

Dr. Björn Benken

info@wahlreform.de Tel.: 0531-3789500

An das
Bundesverfassungsgericht
Schlossbezirk 3
76131 Karlsruhe

E i n s c h r e i b e n

17. April 2019

Wahlprüfungsbeschwerde

Gemäß § 13 Nr. 3 und § 48 Bundesverfassungsgerichtsgesetz (BVerfGG) wende ich mich mit dieser Wahlprüfungsbeschwerde fristgerecht gegen die Zurückweisung meines Wahleinspruchs vom 21. November 2017¹ durch den Deutschen Bundestag. Der Beschluss des Wahlprüfungsausschusses vom 21. Februar 2019² ging mir per Einschreiben zu, welches ebenfalls auf den 21. Februar 2019 datiert war.

Als Wähler sowie als aktives Mitglied einer kleinen Partei, die bei der Bundestagswahl 2017 an der unkompensierten Sperrklausel gescheitert ist, bin ich – wie im Einspruch begründet – in meinem Grundrecht auf Gleichheit der Wahl verletzt. Da der Deutsche Bundestag nicht in angemessener Weise auf die von mir vorgetragene Argumente eingegangen ist, den dargelegten Sachverhalt nicht ausreichend geprüft und gewürdigt hat und den Einspruch schließlich zurückgewiesen hat, bitte ich nunmehr das Bundesverfassungsgericht um Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit der angegriffenen wahlrechtlichen Regelungen.

Insbesondere wird beantragt, festzustellen, dass die derzeit geltende Ausgestaltung eines Sperrklauselsystems im Bundeswahlgesetz (§ 6 Abs. 3 BWahlG) verfassungswidrig ist, weil der Sperrklausel kein grundrechtswahrender Kompensationsmechanismus als milderes Mittel³ zur Seite gestellt worden ist. Es liegt somit eine Verletzung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes vor.

¹ Der – in der Anlage beigegefügte – Wahleinspruch wurde beim Deutschen Bundestag unter dem Aktenzeichen WP 206/17 geführt. Der Wortlaut des Einspruchs wurde vom Einspruchsführer auch im Internet veröffentlicht unter <http://www.wahlreform.de/we2017.pdf>.

² Die Entscheidung des Bundestages ist veröffentlicht in der BT-Drucksache 19/7660, Anlage 59, S. 157 bis 162; online unter: <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/19/076/1907660.pdf#page=157>.

³ Das verfassungsrechtliche Konzept des milderen Mittels wird in Kapitel II.1 des Wahleinspruchs erläutert (<http://www.wahlreform.de/we2017.pdf>).

Da die hier geforderte Modifikation des Bundeswahlgesetzes mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit bei der Bundestagswahl 2017 eine abweichende Verteilung der Mandate hervorgebracht hätte (siehe dazu konkret Kapitel II.6. des Wahleinspruchs), ist diese Wahlprüfungsbeschwerde auch zulässig.

Begründung

Der Deutsche Bundestag hat sich bei der Begründung der Ablehnung des Wahleinspruchs direkt und indirekt⁴ auf den Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 19. September 2017 (2 BvC 46/14, "Einführung einer Eventualstimme") gestützt, ohne meine diesbezüglichen Gegenargumente zu berücksichtigen. So hatte ich beispielsweise in Kapitel II.2 des Einspruchs dargelegt, warum das Instrument der Dualwahl⁵ verfassungsrechtlich anders zu bewerten ist als die Eventualstimme, um welche es in besagtem Urteil ausschließlich ging. Diese notwendige Differenzierung hat der Deutsche Bundestag nicht vorgenommen. Des Weiteren habe ich in Kapitel II.3 ausgeführt, warum auch dort, wo die Instrumente Eventualstimme und Dualwahl gleichgesetzt werden können, die Schlussfolgerungen des herangezogenen Urteils dennoch nicht tragen.

So wird zum Beispiel in dem Urteil, auf das sich der Bundestag beruft, lediglich *unterstellt*, dass die gesteigerte Komplexität des Wahlverfahrens zu einer höheren Zahl an Enthaltungen bzw. ungültigen Stimmen führen könnte, ohne dass diese Behauptung empirisch belegt oder anderweitig plausibel begründet wird. Augenscheinlich wurde bei dieser Einschätzung nicht berücksichtigt, dass das Instrument der Dualwahl respektive Ersatzstimme so ausgestaltet werden kann, dass das optische Erscheinungsbild der Stimmzettel weitestgehend unverändert bleibt und dass alle Wähler(innen), die nach dem herkömmlichen Verfahren wählen und ihre Lieblingspartei mit einem Kreuz kennzeichnen, eine vollgültige Stimme abgegeben hätten. Damit wären diejenigen Wähler, denen das neue Wahlverfahren nicht bekannt ist oder für die dessen Anwendung nicht relevant ist, gegenüber dem Status quo in keiner Weise in ihrem Stimmrecht eingeschränkt – denn die Vergabe von nachrangigen Präferenzen wäre im neuen Wahlsystem rein optional. Wer sich dieser Option allerdings bedient, beweist damit implizit, dass er bzw. sie über die Modalitäten des neuen Wahlsystems grundsätzlich informiert ist.

⁴ Der Deutsche Bundestag schließt sich in seinen Ausführungen inhaltlich einem Gutachten des Bundesministeriums des Inneren an, welches sich in dem – für die Argumentation zentralen – Kapitel 5 wiederum an den Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 19.9.2017 anlehnt.

⁵ Bei der Dualwahl werden zwei Wahlgänge in einer Stimmabgabe zusammengefasst: Einerseits der Hauptwahlgang und andererseits ein Stichwahlgang, bei dem nur noch diejenigen Parteien wählbar sind, die im Hauptwahlgang die Sperrhürde übersprungen haben. Im Votum der Wähler ist sowohl die Information enthalten, an welche Partei die Stimme im Hauptwahlgang fallen soll, wie auch die Information, welche Partei im Stichwahlgang die Stimme erhalten soll. Bei Parteien, die die Sperrhürde überspringen, zählt die Stichwahlstimme automatisch für dieselbe Partei wie die Hauptstimme.

a) Aktuelle Entwicklungen nach Einreichung des Wahleinspruchs

Wenige Monate nach der Einreichung des Wahleinspruchs erschien in der Zeitschrift für das Juristische Studium eine ausführliche Entscheidungsbesprechung⁶ des BVerfG-Urteils vom 19.9.2017, welche die Kernaussagen des Wahleinspruchs vollumfänglich unterstützt. Der Autor Philipp Barlet kommt darin zu folgenden Ergebnissen:

"Die geringfügig gesteigerte Komplexität des Wahlverfahrens hat keine verfassungsrechtliche Relevanz" – "Das Eventualstimmrecht schränkt weder die Unmittelbarkeit der Wahl noch das Demokratieprinzip ein. Es schränkt die Zählwertgleichheit nicht ein und kann die Erfolgswertgleichheit besser als das geltende Wahlrecht wahren. Auch die Chancengleichheit der Parteien und die Freiheit der Wahl wären mit der Einführung der Eventualstimme besser gewahrt. Die Öffentlichkeit der Wahl bliebe unangetastet. Ein Wahlrecht mit Sperrklausel und Eventualstimme ist somit ein milderer Mittel als die unkompenzierte Sperrklausel" – "Die unkompenzierte Fünf-Prozent-Hürde in § 6 Abs. 3 S. 1 Var. 1 BWahlG ohne Einführung einer Eventualstimme ist deshalb verfassungswidrig."⁷

Nicht nur in den Rechtswissenschaften, auch in den Politikwissenschaften ist seit der Bundestagswahl eine spürbare Belebung der Diskussion um die Ersatzstimme zu beobachten. So veröffentlichten beispielsweise Frederic Graeb und Angelika Vetter in der Zeitschrift für Parlamentsfragen einen Beitrag zu den vermutlichen Auswirkungen eines Ersatzstimmensystems.⁸ In ihrer Simulationsstudie hätte bei Vorhandensein einer Ersatzstimme fast jede/r dreißigste Wähler/in mit der Hauptstimme eine Kleinpartei gewählt anstatt – wie im Status quo – eine der großen Parteien.⁹ Dieses Ergebnis erklärt sich dadurch, dass die "Drohung der verlorenen Stimme"¹⁰ in einem Wahlsystem mit Ersatzstimme nicht mehr wirkt. Die Verzerrungen im herrschenden Wahlsystem, die durch die Diskrepanz zwischen den wahren Wählerpräferenzen einerseits und dem beobachteten Wahlverhalten andererseits entstehen, werden nach meiner Kenntnis in dieser Studie erstmalig quantifiziert.

⁶ Philipp Barlet: Verfassungskonformität des Bundestagswahlrechts trotz Nichteinführung der Eventualstimme?, in: ZJS Heft 2/2018, S. 179-188 (http://zjs-online.com/dat/artikel/2018_2_1206.pdf).

⁷ Philipp Barlet, a.a.O., S. 186, 183, 188.

⁸ Graeb/Vetter: Ersatzstimme statt personalisierter Verhältniswahl, in: ZParl Heft 4/2018, S. 552-563.

⁹ Vgl. Graeb/Vetter, a.a.O., S 557: "Die Einführung einer Ersatzstimme erhöht die relativen Anteile der Sonstigen Parteien sichtbar. So würden 7,2 Prozent der Wähler einer dieser Parteien ihre Stimme geben, während es bei der klassischen Zweitstimme lediglich vier Prozent sind." – Dies bedeutet folglich eine Differenz von 3,2 Prozentpunkten (=etwa ein Dreißigstel aller Wahlberechtigten) zwischen einem System mit Ersatzstimme und dem Status quo.

¹⁰ Der "Effekt der verlorenen Stimme" besagt, dass viele Wähler, die in Wirklichkeit mit einer Kleinpartei sympathisieren, sich im herrschenden Wahlsystem genötigt fühlen, dennoch eine der im Bundestag vertretenen Parteien zu wählen, um ihre Stimme nicht zu "verschenken".

Graeb/Vetter stellen in ihren Wahlsimulationen weiterhin fest, dass knapp 6 von 10 Wähler(inne)n, die für eine Kleinpartei stimmten, bei Existenz einer Ersatzstimmoption ihre Ersatzstimme für eine der im Parlament vertretenen Parteien abgegeben hätten.¹¹ Dieser Befund bedeutet im Umkehrschluss, dass die großen Parteien dank des Stichwahlgangs ihre absolute Stimmenanzahl um durchschnittlich mehr als zwei Prozentpunkte steigern würden. Damit entsteht für große Parteien ein Anreiz, die Interessen der Kleinparteiwähler stärker als bisher in den Blick zu nehmen. Dies korrespondiert mit der Einschätzung im Wahleinspruch, dass die Ersatzstimme bzw. Dualwahl den Wählerbindungsgrad der großen Parteien stark erhöhen und somit den Charakter der Wahl als eines Integrationsvorgangs bei der politischen Willensbildung des Volkes in weitaus höherem Ausmaß als bisher sicherstellen würde.

Im aktuellen Sperrklauselsystem müssen vor jeder Bundestagswahl geschätzt 5 bis 15 Prozent der Wahlberechtigten sicher davon ausgehen oder zumindest befürchten, dass ihre Stimme bei der Mandatzuteilung nicht berücksichtigt werden wird. Wie die Bundestagswahl 2013 zeigt, kann es sogar Konstellationen geben, wo am Ende knapp 16 Prozent der Wählerschaft faktisch daran gehindert wurden, ihr vornehmstes Recht in der Demokratie – nämlich über die Zusammensetzung des Deutschen Bundestages mitzubestimmen – wahrzunehmen.

b) Die Pflicht zur Verhältnismäßigkeitsprüfung

Wird die politische Integrationswirkung der Wahl dermaßen krass verfehlt, muss zwingend eine *detaillierte* Prüfung der Verhältnismäßigkeit stattfinden. Es reicht nicht aus, bloße Mutmaßungen anzustellen ("...dass eine Zunahme von Wahlenthaltungen und ungültigen Stimmen nicht ausgeschlossen erscheint"¹²), solange diese nicht plausibel am konkreten Wahlverfahren erklärt werden können. Wenn für traditionell stark schwankende Größen wie die Wahlbeteiligung bzw. die Anzahl der ungültigen Stimmen postuliert wird, dass definitiv *ausgeschlossen* werden muss, dass sie sich (leicht) in eine negative Richtung bewegen könnten, so wird dies dem Konzept des mildereren Mittels nicht gerecht. Denn die Existenz eines mildereren Mittels kann a priori nur aus zwei Gründen ausgeschlossen werden: Wenn entweder der die Grundrechtseingriffe legitimierende Zweck durch das mildere Mittel weniger gut erreicht werden kann als im Status quo *oder* wenn das behauptete mildere Mittel negative Auswirkungen auf andere geschützte Verfassungsgüter hervorrufen würde.

¹¹ Vgl. Graeb/Vetter, a.a.O., Tab. 1, S. 558. Während in der herkömmlichen Wahlumgebung mit Zweitstimme 4,00 Prozent der Wähler eine Kleinpartei wählten, haben nach Einführung einer Ersatzstimme nur noch 1,69 Prozent sowohl ihre Hauptstimme als auch ihre Ersatzstimme für eine (andere oder dieselbe) Kleinpartei abgegeben.

¹² BVerfG, Beschluss vom 19.9.2017, 2 BvC 46/14, Rn. 81.

Als legitimierender Grund für eine Einschränkung der Gleichheit der Wahl wird traditionell die Sicherung der Funktionsfähigkeit der Parlamente gesehen. Dieser Zweck wird durch die Dualwahl in exakt der gleichen Weise erfüllt wie durch eine unkompenzierte Sperrklausel, weil die Höhe des Sperrquorums in beiden Fällen identisch wäre. Zwar kann sich die Anzahl der im Parlament vertretenen Parteien im Einzelfall aufgrund der Ersatzstimme verändern – doch dieser Effekt wirkt nicht systematisch in eine Richtung, sondern kann je nach den konkreten Rahmenbedingungen die Zahl der Bundestagsfraktionen entweder steigern oder verringern. Ersteres könnte eintreten, wenn Kleinparteianhänger ermutigt würden, zukünftig gemäß ihren wahren Präferenzen zu wählen und sich somit für die hiervon profitierende Partei die Chancen erhöhen, die Sperrhürde zu überwinden. Letzteres könnte eintreten, wenn bisherige Leihstimmenwähler ermutigt würden, zukünftig gemäß ihren wahren Präferenzen zu wählen und sich somit für die bislang profitierende Partei die Chancen reduzieren, die Sperrhürde zu überwinden. Auf lange Sicht dürften sich beide Effekte ausgleichen. Deshalb kann das mildere Mittel Dualwahl/Ersatzstimme das Ziel, die Funktionsfähigkeit der Parlamente zu sichern, ebenso gut erreichen wie die herrschende Sperrklausel.

Negative Auswirkungen der Dualwahl bzw. Ersatzstimme auf andere geschützte Verfassungsgüter sind ebenfalls nicht ersichtlich. Die Meinung des Bundestages, bereits eine geringfügige Erhöhung der Komplexität des Wahlverfahrens und die Befürchtung einer daraus resultierenden Zunahme von Wahlenthaltungen und ungültigen Stimmen würden der Eignung als milderes Mittel im Wege stehen, ist rechtsfehlerhaft. Richtig ist vielmehr, dass das Ziel einer kleinstmöglichen Anzahl ungültiger Stimmen *nicht* zu den unmittelbar geschützten Verfassungsgütern gehört und auch nicht Ausfluss des in Artikel 20 des Grundgesetzes verankerten Demokratieprinzips ist. Zwar würde das Demokratieprinzip ins Leere laufen, wenn nicht vielen, idealerweise allen Wählern die Grundzüge des Wahlsystems und die Regeln der Stimmabgabe bekannt sind. Doch die Zahl ungültiger Stimmen ist kein geeigneter Indikator für die Erreichung dieses Ziels, weil ein großer Teil der ungültigen Stimmen keineswegs auf eine Unkenntnis des Wahlsystems zurückzuführen ist, sondern im Gegenteil eine dezidierte politische Meinungsäußerung darstellt. Indem der Gesetzgeber bisher jedoch nicht die Möglichkeit geschaffen hat, beide Szenarien getrennt zu erfassen (z.B. durch Einführung einer NEIN-Option), zeigt er deutlich sein Desinteresse, dem Kriterium ungültiger Stimmen eine diagnostische Güte zukommen zu lassen.¹³

¹³ In einer Anhörung zum Wahlrecht der Hamburgischen Bürgerschaft bestätigte z.B. der damalige niedersächsische Landeswahlleiter und Präsident des Landesamtes für Statistik, Karl-Ludwig Strelen, dass ungültige Stimmen nur zu einem kleinen Teil auf ein Nichtverständnis des Wahlrechts zurückzuführen seien, sondern in den meisten Fällen eine bewusst gewählte Form der Stimmabgabe darstellten. Als die Einführung der Option des Kumulierens bzw. Panaschierens mit einer leichten Erhöhung der Zahl ungültiger Stimmen einherging, war es aufgrund von Limitierungen des Datenmaterials nicht möglich, beide Effekte statistisch sauber voneinander zu trennen und zu ermitteln, ob die Erhöhung tatsächlich kausal auf Änderungen im Wahlsystem zurückging oder nicht. (Wortprotokoll der öffentl. Sitzung des Verfassungsausschusses der Bürgerschaft der Freien u. Hansestadt Hamburg vom 19.6.07, S. 25; https://christianwinterhoff.de/resources/Sachverstaendigenanhoerung_Buergerschaft.pdf).

Auch ist nicht zu erkennen, dass dem Gesetzgeber bislang überhaupt daran gelegen war, die Kenntnis bzw. Beherrschung des Wahlsystems durch die Wähler so weit wie möglich zu fördern. Seit Jahrzehnten belegen z.B. Studien, dass ein Drittel bis die Hälfte der Wähler und Wählerinnen sich nicht im Klaren darüber sind, ob nun die Erststimme oder die Zweitstimme die bedeutendere Stimme ist und was die beiden Stimmen-Arten überhaupt bewirken.¹⁴ Der Gesetzgeber hätte es in der Hand gehabt, durch einfachste Maßnahmen wie z.B. eine Umbenennung von Erst- und Zweitstimme in "Personenstimme" bzw. "Parteienstimme" diese Verwirrungen zumindest zu mildern; doch hat er auf Bundesebene nichts dergleichen versucht.

c) Die Dualwahl und die Komplexität des Wahlverfahrens

Wie bereits oben auf Seite 2 angedeutet wurde, ist eine nennenswerte Zunahme von ungültigen Stimmen aufgrund der Dualwahl bzw. Ersatzstimme nicht zu erwarten, sofern ein geeignetes Instrumentendesign gewählt wird. Ein empirisches Indiz für diese Schlussfolgerung wird in Kapitel II.3 (Seite 6 f.) des Wahleinspruchs vorgelegt, wo Ungültigkeitsquoten bei Rangfolgewahlsystemen mit den entsprechenden Ergebnissen bei deutschen Wahlen verglichen wurden und keine statistisch belastbaren Unterschiede ermittelt werden konnten. Doch nicht zuletzt aufgrund der allgegenwärtigen diagnostischen Abgrenzungsschwierigkeiten (vgl. Fußnote 13) ist die Beweiskraft empirischer Untersuchungen gering. Lohnender ist es, "sich seines Verstandes zu bedienen"¹⁵ und die kursierenden Behauptungen und Theorien auf ihren logischen Gehalt und ihre Plausibilität hin abzuklopfen. So zeigt sich beispielsweise mit Blick auf das Instrument der Dualwahl, dass der Terminus "ungültige Stimmen" hier viel zu pauschal wäre. Denn weil es bei diesem Wahlverfahren explizit *zwei* Wahlgänge und folglich auch *zwei* Stimmen pro Wähler(in) gibt, ist zwingend zu unterscheiden zwischen der Ungültigkeit der Hauptstimme und einer Ungültigkeit der Stichwahlstimme.

Nimmt man z.B. die einfachste Umsetzungsvariante einer Dualwahl, bei der die Wähler(innen) zusätzlich zum bekannten Kreuz für ihre Lieblingspartei optional mit Hilfe eines anderen Zeichens (z.B. "2" oder "E") kundtun könnten, welches ihre zweitpräferierte Partei ist, an die die Stichwahlstimme ggf. fallen würde. Wird diese Option nicht ergriffen oder wird sie auf unsachgemäße Weise ausgeübt (was zu einer Ungültigkeit allein für die Stichwahlstimme führen würde), würden sich diese Wähler(innen) im Status quo wiederfinden und damit in

¹⁴ Erst kürzlich wurde dies z.B. vom Institut Pollytix in einer Umfrage mit 1.386 Teilnehmern untersucht. Das deprimierende Ergebnis: 51 Prozent der Befragten konnten weder die Funktion der Erststimme noch die Funktion der Zweitstimme richtig zuordnen, und lediglich 28 Prozent aller Befragten konnten die Funktionen *beider* Stimmen korrekt zuordnen (vgl. Seite 9 der Studie; online unter: https://pollytix.de/wp-content/uploads/2018/04/pollytix_Umfrage_Erst-und-Zweitstimme.pdf)

¹⁵ Matthias Damm: Die Nebenstimme bei Bundestagswahlen - Wer A sagt, darf auch B sagen?, Die Öffentliche Verwaltung (DÖV) 2014, S. 920.

einem Rechtszustand, welcher bislang *ausdrücklich als verfassungskonform* beurteilt worden ist. Nur die Informierten, die die Ersatzstimmen-Option des neuen Wahlsystems wahrnahmen, sähen sich einer (leicht) gestiegenen Komplexität der Stimmabgabe gegenüber. Der Deutsche Bundestag hat jedoch nicht dargelegt, wie der konkrete Mechanismus aussehen müsste, aus dem heraus eine erhöhte Ungültigkeits-Wahrscheinlichkeit nicht bloß für die Stichwahlstimme, sondern *auch für die Hauptstimme* resultieren könnte. Es erscheint auch nicht logisch, dass es einen solchen Mechanismus überhaupt gibt.¹⁶ Vielmehr kann man zusammenfassend sagen, dass der Hauptwahlgang hinsichtlich der Thematik der ungültigen Stimmen deshalb unproblematisch ist, weil er so ausgestaltet werden kann, dass er exakt der herrschenden Form der Stimmabgabe entspricht (nämlich mit einem Kreuz für die vorrangig ausgewählte Partei). Der zusätzlich eingeführte Stichwahlgang wiederum ist deshalb unproblematisch, weil eine hier eventuell auftretende Ungültigkeit von Stimmen sich ausschließlich auf den Stichwahlgang selbst beschränken würde und im Rahmen der verfassungsrechtlichen Grundrechtsprüfung zu keiner negativen Beurteilung führen dürfte, weil sich für niemanden eine Benachteiligung gegenüber dem Status quo ergäbe, während im Gegenteil für viele Wähler der Schutz ihrer Grundrechte ausgeweitet würde.

Wir haben es hier also mit einer Situation zu tun, wo das mildere Mittel die Komplexität allenfalls für die Begünstigten der korrigierenden Maßnahme erhöhen würde, nicht aber für die Gesamtheit aller Wahlberechtigten. Dies ist somit unschädlich. Der Europäische Gerichtshof hat geurteilt, dass ein milderes Mittel, welches ein Grundrecht – in jenem Fall ging es um das Grundrecht der Niederlassungsfreiheit – weniger stark einschränkt als die Ausgangsregelung, nicht allein deshalb als milderes Mittel ausscheidet, weil es den Begünstigten unter Umständen auch Nachteile bringen könne; vielmehr müsse das mildere Mittel dann eben so ausgestaltet sein, dass es den Betroffenen die Wahl lässt, ob sie es anwenden wollen oder nicht.¹⁷ Auch den Einwand, dass das mildere Mittel (im fraglichen Fall ging es um eine Stundungslösung) einen übermäßigen

¹⁶ Diese Aussage bezieht sich selbstverständlich auf ein sachgerechtes und *kein* dysfunktionales System. Notfalls lassen sich geeignete Heilungsregeln definieren, um unerwünschte Effekte auszuschließen. Als Beispiel einer solchen Heilungsregel sei ein Vorschlag der PIRATEN im schleswig-holsteinischen Landtag vorgestellt: Falls nur eine Ersatzstimme, aber keine Hauptstimme vergeben wurde, soll diese Stimme als Hauptstimme zählen. (Schleswig-Holsteinischer Landtag, Umdruck 18/5342, Änderungsantrag der Fraktion der PIRATEN zur Vorlage für die Sitzung des Innen- und Rechtsausschusses am 17.12.2015, <http://www.landtag.ltsh.de/infothek/wahl18/umdrucke/5300/umdruck-18-5342.pdf>). Analog könnte man bei der Dualwahl definieren, dass für den Fall, wo nur eine Stichwahlstimme und keine Hauptstimme vergeben worden ist, die Stimme in beiden Wahlgängen für die mit der (ersten) Stichwahlstimme gewählte Partei zählt.

¹⁷ EuGH, C-371/10 (National Grid Indus BV), Urteil vom 29.11.2011, Rn. 73; auch online unter: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=115461&doclang=DE>. – Zum Hintergrund vgl. Michael Schaden: Konzernstrukturierung und Europarecht, Vortrag auf dem Hamburger Forum für Unternehmensteuerrecht 2012, S. 8-10 (auch online veröffentlicht unter: http://forum-unternehmensteuerrecht.de/files/hfu/dokumente/hfu2012/vortraege/Vortrag_Schaden.pdf).

erhöhten Verwaltungsaufwand seitens der involvierten Behörden bedeuten würde, wies das Gericht zurück.¹⁸

Es ist geltende Verfassungsrechtsprechung, dass sich Differenzierungen im Wahlrecht entweder als von Verfassung wegen notwendig darstellen müssen oder wenigstens durch Gründe gerechtfertigt sein müssen, "die durch die Verfassung legitimiert und von einem Gewicht sind, das der Wahlrechtsgleichheit die Waage halten kann" (siehe BVerfGE 135, 259 [286]). Es ist jedoch weit und breit kein Nachteil der Dualwahl bzw. Ersatzstimme zu erkennen, der so gewichtig ist, dass er der millionenfachen Verletzung der Gleichheit der Wahl ebenbürtig wäre. Selbst wenn es zu einer zeitweiligen und/oder geringfügigen Erhöhung der Anzahl ungültiger Stimmen oder einer (leicht) verlängerten Auszählungszeit in den Wahllokalen kommen sollte, so könnten diese Folgen den drastischen Eingriffen in die Wahlrechtsgleichheit definitiv *nicht* – wie vom Bundesverfassungsgericht im obigen Zitat gefordert – die Waage halten, sondern würden diese Anforderung weit verfehlen. Damit stellt sich das zweitwichtigste von zwei Argumenten, welche im BVerfG-Urteil vom 19.9.2017 gegen die Geeignetheit der Ersatzstimme als milderer Mittel angeführt wurden, als gar nicht relevant für die Dualwahl heraus.

d) Die Dualwahl und die Gleichheit der Wahl

Das im Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 19.9.2017 augenscheinlich wichtigste¹⁹ Argument gegen die Geeignetheit der Ersatzstimme als milderer Mittel ist die Behauptung, die Ersatzstimme würde ebenfalls in relevantem Umfang in die Grundsätze der Wahlgleichheit eingreifen, und zwar einerseits in die Erfolgswertgleichheit der Stimmen, nach Ansicht des Gerichts vermutlich aber auch in die Zählwertgleichheit.²⁰

Ich habe in Kapitel II.3 (S. 7) meines Wahleinspruchs begründet, warum hier meiner Ansicht nach eine sehr problematische Auslegung des Begriffs der Zählwertgleichheit vorliegt, die nicht mit früheren Definitionen seitens des Bundesverfassungsgerichts in Einklang gebracht werden kann. Nicht zu bestreiten ist allerdings, dass dem Instrument der Ersatzstimme jedenfalls in Bezug auf die Erfolgswertgleichheit keine vollständige Wiederherstellung der Gleichheit der Wahl gelingt, obwohl es die diesbezüglichen Grundrechtseingriffe einer unkompenzierten Sperrklausel stark reduzieren kann. Doch auch im Wahlsystem der

¹⁸ EuGH, C-371/10 (National Grid Indus), Urteil vom 29.11.2011, Rn. 75 ff. – Auch Michael Schaden kommentiert unmissverständlich: "Eine Lösung ist immer nur dann ungeeignet, wenn sie ihr Ziel nicht erreichen kann, erhöhter administrativer Aufwand allein macht ein Mittel nicht ungeeignet." (Schaden, a.a.O., S. 9).

¹⁹ Dies lässt sich daraus schließen, dass der entsprechende Passus mit den Worten "Vor allem aber..." eingeleitet wird (BVerfG, Beschluss vom 19.9.2017, 2 BvC 46/14, Rn. 81).

²⁰ BVerfG, Beschluss vom 19.9.2017, 2 BvC 46/14, Rn. 81.

Ersatzstimme würde es weiterhin Wähler(innen) geben, die auf ihrem Stimmzettel ausschließlich Parteien kennzeichnen, die das Sperrquorum nicht überwinden. Dies kann einerseits aufgrund einer Nichtkenntnis der Optionen geschehen, welche das neue Wahlsystem bietet; es kann aber auch eine absichtliche, wohldurchdachte Entscheidung sein, weil keine der in den Bundestag einziehenden Parteien als wählbar erachtet wird.

Da im Wahlsystem der Ersatzstimme per Definition nur eine einzige (Zweit-) Stimme abgegeben wird, ist es unvermeidlich, dass nicht ausnahmslos für jede Stimme eine Erfolgswertgleichheit erzielt werden kann. Man kann auch nicht sagen, dass es in einem Ersatzstimmensystem jeder Wähler und jede Wählerin selbst in der Hand hätte, ob er/sie eine erfolgswirksame Stimme abgeben möchte oder nicht. Denn selbst bei einer Partei, die in den Umfragen bei mehr als sechs oder sogar mehr als sieben Prozent gesehen wird, kann nicht sicher davon ausgegangen werden, ob diese Partei nicht vielleicht doch am Ende an der Sperrklausel scheitert. Vor allem wenn das Wahlsystem nur die Vergabe einer einzigen nachrangigen Präferenz erlaubt, muss der/die Wähler(in) abwägen, ob er/sie wirklich wahrheitsgemäß die zweitpräferierte Partei wählen möchte und damit aber gleichzeitig das Risiko eingeht, am Ende keine erfolgswirksame Stimme abgegeben zu haben.

Bei der Dualwahl sieht die Situation grundlegend anders aus, weil hier per Definition jede(r) Wähler(in) zwei Stimmen hat. Somit kommt *jeder* abgegebenen Stimme in jedem der beiden virtuellen Wahlgänge der Dualwahl ein uneingeschränkter Erfolgswert zu. Dies ist im Wahleinspruch wie folgt erläutert: "Im Hauptwahlgang fließt in die Ermittlung, welche Parteien die Qualifikation für den Stichwahlgang geschafft haben, jede Stimme mit genau dem gleichen Gewicht mit ein. Auch im Stichwahlgang kann jede abgegebene Stimme ihren vollen Erfolgswert entfalten, weil alle dort noch zur Wahl stehenden Parteien per Definition in das Parlament einziehen. Ist auf dem Stimmzettel keine Partei, die noch im Stichwahlgang vertreten ist, gekennzeichnet, so hat der/die betreffende Wähler(in) nicht am Stichwahlgang teilgenommen und dort keine Stimme abgegeben."²¹

Der Erfolg einer Stimme ist also je nach Wahlgang unterschiedlich definiert. Der Hauptwahlgang stellt quasi die Qualifikationsrunde dar; hier ist jede Stimme gleichermaßen erfolgreich, denn jede gezählte Stimme fließt mit gleichem Gewicht in das Ergebnis des Hauptwahlgangs ein und hat wie jede andere Stimme den gleichen Anteil daran, ob die erstpräferierte Partei das Sperrquorum meistert oder nicht. Stimmen, die im Hauptwahlgang für eine Partei abgegeben wurden, die das Sperrquorum übersprungen hat, zählen auch im Stichwahlgang für dieselbe Partei. Dies ist notwendig, um inkonsistente Wahlergebnisse und paradoxe Effekte zu vermeiden. Schließlich kann man mit Fug und Recht davon

²¹ Wahleinspruch Benken, 2017, S. 4; <http://wahlreform.de/we2017.pdf>.

ausgehen, dass ein(e) rational handelnde(r) Wähler(in) in einem Dualwahl-System die am stärksten bevorzugte Partei nicht nur im Hauptwahlgang in erster Präferenz wählt, sondern dies auch im Stichwahlgang wiederholen würde. Da die Stimmabgabe für beide Wahlgänge zeitgleich stattfindet, entfällt auch die theoretische Möglichkeit, dass die Wählenden sich zwischen beiden Wahlgängen noch umentscheiden.

Die Möglichkeit, dass ein Teil jener Wähler(innen), die einen Stimmzettel abgegeben haben, zwar am Hauptwahlgang, nicht aber gleichzeitig auch an der Stichwahl teilgenommen hat, ist systemimmanent und steht der Erfolgswertgleichheit der Stimmen in keiner Weise entgegen. Denn wer unter den angebotenen Alternativen partout keine Option gefunden hat, die er bzw. sie für wählbar hält, der/die hat auch keinen Anreiz, an der betreffenden Wahl teilzunehmen. Dies ist eine bewusste Entscheidung gegen die Stimmabgabe und keine Ungleichbehandlung durch das Wahlsystem. Falls dennoch Sorge besteht, dass bei einigen Wahlberechtigten die Nicht-Teilnahme an der Stichwahl in Wirklichkeit nicht beabsichtigt war, sondern lediglich auf unzureichenden Informationen zum Zeitpunkt der Stimmabgabe beruhte, müsste der Gesetzgeber lediglich ein Wahlsystem schaffen, welches die Abgabe einer beliebig großen Zahl an nachrangigen Präferenzen ("2", "3", ... "n") erlaubt. Allerspätestens in dieser Ausgestaltung wäre die Erfolgswertgleichheit der Stimmen bei der Dualwahl hundertprozentig gesichert. Aber auch schon in einem vereinfachten System, welches lediglich die Vergabe einer einzigen nachrangigen Präferenz erlaubt, wäre eine dramatische Verbesserung der Gleichheit der Wahl gegenüber dem Status quo erreicht.

e) Die Dualwahl und die Unmittelbarkeit der Wahl

Nachdem nachgewiesen wurde, dass die Dualwahl keinesfalls die Gleichheit der Wahl verletzt, sondern im Gegenteil dieses Grundrecht vollständig wiederherstellen kann, bliebe als letztes angebliches Gegenargument die durch die Ersatzstimme respektive Dualwahl möglicherweise²² verletzte Unmittelbarkeit der Wahl. Auch hierauf geht der Einspruch in Kapitel II.3 (Seite 8 f.) ein. Hilfreicher Ausgangspunkt für die Klärung dieser Frage ist die Definition des Bundesverfassungsgerichts, wonach dem Grundsatz der unmittelbaren Wahl "dann Genüge getan [ist], wenn das Wahlverfahren so geregelt ist, dass jede abgegebene Stimme bestimmten oder bestimmbar Wahlbewerbern zugerechnet werden muss, ohne dass erst nach der Stimmabgabe noch eine Zwischeninstanz nach ihrem Ermessen die Abgeordneten endgültig auswählt." (BVerfGE 7, 63 [68]).

²² Das Urteil ist in diesem Punkt nicht eindeutig, da es einleitend heißt, es könne "...dahinstehen, ob und inwieweit einem Eventualstimmrecht verfassungsrechtliche Bedenken unter den Gesichtspunkten der Unmittelbarkeit und Öffentlichkeit der Wahl sowie der Unvereinbarkeit eines bedingten Votums mit dem Demokratieprinzip entgegenstehen" (BVerfG, Beschluss v. 19.9.2017, 2 BvC 46/14, Rn. 80).

Zentral ist hier nicht nur der Hinweis auf die zwischengeordnete Instanz, die es weder bei der Dualwahl noch bei der Ersatzstimme gibt, sondern auch die Unterscheidung von "bestimmten" versus "bestimmbaren" Wahlbewerbern. Wer z. B. seine Stimme für die Landesliste einer Partei abgibt, hat damit nicht etwa eine/n bestimmte/n Bewerber/in gewählt – denn eine solche Entscheidung bleibt dem Wahlausgang überlassen. Als Wähler(in) weiß man jedoch, welchem/welcher Bewerber(in) die Stimme *in Abhängigkeit von einem bestimmten Wahlergebnis* zugute käme. Analog wissen viele Wähler(innen) nicht, ob die von ihnen gewählte Partei am Ende am Sperrquorum scheitert – auch dies hängt vom Wahlausgang ab. Man trifft als Wähler(in) also oft bedingte Entscheidungen in Abhängigkeit vom erwarteten Wahlergebnis, selbst im herrschenden Wahlsystem. Die gelegentlich geforderte Bedingungsfreiheit der Wahlentscheidung (nicht: Stimmabgabe) erscheint damit wirklichkeitsfremd.

Selbst wenn man die abgestufte Stimmabgabe im Falle einer Dualwahl bzw. Ersatzstimme partout als "bedingte Stimmabgabe" bezeichnen möchte, so beschreibt dieser Ausdruck doch nur einen rein technischen, systemimmanenten Vorgang, den man sauber von unzulässigen Formen einer "Bindung an Bedingungen" trennen muss. Der Wissenschaftliche Dienst des Schleswig-Holsteinischen Landtages hält aus diesem Grund einen Verstoß gegen den Grundsatz der Unmittelbarkeit der Wahl durch Einführung einer Ersatzstimme für "eher fernliegend".²³ Wo es keine zwischengeschaltete Instanz gibt, die Stimmen eigenmächtig an bestimmte Bewerber oder Parteien zuteilt, sondern wo die Zuteilung allein aufgrund des Wählerwillens geschieht, ist die Unmittelbarkeit der Wahl gegeben. Bei der Ersatzstimme bzw. Dualwahl ist dies zu hundert Prozent gewährleistet.

Auch Matthias Damm kommt bei seiner ausführlichen Untersuchung der verfassungsrechtlichen Implikationen der Ersatzstimme (bei ihm "Nebenstimme" genannt) zu denselben Schlussfolgerungen. Er schreibt: "Ein Mechanismus, welcher Wahlentscheidungen verfremden kann, wird [mit der Ersatzstimme] nicht geschaffen. [...] Die Wahlhandlung bleibt eine des Wählers. Die Handlung, also der Wahlakt, ist sogar tatsächlich bedingungslos: Der Wähler möchte, dass die von ihm abgegebene Stimme auf jeden Fall gewertet wird. Lediglich für deren Inhalt sucht er nach einer Absicherung, falls seine Stimme an der Sperrklausel scheitert. Ein Verstoß gegen den Unmittelbarkeitsgrundsatz ist daher nicht gegeben."²⁴

²³ Der Präsident des Schleswig-Holsteinischen Landtags, Wissenschaftlicher Dienst: Einführung einer Ersatzstimme, Umdruck 18/5538 vom 15.07.2015, S. 5; auch im Internet veröffentlicht unter: <http://www.landtag.ltsh.de/infothek/wahl18/umdrucke/5500/umdruck-18-5538.pdf>.

²⁴ Matthias Damm: Die Nebenstimme bei Bundestagswahlen - Wer A sagt, darf auch B sagen?, Die Öffentliche Verwaltung (DÖV) 2014, S. 919.

f) Fazit

Wie in den vorangegangenen Abschnitten nachgewiesen wurde, enthält die Ablehnungsbegründung des Deutschen Bundestages kein einziges Argument, welches gegen die Dualwahl als gleich geeignetes, milderer Mittel zur Erreichung des gesetzgeberischen Ziels der Erhaltung der Funktionsfähigkeit des Parlaments sprechen könnte.

Das Bundesverfassungsgericht bleibt somit aufgefordert, die Verhältnismäßigkeit der bisherigen, unkompensierten Sperrklausel mit Blick auf die neuartige Alternativlösung der Dualwahl zu bewerten. Bei unsicherer Wissenslage sollte eine mündliche Anhörung mit Sachverständigen durchgeführt werden. Notfalls könnte das Bundesverfassungsgericht in einem ersten Schritt dem Gesetzgeber einen entsprechenden Prüfauftrag mit dezidierten Fragestellungen²⁵ erteilen, dessen Ergebnis wiederum einer verfassungsgerichtlichen Kontrolle zugänglich sein müsste.

Braunschweig, den 17. April 2019

Dr. Björn Benken

Anlagen:

- Kopie des Wahleinspruchs WP 206/17 vom 21. November 2017
- Kopie des Zurückweisungsbeschlusses des Deutschen Bundestages vom 21. Februar 2019

²⁵ Vgl. Verfassungsgerichtshof des Saarlands, Urteil Lv 4/11 vom 29.9.2011, S. 73 ff.; online unter: <http://www.verfassungsgerichtshof-saarland.de/verfghsaar/dboutput.php?id=261>.