken, sich die erforderliche Sachkenntnis zu verschaffen und die Aufgaben wirksam wahrzunehmen; außerdem könne die Zersplitterung eine „überzeugende Mehrheitsbildung“ verhindern.

Diese Entscheidung ist überzeugend kritisiert[135] worden: So ist nicht nachzuvollziehen, was „Funktionsfähigkeit“ qualitativ bedeuten und wieso hierfür eine Gruppe von nur fünf Abgeordneten zur Wahrnehmung der parlamentarischen Aufgaben nicht geeignet sein soll, wobei dem Gericht auch noch eine Rechenfehler unterlaufen ist, der dadurch sichtbar geworden ist, daß die FDP bei der anstehenden Wahl entsprechend ihrem knapp über der Sperrklausel liegenden Stimmenanteil nur vier Abgeordnete ins Europaparlament entsenden konnte. Da zum Zeitpunkt der Entscheidung 30 im Europaparlament vertretene Parteien über weniger als fünf Abgeordnete verfügten, wäre nach der Prämisse des BVerfG die Funktionsfähigkeit dieses Parlaments von vorne nicht gegeben. Aufgrund der bereits vorfindbaren Situation der Parteienzersplitterung stellt sich eine einseitige bundesdeutsche Maßnahme als ungeeignet dar, dem entgegenzuwirken. Dabei hat allerdings das BVerfG gemeint, daß andere EG-Staaten, welche außer Frankreich keine entsprechende Sperrklausel vorgesehen haben, entsprechende Regelungen treffen, welche „faktisch“ eine ähnliche Wirkung wie das deutsche Wahlrecht haben würden. Wegen der geringeren Zahl der zu wählenden Abgeordneten sind in den kleineren Mitgliedstaaten in der Tat mehr Wähler erforderlich als 5%. „Für die Funktionsfähigkeit ist in diesem Zusammenhang jedoch nicht der Grad der Gleichheitseinschränkung, sondern die Wirkung der Sperrklausel auf die Gruppengröße entscheidend; und die hohe Verteilungszahl in den kleinen Mitgliedstaaten kann eben nicht bewirken, daß aus diesen Ländern nur Abgeordnetengruppen von „arbeitsfähiger“ Größe in das Parlament einziehen.“[136]

Man kann sich kaum vorstellen, daß das Bundesverfassungsgericht die Gründe, die zur Rechtfertigung der Sperrklausel im bundesdeutschen Wahlrecht zum Europäischen Parlament angeführt haben, selbst ernst genommen hat, außer vielleicht im folgenden Punkt: Die 5 %-Klausel wird auch für gerechtfertigt gehalten, weil Abgeordnete, die nicht zu den „die Politik der Mitgliedstaaten bestimmenden Parteien“, zu den „maßgeblichen politischen Kräften ihres Herkunftslandes“ gehören, zu einem „erfolgreichen Wirken“ des Europaparlaments „wenig oder nichts“ beizutragen vermöchten. Das können demnach nur die drei seinerzeit etablierten Parteien, womit das Gericht trotz verbaler Zurückweisung doch das Argument der Bundesregierung reflektiert hat, wonach „eine hinreichend wirksame nationale Repräsentanz“ der Bundesrepublik Deutschland im Europaparlament nur durch die in der Bundesrepublik etablierten „großen“ oder „maßgeblichen“ Parteien erreicht werden könne; eine Formel, welche die Wendung des Repräsentationsgedankens gegen die Demokratie bedeutet. Letztlich wird auch hierbei deutlich, was das eigentliche Schutzgut von wahlrechtlicher Sperrklausel und Parteiverbotssystem[137] darstellt: Das etablierte Parteiensystem!

Die Entscheidung des Bundesverfassungsgericht kann nur im politischen Kontext zum Entscheidungszeitpunkt wirklich verstanden werden: Die etablierten politischen Kräfte hatten sich bei der „Radikalenbekämpfung“ gerade großer „Toleranz“ zu befleißigen begonnen, die

---

[135] S. die Urteilsanmerkung von *Dietrich Murswiek,* Die Verfassungswidrigkeit der 5%-Sperrklausel im Europawahlgesetz, in: *JZ* 1979, S. 48 ff.
und die Kritik von *Dieter Dörr, / Reinhard Thönes,* Die Verfassungsmäßigkeit der 5%-Sperrklausel im Europawahlgesetz – BVerfGE 51, 222, in: *JuS* 1981, S. 108 ff.

[136] S. *Dietrich Murswiek,* Urteilsanmerkungen (zur Europawahlentscheidung), in: *DVBl.* 1980, S. 123 ff., S. 125.

[137] S. dazu den 9. Teil der Serie zur Parteiverbotskritik: **Etabliertes Parteiensystem als eigentliches Schutzgut des Parteiverbots oder: Die profaschistische Wurzel der bundesdeutschen Parteiverbotskonzeption**
https://links-enttarnt.de/wp-content/uploads/2020/09/Parteiverbotskritik-Teil-9.pdf

sich zugunsten der Partei Die Grünen auszuwirken begann. Damit stand mit den aus wirklich und nicht nur verbalradikalen bzw. extremistischen Gruppen mit hervorgegangen *Grünen* nach dem deutschen „Wahlwunder“, das zur Reduzierung der bundesdeutschen Parteien auf das von den Besatzungsmächten lizensierte Parteiensystem geführt hatte, erstmals eine Partei wieder davor, sich neben den drei etablierten Parteien zu etablieren. Wegen der gerade praktizierten „Toleranz“ reichte der Vorwurf des „Radikalismus“ nicht mehr aus, diese neue Partei, die Wirkung der 5 %-Klausel im Blick, auf den Status einer „Splitterpartei“ zu halten. Dieses Dilemma wäre bei Abschaffung der Sperrklausel im Europawahlrecht noch vergrößert worden: Die Beseitigung der Sperrklausel im Wahlgesetz zum Europäischen Parlament hätte nämlich dazu geführt, daß manche Wähler, die ihre Stimme ansonsten nicht an eine Partei „verschenken“ wollten, die vielleicht an der Sperrklausel scheitern würde, diese Partei gewählt hätten. Dabei wäre deutlich geworden, daß bei dieser Partei keine Splitterpartei vorliegt, was ihre Wahlchancen auch bei den Wahlen, bei denen weiter eine Sperrklausel praktiziert wird, wie bei der Bundestagswahl, erhöht hätte.

Insofern benötigten die etablierten politischen Kräfte die Sperrklausel auch im Europawahlrecht um die prohibitive Wirkung der Sperrklausel in den anderen Wahlgesetzen als eines faktischen Verbotssurrogats aufrechtzuerhalten. Dem Verfassungsgericht ist es angesichts der konkreten Wirkung dieser Klausel gegen die Partei Die Grünen sicherlich leichter gefallen, Argumente für die Notwendigkeit einer Sperrklausel auch im Europawahlgesetz zu finden, als dies der Fall gewesen wäre, wenn die Wirkung dieser Klausel sich im konkreten Kontext gegen keine spezifische Partei gerichtet hätte oder gar nur gegen eine der etablierten Parteien, wie der FDP, konkret eine Wirkung hätte entfalten können. Für diese Vermutung spricht die nachfolgend darzustellende Wesensverwandtschaft von Sperrklausellegitimation und Parteiverbotsbegründung.

Methodische Einwände gegen die Rechtfertigung der Sperrklauseln

Es ist denkbar, daß Autoren, die den Charakter der Sperrklausel als Verbotssurrogat anerkennen, gerade deshalb auch zur Bestätigung des Konzepts der Sperrklauseln neigen, da diese Regelungen immerhin weniger gezielt ideologisch wirkten als das Parteiverbot nach dem Verständnis des Bundesverfassungsgerichts oder das Verbotssurrogat der bundesdeutschen Realverfassung. Ähnlich wie die „Radikalenbekämpfung“ im US-amerikanischen Recht schließlich dazu geführt hat, daß die politische Betätigungsfreiheit der öffentlich Bediensteten generell eingeschränkt worden ist, so daß das Beamtenrecht nicht mehr als Instrument der politischen Diskriminierung oder Privilegierung verwendet werden kann,[138] so trifft danach die Sperrklausel alle Parteien ohne ideologische Ausrichtung gleichermaßen, mag es auch „faktisch“ eher die sog. radikalen Gruppierungen erfassen.

Einem derartigen Vergleich steht jedoch entgegen, daß die wahlrechtliche Sperrklausel nicht an die Stelle des Parteiverbots tritt, sondern das an die Stelle des Parteiverbotes tretende Verbotsersatzsystem[139] als Konnexinstitut zu diesem besonders effektiv werden läßt. Deshalb muß vielmehr umgekehrt damit argumentiert werden, daß sich entsprechende Wahlrechtsbestimmungen als weniger problematisch darstellen würden, wenn der Rechtsordnung das ideologiepolitische Parteiverbot nicht bekannt ist und auch die Methoden des Ersatzverbotssystems wie Mitwirkung der Inlandsgeheimdienste an der Meinungsbildung des Volks und darauf gestützte disziplinarrechtliche Verfolgungsmaßnahmen, um der

[138] S. dazu den 26. Teil der Serie zum Parteiverbotssurrogat: **Ideologie-politische Beamtendiskriminierung der BRD im internationalen Vergleich** https://links-enttarnt.de/kritik-des-parteiverbotssurrogats-teil-26
[139] S. dazu die entsprechende Serie: https://links-enttarnt.de/kritik-des-parteiverbotssurrogats-uebersicht

Oppositionspartei die Rekrutierung von Mitgliedern und Kandidaten zu erschweren, nicht praktiziert werden. Außerdem müßten die Sperrklausel eine dem Weimarer Recht vergleichbare komplexere Technikalität aufweisen, um sicherzustellen, daß das Wahlrecht nicht gezielt gegen sich bildende Opposition eingesetzt wird.

Hinwegsetzen über die Entstehungsgeschichte

Den bereits in der maßgeblichen Entscheidung zum Wahlrecht von Schleswig-Holstein gebrachten Überlegungen des Bundesverfassungsgerichts muß unter methodischen Gesichtspunkten der Vorwurf gemacht werden, daß es auf die konkrete Entstehungsgeschichte des zentralen Prüfungsmaßstabes, nämlich von Artikel 38 GG nicht eingegangen ist. Nachdem der Wortlaut dieser Vorschrift, wie vom Bundesverfassungsgericht anerkannt, unstreitig für eine formale Gleichheit[140] bei der Anwendung des Wahlrechts spricht und unter dem primär aus Artikel 3 Abs. 1 GG entnommenen Gesichtspunkt der Systemgerechtigkeit nicht völlig überzeugend[141] die mögliche Argumentation zurückgewiesen worden ist, daß die Einführung des Mehrheitswahlrechts betroffene Parteien schlechter stellen würde als Sperrklauseln im Rahmen des Verhältniswahlrechts - ein Argument, welche die amerikanische Besatzungsbehörde in Bayern gegenüber Kritik an der regionalen 10 %-Sperrklausel tatsächlich verwendet hatte[142] - hätte man methodisch auf die Entstehungsgeschichte eingehen müssen. Dabei wäre das Gericht mit dem wohl eindeutigen, aber nicht wünschenswerten Ergebnis konfrontiert gewesen, daß der Parlamentarische Rat durch die bewußte Streichung der ursprünglich vorgesehenen verfassungsrechtlichen Sperrklauselermächtigung sich dahingehend entschieden hat, daß eine Sperrklausel, zumindest in Höhe der in Frage stehenden 5% und darüber hinaus, als Verletzung der Wahlgleichheit zu betrachten wäre.

Manipulation des Gleichheitsprinzips

Unter systematischen Gesichtspunkten ist dabei das Ausspielen von Artikel 38 GG mit Artikel 3 GG problematisch: Auch wenn man ersteren als Anwendungsfall von letzterem ansieht, geht dann nach dem *lex-specialis*-Grundsatz der formal zu verstehende Gleichheitssatz des Artikels 38 GG als einschlägiger Prüfungsmaßstab dem allgemeinen Willkürverbot des Artikels 3 Abs. 1 GG vor. Während der allgemeine Gleichheitssatz des Artikels 3 Abs. 1 GG als relativ wirkende Norm gewissermaßen unter einem inhärenten Gesetzesvorbehalt steht, steht die Wahlgleichheit unter keinem derartigen Vorbehalt. Der dem allgemeinen Gleichheitssatz gewissermaßen wesensgemäß anhaftende Gesetzesvorbehalt hatte es der Weimarer Kommentarliteratur bei der Auslegung des dem Artikel 3 Abs. 1 GG identischen Artikels 109 Abs. 1 WRV angemessen erscheinen lassen, die entsprechende Grundrechtsgarantie so zu nehmen, wie sie geschrieben steht, nämlich als Schutz gegenüber Verwaltung und Rechtsprechung („vor dem Gesetz"), da eine Bindung des Gesetzgebers selbst an den allgemeinen Gleichheitssatz nach *Anschütz* zur Rechtsunsicherheit führen müsse. Das Bundesverfassungsgericht hat demgegenüber bereits in einer seiner ersten Entscheidungen[143] den Gesetzgeber an den Gleichheitssatz gebunden gesehen, wobei das Ergebnis dieses

---

[140] S. dazu auch *Hans-Herbert von Arnim,* Der strenge und der formale Gleichheitssatz, in: *DÖV* 1984, S. 85 ff.

[141] Die Figur der Systemgerechtigkeit geht von der klaren Alternative Mehrheitswahlrecht / Verhältniswahlrecht aus, die so nicht zutrifft, wie *H. Meyer*, a.a.O., insbes. S. 159 ff. überzeugend dargelegt hat; geht man allerdings davon aus, daß die Einführung des britischen Mehrheitswahlrecht nach dem Grundgesetz grundsätzlich unzulässig wäre; dazu *Meyer,* S. 191 ff., 221, dann trifft die Argumentation des Bundesverfassungsgerichts im Ergebnis doch zu.

[142] S. Nachweis bei *Wenner*, a.a.O., S. 75, FN 46.

[143] S. BVerfGE 1, 52.

angeblichen rechtsstaatlichen Fortschrittes genau zu der von *Anschütz* vorausgesehenen Rechtsunsicherheit geführt hat. Letztlich konnte nämlich das Bundesverfassungsgericht dem allgemeinen Gleichheitssatz naturgemäß nicht mehr als ein allgemeines Willkürverbot (= Verbot, Gleiches nicht willkürlich ungleich und Ungleiches nicht willkürlich gleich zu behandeln) abgewinnen, wobei eine verfassungsgerichtliche Prüfung nur dazu führen kann, an Stelle des Gesetzgebers eigene Maßstäbe zu setzen, ein Vorgang, der mit Rechtsprechung eigentlich nichts mehr zu tun hat,[144] sondern als Akt der Ersatzgesetzgebung angesehen werden muß. Es stellt sich dabei als besonders problematisch dar, wenn die durch die Auslegung des allgemeinen Gleichheitssatzes verursachte Rechtsunsicherheit auch noch auf die Gebiete, wie der Wahlgleichheit ausgeweitet wird, in denen man es mit einem formal zu verstehenden Gleichheitssatz zu tun hat, an dessen Charakter eigentlich nicht gerüttelt werden kann.

Zu Recht stellt sich im Bereich des Wahlrechts dann die Frage:[145] „Sind diese Tatbestände überhaupt juristischer Betrachtung zugänglich? Kann man mit Argumenten der Logik beweisen, daß eine Sperrklausel von 5% gerecht, eine von 7,5% ungerecht ist? Und, daß eine Erschwerung des Unterschriftenerfordernisses um das Zehnfache gegenüber der Weimarer Zeit unzulässig, um das 4,3fache aber noch zulässig ist?“ Diese Rechtsunsicherheit hatte zwar noch einen Weimarer Vorlauf, aber generell hat die Weimarer Rechtsprechung gerade den wahlrechtlichen Gleichheitssatz formal verstanden und konnte damit dem an sich nicht an den allgemeinen Gleichheitssatz gebunden gehaltenen Gesetzgeber entschiedener entgegentreten als das Bundesverfassungsgericht dem an den allgemeinen Gleichheitssatz für gebunden gehaltenen Gesetzgeber! Auch hier zeigt sich, daß das GG und seine hypertrophe Verfassungsgerichtsbarkeit keinen rechtsstaatlichen Fortschritt gegenüber der WRV darstellen,[146] sondern sich dabei hinter wohlklingenden („freiheitlichen“) Formeln Machtinteressen viel konsequenter durchsetzen lassen.

Die mögliche Erklärung für die Anbindung der Wahlgleichheit mit dem allgemeinen Gleichheitssatz, die in prozessualen Gründen bestehen sollen, ist ebenfalls wenig überzeugend: Danach sei eine derartige Anbindung erforderlich, weil sonst die Verletzung der Wahlrechtsgleichheit bei Landtags- und Gemeindewahlen nicht verfassungsgerichtlich gerügt werden könne,[147] da auf Artikel 28 GG keine Verfassungsbeschwerde von Individuen und Parteien gestützt werden könne und der gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG rügefähige Artikel 38 GG nur eine Garantie für die Bundestagswahl enthält. Das Bundesverfassungsgericht hat aber im Zweifel keine Schwierigkeiten gehabt, den jedenfalls rügefähigen Art. 2 GG als Auffangtatbestand zu erkennen, mit dessen Hilfe im Zweifel jede objektiv-rechtliche Verfassungsnorm zum Zwecke der Verfassungsbeschwerde „subjektiviert“ wird. Insofern hätte man ein gegen die formale Wahlgleichheit verstoßendes Landeswahlgesetz als Verletzung der „verfassungsmäßigen Ordnung“ und damit des Art. 2 GG i. m. V. mit Art. 28 GG ansehen können, sofern zur verfassungsrechtlichen Homogenitätsverpflichtung der Länder der in Art. 38 GG positivierte streng formale Gleichheitssatz zählen sollte. Falls jedoch die Homogenität nicht mit dieser Implikation verstanden werden könnte, hätte man es bei der bundesverfassungsgerichtlichen Prüfung von Landesgesetzen mit dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG als Maßstab begnügen können, während bei Bundeswahlgesetzen der spezielle Prüfungsmaßstab des Art. 38 GG Anwendung findet. Dann mag auf der Ebene der Länder ein vom BVerfG nur am Maßstab des Art. 3 Abs. 1 GG zu

---

[144] S. dazu die überzeugende Kritik bei *Ernst Forsthoff,* Der Staat der Industriegesellschaft - Dargestellt am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland, München 1971, S.132 ff.

[145] S. *Röhl*, a.a.O., S. 539.

[146] Zur Freiheitskonzeption der Weimarer Reichsverfassung s. den 2. Teil der Serie zur Verfassungsdiskussion: **Die Weimarer Reichsverfassung (WRV) – Verfassung einer freien Demokratie in Deutschland** https://links-enttarnt.de/verfassungsdiskussion-teil-2

[147] S. *v. Münch*, GGK, Rn. 48 zu Art. 38.

prüfendes Landeswahlgesetz, vorbehaltlich der durch Art. 142 GG als Spezialvorschrift zu Art. 31 GG möglichen weitreichenderen landesverfassungsrechtlichen Gewährleistung, zulässiger Weise eine entsprechende Sperrklausel enthalten, auf der Ebene des Bundes wäre eine entsprechende Sperrklausel jedoch wegen des engeren Prüfungsmaßstabes des Art. 38 GG ausgeschlossen.

Selbst wenn man nämlich den wahlrechtlichen Gleichheitssatz mit dem Bundesverfassungsgericht[148] als speziellen Anwendungsfall des allgemeinen Gleichheitssatzes ansieht, ist es nach der *lex- specialis*-Regel ausgeschlossen, die spezielle Regelung unter Rekurs auf die allgemeine Vorschrift zu entwerten: Oder soll etwa, zum Vergleich, eine unterschiedliche rassische Behandlung trotz des entsprechenden Diskriminierungsverbots nach Artikel 3 Abs. 3 GG doch zulässig sein, wenn dies nicht im Sinne des Absatzes 1 „willkürlich" ist? Bei einer konsequenten Verortung des Verfassungsprinzips der Chancengleichheit aller politischen Parteien wäre es auch nicht möglich, die Rechtfertigung für derartige Wahlrechtsbestimmungen in der Ermächtigung des Absatzes 3 von Artikel 38 GG zu erkennen, „das Nähere" gesetzlich zu regeln. Eher ist dann in dieser „Ermächtigung" eine gesetzgeberische Verpflichtung zu sehen, das in der formalen Wahlgleichheit zum Ausdruck gebrachte Verfassungsprinzip der Chancengleichheit aller Parteien effektiv durch das entsprechende Wahlgesetz zu verwirklichen. Zu Recht ist zum Vergleich und besseren Verständnis dieser Ermächtigung auf die in Art. 137 Abs. 1 GG enthaltende Möglichkeit der gesetzlichen Beschränkung des passiven Wahlrechts für öffentlich Bedienstete verwiesen worden,[149] der anzeigt, wie eine Ermächtigung formuliert sein müßte, um dem Gesetzgeber auf der Grundlage von Artikel 38 GG einen derartigen Eingriff in die Wahlgleichheit des aktiven Wahlrechts zu gewähren, wie es für den gesetzlichen Erlaß von Sperrklauseln erforderlich wäre. Bei der Begründung, die das Bundesverfassungsgericht für die Rechtfertigung von der Abweichung vom Prinzips des gleichen Erfolgswert der Wählerstimmen bringt und welche die gesetzlichen Sperrklauseln als nicht „willkürlich" erscheinen lassen sollen, handelt es sich in Einklang mit der zu befürchtenden Beeinträchtigung der Rechtssicherheit durch die Maßstäbe „Willkürverbot" und - damit eng zusammenhängend - „Verhältnismäßigkeit" um eine Aneinanderreihung von Leerformeln, wie „staatspolitische Gefahren"[150], „besonders wichtige Gründe"[151], „Ziel ..., Störungen im Staatsleben zu verhindern"[152], „Gefahr einer übermäßigen Parteienzersplitterung"[153], „Sicherung des Charakters der Wahl als Integrationsvorgang"[154].

Keiner dieser Gründe ist hinreichend, etwa mit Beispielen, sei es theoretischer oder historisch-praktischer Art belegt. Auch findet sich keine Prognosebewertung,[155] welche die Wahrscheinlichkeit für derartige Entwicklungen besteht, die zu den behaupteten Konsequenzen führen würden. Keiner der zur Rechtfertigung der Sperrklauseln genannten Gesichtspunkte wird dabei als selbständiger Grund zur Gleichheitseinschränkung verwendet, sondern stellt sich als Paraphrase des eigentlichen Grundes dar, nämlich die „Funktionsfähigkeit" der zu wählenden Volksvertretung zu sichern.[156] Diesem zentralen Punkt gilt es deshalb nachzugehen.

Fortsetzung mit dem 2. Teil der **Wahlrechtskritik**

---

[148] S. BVerfGE 3, 240, das als weitere Beispiele Art. 3 Abs. 2 und 3, Art. 6 Abs. 5 und Art. 9 Abs. 3 GG aufführt.
[149] S. *Wenner*, a.a.O., S. 176f.
[150] S. BVerfGE 14, 121, 135; 34, 81,99.
[151] S. BVerfGE 1, 208f.; 14, 121, 135; 34, 81, 99.
[152] S. BVerfGE 6, 94.
[153] S. BVerfGE 1, 208, 249; 34,81, 99.
[154] S. BVerfGE 6, 84,93; 14, 121,136; 24, 300, 341.
[155] S. dazu im einzelnen *Wenner*, a.a.O., S. 157 ff.
[156] S. ähnlich auch *Murswiek*, Verfassungswidrigkeit, a.a.O., S. 50.

Hinweis:

Der vorliegende Beitrag stellt eine notwendige Ergänzung zur jüngsten Veröffentlichung des Verfassers dar:

Josef Schüßlburner, Scheitert die AfD? Die Illusion der Freiheitlichkeit und die politische Alternative Studie 39 des IfS, Verein für Staatspolitik e. V., 2020, Broschur, 239 Seiten, 7 Euro Erhältlich beim Verlag Antaios

Die Problematik der wahlrechtlichen Sperrklausel ist in der Broschüre nicht explizit behandelt, weil man bisher davon ausgehen könnte, dass sie für die AfD kein Problem mehr darstellen würde, jedoch ist die wahlrechtliche Problematik gewissermaßen als selbstverständlich vorausgesetzt, weil es dem etablierten Parteiensystem letztlich darum gehen muss, die AfD aus den Parlamenten zu bringen und das wesentliche Instrument hierfür ist es, durch die intensiv behandelte VS-Politik die prohibitive Wirkung der wahlrechtlichen Sperrklausel ins Unüberwindliche zu erhöhen. Diese Aussperrklausel des bundesdeutschen Wahlrechts ist nämlich trotz ihrer weltanschaulich neutralen Formulierung letztlich „gegen rechts“ gerichtet, wie der Kontext von Entstehungsgeschichte und der verfassungs-gerichtlichen Rechtfertigungsmethodik belegt, die den Zusammenhang dieser Klausel mit der besonderen Parteiverbotskonzeption nachweisen lassen und dadurch ein Wahlrecht mit Verbotselement begründet wird. Die Aussperrklausel des bundesdeutschen Wahlrechts ist schon aufgrund des dabei beabsichtigten Kollateralschadens am politischen Pluralismus gegen die Funktionsweise einer normalen Demokratie unter den Bedingungen des Verhältniswahlrechts, den offen ausgetragenen Links-Rechts-Antagonismus gerichtet. Deshalb gehört zu der Formulierung einer vom Verfasser der Partei dringend nahegelegten **politischen** Alternative auch die Änderung des Wahlrechts, wofür unter dem Stichwort „Verwirklichung der liberalen Demokratie des Westens in der Bundesrepublik Deutschland“, konkret: zur Verwirklichung der grundlegenden und essentiellen demokratischen Gleichheit des Wahlrechts Wähler zu gewinnen sind.