

Einschreiben mit Rückschein

An das
Verfassungsgericht des Landes Brandenburg
Jägerallee 9-12
14469 Potsdam

30. März 2020

Wahlprüfungsbeschwerde

Gemäß Art. 63 Abs. 2 der Verfassung des Landes Brandenburg sowie § 12 Ziffer 7 bzw. § 59 des Gesetzes über das Verfassungsgericht des Landes Brandenburg (VerfGGBbg) wenden wir uns mit dieser Wahlprüfungsbeschwerde fristgerecht gegen die Zurückweisung unseres Wahleinspruchs vom 7. Oktober 2019 durch den Landtag des Landes Brandenburg laut Beschluss vom 23. Januar 2020, welcher uns am 5. Februar 2020 () bzw. am 8. Februar 2020 () zugestellt worden ist.

In der Anlage 1 sind 145 Beitrittserklärungen von in Brandenburg gemeldeten Wahlberechtigten beigefügt. Damit ist die in § 59 des Verfassungsgerichtsgesetzes Brandenburg genannte Erfordernis erfüllt.

Mittels dieser Wahlprüfungsbeschwerde beantragen wir,

- dass die Sperrklausel-Regelung in § 3 Abs. 1 Satz 1 des Wahlgesetzes für den Landtag Brandenburg (BbgLWahlG) für nichtig erklärt wird und und dass die somit ungültige gewordene Landtagswahl vom 1. September 2019 wiederholt wird;
- hilfsweise, dass die genannte Norm für unvereinbar mit der Verfassung des Landes Brandenburg erklärt wird und dem Landtag aufgegeben wird, bis zur nächsten Landtagswahl ein verfassungskonformes Wahlrecht zu verabschieden.

Für den Fall, dass das Gericht diesem Antrag nicht ohne Weiteres stattzugeben vermag, beantragen wir eine mündliche Anhörung.

Begründung

I. Formale Mängel bei der Behandlung des Wahleinspruchs

Der Wahleinspruch WPA7/LTW19/4 (beigefügt als Anlage 2) wurde vom Landtag Brandenburg mit Beschluss vom 23. Januar 2020 zurückgewiesen, indem einer entsprechenden Beschlussempfehlung des Wahlprüfungsausschusses gefolgt wurde (siehe Anlage 3).¹ In den Entscheidungsgründen wird ausgeführt: "Der Einspruch ist zurückzuweisen, denn es liegt kein im Rahmen der Wahlprüfung durch den Landtag rügefähiger Wahlfehler vor. Der Landtag hat im Rahmen des Verfahrens lediglich die ordnungsgemäße Durchführung der Wahl unter Anwendung der dafür geltenden gesetzlichen Bestimmungen nachzuprüfen. Gegenstand des parlamentarischen Wahlprüfungsverfahrens ist nicht die verfassungsrechtliche Prüfung bestimmter gesetzlicher Vorschriften. [...]".

Dieser Ansicht ist zu widersprechen. In § 4 Abs. 1 Ziffer 3 des Gesetzes über die Prüfung der Wahlen zum Landtag des Landes Brandenburg (Wahlprüfungsgesetz) ist geregelt, dass ein Wahleinspruch unter anderem darauf gestützt werden kann, dass Vorschriften des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland oder der Verfassung des Landes Brandenburg bei der Vorbereitung oder Durchführung der Wahlen verletzt worden sind. Hierunter dürften auch jene Fälle zu subsumieren sein, bei denen die Verletzungen auf die Anwendung gültiger Gesetze zurückzuführen sind.²

In der Begründung der Zurückweisung des Wahleinspruchs beruft sich der Landtag auf die ihm fehlende Legitimation, verfassungswidrige Gesetze als nichtig zu verwerfen. Diese Position steht zwar im Einklang mit der herrschenden Meinung in der Literatur und wird auch von der Rechtsprechung nicht beanstandet; allerdings verkennt der Landtag, dass ihm trotz fehlender Verwerfungskompetenz eine grundsätzliche Prüfkompetenz zusteht³, die sehr wohl auch im Sinne einer Prüf-*Pflicht* gesehen werden kann.⁴

¹ Der Beschluss ist auch online veröffentlicht unter: <https://parlamentsdokumentation.brandenburg.de/starweb/LBB/ELVIS/parladoku/w7/beschlpr/anlagen/486-B.pdf#page=6>

² Jedenfalls enthält das Brandenburger Wahlprüfungsgesetz keine Formulierung, die eine solche Schlussfolgerung nicht zulässt. Vgl. im Unterschied dazu § 1 Abs. 3 des Landeswahlprüfungsgesetzes von Baden-Württemberg, welcher explizit besagt: "Die Verfassungsmäßigkeit und Rechtsgültigkeit des Wahlgesetzes und der Wahlordnung kann im Wahlprüfungsverfahren nicht nachgeprüft werden." Auch das Sächsische Wahlprüfungsgesetz enthält in § 1 Abs. 1 Satz 2 eine im Wesentlichen identische Formulierung.

³ Vgl. *Achterberg/Schulte* in: von Mangoldt/ Klein/ Starck, "Kommentar zum Grundgesetz", Band II, Art. 41 Rn. 36 f.. – Eine solche Prüfkompetenz nimmt z.B. der Bundestag regelmäßig in Anspruch, indem er auch bei jenen Wahleinsprüchen, die eine Verfassungswidrigkeit des Bundeswahlgesetzes behaupten, Stellungnahmen von Bundesbehörden einholt.

⁴ Vgl. *Tristan Barczak*, "BVerfGG Mitarbeiterkommentar zum Bundesverfassungsgerichtsgesetz", 2017, § 48 Rn. 28.

Dem Wahlprüfungsausschuss kann und muss zugemutet werden, sich – zumindest in einem eingeschränkten Rahmen – inhaltlich mit der Materie des Wahleinspruchs auseinanderzusetzen, um den Verfahrensstoff für ein evtl. nachfolgendes Wahlprüfungsbeschwerdeverfahren aufzubereiten. Würde der Landtag hierbei zu dem Schluss kommen, dass die angegriffene Regelung seiner Ansicht nach verfassungswidrig ist, dürfte er dies sehr wohl in einem Beschluss festhalten; den Wahleinspruch müsste er aber gleichwohl zurückweisen.⁵ Nach einer anderen Rechtsauffassung müsste der Landtag, wenn er eine bestimmte Norm für verfassungswidrig hält, den Weg der abstrakten Normenkontrolle gemäß Art. 113 Nr. 2 der Verfassung des Landes Brandenburg in Verbindung mit §§ 12 Nr. 2; 39 ff. VerfGGBbg beschreiten; nach einer dort ergangenen Entscheidung wäre die Wahlprüfung unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Verfassungsgerichts fortzusetzen.⁶

Davon unabhängig steht dem Landtag jederzeit auch die Option offen, Missstände, die aufgrund der Befassung mit dem Wahleinspruch offenkundig geworden sind, durch legislative Maßnahmen zu korrigieren. Dies würde sich zwar lediglich auf zukünftige Wahlen auswirken und keine Wiederholung der als verfassungswidrig angegriffenen Wahl bedeuten; doch in der Praxis dürften beide Wege oft zu denselben faktischen Konsequenzen führen, denn auch Verfassungsgerichte ordnen in den seltensten Fällen eine Wiederholung der Wahl an, wenn sie Wahlgesetze als nicht verfassungskonform einstufen. In aller Regel stellen sie keine rückwirkende Nichtigkeit der betreffenden Norm fest, sondern lediglich die Unvereinbarkeit der Norm mit der Verfassung.

Das Versäumnis des Landtags, sich inhaltlich mit dem Wahleinspruch auseinanderzusetzen, wiegt um so schwerer, als jeder Gesetzgeber die Pflicht hat, in regelmäßigen Abständen zu überprüfen, ob die herrschende Sperrklausel im Spannungsfeld konfligierender Verfassungsziele noch zu rechtfertigen ist.⁷ Dies gilt um so mehr, je stärker die Fragmentierung des

⁵ Vgl. *Barczak*, a.a.O. (Fn. 4), § 48 Rn. 35.

⁶ Eindringlich für dieses Prozedere argumentiert *Rainer Lippold*, "Die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit des Wahlrechts durch den Wahlprüfungsausschuss", Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl) 1987, S. 933-936 (der Aufsatz ist als Anlage 4 dieser Beschwerde beigefügt). In diesem Sinne auch *Achterberg/Schulte*, a.a.O. (Fn. 3), Art. 41 Rn. 37.

⁷ Gemäß ständiger Rechtsprechung ist der Gesetzgeber "verpflichtet, eine die Wahlrechtsgleichheit und die Chancengleichheit berührende Norm des Wahlrechts zu überprüfen und gegebenenfalls zu ändern, wenn die verfassungsrechtliche Rechtfertigung dieser Norm durch neue Entwicklungen infrage gestellt wird, etwa durch eine Änderung der vom Gesetzgeber vorausgesetzten tatsächlichen oder normativen Grundlagen oder dadurch, dass sich die beim Erlass der Norm hinsichtlich ihrer Auswirkungen angestellte Prognose als irrig erwiesen hat (...). Für Sperrklauseln im Verhältniswahlrecht bedeutet dies, dass ihre Vereinbarkeit mit dem Grundsatz der Wahlrechtsgleichheit und der Chancengleichheit der politischen Parteien nicht ein für alle Mal abstrakt beurteilt werden kann. Eine Wahlrechtsbestimmung kann mit Blick auf eine Repräsentativkörperschaft zu einem bestimmten Zeitpunkt gerechtfertigt sein, mit Blick auf eine andere oder zu einem anderen Zeitpunkt jedoch nicht." (Beschluss des Zweiten Senats vom 19. September 2017, 2 BvC 46/14, Rn. 65). – Eine Änderung der tatsächlichen Verhältnisse ist im vorliegenden Fall schon dadurch gegeben, dass das Instrument der Dualwahl (für das hier die Eigen-

Parteiensystems fortgeschritten ist und je weniger gewährleistet ist, dass Wahlen noch die Funktion eines Integrationsvorgangs bei der politischen Willensbildung des Volkes besitzen. Die Pflicht des Gesetzgebers, die von ihm gewählten wahlrechtlichen Regelungen nicht nur bei deren Einführung kritisch zu prüfen und zu rechtfertigen, sondern sie auch im weiteren Verlauf mit früheren Prognosen abzugleichen und ggf. nachzubessern, hat erst kürzlich wieder der Verfassungsgerichtshof Nordrhein-Westfalen nachdrücklich betont.⁸ Wenn der Brandenburger Landtag noch nicht einmal einen Wahleinspruch zum Anlass nimmt, um dieser Verantwortung nachzukommen, stellt sich die Frage, wann er dies überhaupt zu tun gedenkt.

Das Verfassungsgericht des Landes Brandenburg kann dem Landtag Brandenburg aufgeben, seiner versäumten Prüfpflicht nachträglich gerecht zu werden, so wie dies beispielsweise der Verfassungsgerichtshof des Saarlandes dem dortigen Landtag beim Themenkomplex Sperrklausel und Ersatzstimme vorgeschrieben hat.⁹ Dabei ist allerdings essentiell, dass das Ergebnis dieser Prüfung wiederum einer verfassungsgerichtlichen Kontrolle zugänglich sein muss – beispielsweise indem das Beschwerdeverfahren anschließend fortgesetzt wird.

II. Inhaltliche Begründung der Wahlprüfungsbeschwerde

Da der Brandenburger Landtag nicht inhaltlich auf den Wahleinspruch eingegangen ist, kann sich diese Wahlprüfungsbeschwerde darauf beschränken, die im Wahleinspruch verwendeten Argumente (siehe Anlage 2) hier nochmals kurz zusammenzufassen. Unterstützend soll dabei eine Abhandlung von *Björn Benken* herangezogen werden, die vor kurzem zur Veröffentlichung in einer Fachzeitschrift eingereicht wurde. Dieser Aufsatz ist der Wahlprüfungsbeschwerde als Anlage 5 beigelegt.

Die in § 3 Abs. 1 Satz 1 BbgLWahlG verankerte Sperrklausel sorgt dafür, dass Stimmen unberücksichtigt bleiben, wenn sie auf Parteien entfallen, für die weniger als fünf Prozent aller Stimmen abgegeben wurden. Diese Wählerstimmen besitzen keine gleiche rechtliche Erfolgchance und somit auch keinen gleichen Erfolgswert. Eine solche Differenzierung im Erfolgswert wäre aber nur dann gerechtfertigt, wenn sie verhältnismäßig wäre

schaft eines mildereren Mittels reklamiert wird; siehe Abschnitt II) erst seit kurzem bekannt ist. Die erstmalige Erwähnung in der Literatur stammt aus dem Jahr 2016; siehe *Björn Benken* in: Tobias Mörschel (Hg.), "Wahlen und Demokratie, Reformoptionen des deutschen Wahlrechts", 2016, S. 169.

⁸ Verfassungsgerichtshof Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 20.12.2019, VerfGH 35-19, S. 49-51; online: https://www.vgh.nrw.de/rechtsprechung/entscheidungen/2019/191220_35_19.pdf#page=51.

⁹ Vgl. Verfassungsgerichtshof des Saarlands Lv 4/11 vom 29.9.2011, S. 73 ff.; außerdem Lv 3/12 vom 22.3.2012 und Lv 12/12 vom 18.3.2013, S. 10.

und wenn das Ziel, an welchem sie sich orientiert, nicht auch mit anderen, milderem Mitteln¹⁰ erreicht werden könnte.

Wir belegen anhand eines konkreten Beispiels, dass mindestens ein zweifelsfrei milderes und gleich geeignetes Mittel zur Verfügung steht, um den Schutzzweck der Sperrklausel mit einer geringeren Eingriffsintensität zu erreichen (siehe unten Abschnitt 1). Damit ist die in Art. 22 Abs. 3 Satz 1 der Verfassung des Landes Brandenburg sowie in Art. 28 Abs. 1 Satz 2 des Grundgesetzes der Bundesrepublik Deutschland vorgeschriebene Gleichheit der Wahl in vermeidbarer Weise beeinträchtigt. Würde hingegen ein verfassungsgemäßes Wahlrecht zur Anwendung kommen, würde daraus mit großer Wahrscheinlichkeit eine andere Verteilung der Sitze resultieren (siehe dazu unten Abschnitt 2 bzw. Abschnitt II.5 des Wahleinspruchs).

1. Die Dualwahl als gleich-geeignetes milderes Mittel

Die Dualwahl¹¹ ist ein Wahlverfahren, welches zwei (zumindest gedanklich) getrennte Wahlgänge beinhaltet. Im Hauptwahlgang entscheidet sich anhand der Hauptstimme, welche Parteien die Sperrhürde überwunden haben und sich damit für den Stichwahlgang qualifiziert haben, dessen Ergebnis wiederum für die Verteilung der Parlamentssitze maßgeblich ist. Die Wähler/innen können zeitgleich mit der Angabe der Hauptstimme auf dem Stimmzettel festlegen, für welche Partei ihre Stimme im Stichwahlgang zählen soll, falls die von ihnen bevorzugte Partei im Hauptwahlgang an der Sperrklausel scheitert.

Das Instrument der Dualwahl ist eng verwandt mit dem Wahlsystem der Ersatzstimme, führt aber zu abweichenden verfassungsrechtlichen Konsequenzen¹². Der bedeutendste Unterschied zwischen beiden Instrumenten ist, dass es bei der Ersatzstimme keinen zweiten Wahlgang für alle Wähler gibt; vielmehr wird bei diesem Modell davon ausgegangen, dass Stimmen unter bestimmten Umständen an andere Parteien übertragen werden.¹³

¹⁰ Das verfassungsrechtliche Konzept des milderen Mittels wird in Kapitel I Abschnitt 1 unseres Wahleinspruchs (Anlage 2) näher dargestellt.

¹¹ Für eine ausführliche Beschreibung dieses Wahlverfahrens siehe *Björn Benken*, "Was ist eine Dualwahl?", online unter: <http://www.dualwahl.de> (abgerufen am 2.2.2020).

¹² Dadurch kann das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 19. September 2017 (2 BvC 46/14), wonach die Einführung einer Eventualstimme kein verfassungsrechtliches Gebot darstelle, auch nicht einfach auf die Dualwahl übertragen werden (dazu ausführlich Abschnitt II.2 des Wahleinspruchs, Anlage 2, S. 10 ff.). Aber auch für sich genommen vermag das Urteil nicht zu überzeugen; vgl. z.B. *Philipp Barlet*, "Entscheidungsbesprechung", Zeitschrift für das Juristische Studium (ZJS), Heft 2/2018, S. 179-188, online: http://zjs-online.com/dat/artikel/2018_2_1206.pdf.

¹³ *Lenz* dagegen beschreibt die Ersatzstimme ebenfalls im Sinne einer Dualwahl mit zwei gedanklich getrennten Wahlgängen; vgl. *Stefan Lenz*, "Sperrklausel und Ersatzstimme im deutschen Wahlrecht", Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ), Heft 24/2019, S. 1799.

a. Die Dualwahl als milderes Mittel

Der Grundsatz der Gleichheit der Wahl verlangt neben einer Zählwertgleichheit auch eine Erfolgchancengleichheit der Stimmen. Erstere ist dann gewährleistet, wenn in der Summe kein Wähler und keine Wählerin mehr Stimmen zur Verfügung hat als andere Wahlteilnehmer und wenn zudem alle Stimmen gleich gewichtet werden. Diese Anforderung ist bei der Dualwahl ebenso erfüllt wie im geltenden Wahlsystem. Zwar ist bei der Dualwahl die Besonderheit zu beachten, dass ein Zählwert – wie bei Rangfolgewahlverfahren üblich – im Zeitablauf an andere Stimmen (bzw. besser gesagt: Stimmverfügungen) weitergereicht werden kann. Dennoch ist gewährleistet, dass pro Wahlgang nur jeweils genau eine Stimme pro Wähler/in zählen kann, oder anders ausgedrückt: dass zu jedem einzelnen Zeitpunkt jede/r Wähler/in nur einen einzigen Zählwert realisieren kann.¹⁴

Im Unterschied zu der im Wahlgesetz für den Landtag Brandenburg (BbgLWahlG) enthaltenen unkompensierten Sperrklausel ist eine Sperrklausel mit Dualwahlmechanismus in der Lage, eine Erfolgchancengleichheit zu gewährleisten. Dies ist darauf zurückzuführen, dass aufgrund der Aufteilung in zwei Wahlgänge ein Erfolg auf *beiden* Stufen des Verfahrens eintreten kann. Im Hauptwahlgang besteht der Erfolg darin, dass die bevorzugte Partei in die Stichwahl einzieht – hierzu trägt jede abgegebene Stimme mit grundsätzlich gleicher Erfolgchance bei. Im Stichwahlgang wiederum kann *jede* abgegebene Stimme *per Definition* einen Erfolgswert verzeichnen.¹⁵ Damit kann die Dualwahl eine durchgehende Erfolgchancengleichheit sicherstellen; für den Stichwahlgang kann sie sogar eine hundertprozentige Erfolgswertgleichheit garantieren.

Bei der herkömmlichen Sperrklausel laut § 3 Abs. 1 Satz 1 BbgLWahlG bleibt ein Teil der Stimmen bei der Zuteilung der Sitze unberücksichtigt – eine Maßnahme, die nicht nur die Erfolgswertgleichheit, sondern auch die Erfolgchancengleichheit der Stimmen verletzt.¹⁶ Die Dualwahl hingegen ermöglicht es den Anhängern kleiner Parteien, im zweiten Schritt des Verfahrens doch noch eine erfolgswirksame Stimme abzugeben. Sie ist hinsichtlich der Gleichheit der Wahl damit eindeutig milderes Mittel gegenüber der herrschenden, unkompensierten Sperrklausel.

Zusätzlich ist die psychologische Vorwirkung der Sperrklausel zu berücksichtigen: Ein Teil der Wähler/innen wird von der Wahl ihrer eigentlich bevorzugten Partei abgehalten, wenn sie davon ausgehen müssen, dass

¹⁴ Dazu ausführlicher *Björn Benken*, "Integrative Wahlsysteme als juristische Herausforderung", derzeit noch unveröffentlichtes Manuskript (siehe [Anlage 5](#)), Abschnitt II.3.

¹⁵ Siehe dazu detaillierter *Benken*, "Integrative Wahlsysteme...", a.a.O. ([Anlage 5](#)), Abschnitt III.2.a.

¹⁶ Vgl. BVerfG-Urteil 2 BvC 46/14 vom 17.09.2017, Rn. 59 ff..

diese Partei die Sperrhürde nicht überspringen wird. Dies bedeutet nicht zuletzt auch einen Eingriff in die Freiheit der Wahl, denn in einem Wahlsystem mit unkompensierter Sperrklausel können Wähler keine freie Wahlentscheidung mehr treffen, wenn sie vermeiden möchten, dass ihre Stimme bei der Sitzverteilung unberücksichtigt bleibt. Eine Studie von *Graeb/Vetter* zeigt, dass fast die Hälfte aller Wähler, die in einem System mit kompensierter Sperrklausel eine der sogenannten "Sonstigen Parteien" wählen würden, dies in einem System mit unkompensierter Sperrklausel nicht tun.¹⁷ Eine solche Verleugnung der wahren politischen Vorlieben geschieht offenbar aus der Angst heraus, die eigene Stimme andernfalls zu "verschenken".

Auch hinsichtlich des Eingriffs in die Freiheit der Wahl stellt die Dualwahl das eindeutig mildere Mittel dar: Der Stichwahlgang gestattet es den Wähler/innen, im Hauptwahlgang ihre bevorzugte Partei zu wählen, ohne dass ihnen grundsätzlich ihre Stimme verloren geht, falls ihre bevorzugte Partei unter die Sperrklausel fällt. Da die Wähler/innen die unfreie Wahlentscheidung in den Stichwahlgang verlegen können, bleiben sie im Hauptwahlgang frei, ihre bevorzugte Partei zu wählen.

b) Die Dualwahl als grundsätzlich geeignetes Mittel

Die Dualwahl verstößt auch gegen keinen anderen der Wahlgrundsätze. Insbesondere ist der Grundsatz der Unmittelbarkeit der Wahl nicht verletzt, weil zwischen die Entscheidung des Wählers und die Wahl des Bewerbers kein weiterer Willensakt tritt.¹⁸

Die praktische Durchführung¹⁹ der Dualwahl stellt auch weder überhöhte Anforderungen an die Wahlbehörden noch überfordert sie die Wähler und Wählerinnen. Das Aussehen der Stimmzettel würde sich nur minimal verändern müssen.²⁰ Wer möchte, könnte seine Stimme ganz auf herkömmliche Weise (nämlich durch das Ankreuzen der bevorzugten Partei) abgeben und würde sich damit auf keinen Fall schlechter stellen als im herrschenden Wahlsystem.²¹ Wer dagegen die zusätzliche Option des neuen Wahlsystems nutzen möchte, wird intuitiv das Prinzip verstehen, dass ihm

¹⁷ *Graeb/Vetter* schreiben: "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 entspricht einer Steigerung von 80 Prozent" (Frederic Graeb / Angelika Vetter: "Ersatzstimme statt personalisierter Verhältniswahl – Mögliche Auswirkungen auf die Wahlen zum Deutschen Bundestag", in: Zeitschrift für Parlamentsfragen, Heft 3/2018, S. 557).

¹⁸ Siehe dazu detaillierter *Benken*, "Integrative Wahlsysteme...", a.a.O. (Anlage 5), Abschnitt II.4.

¹⁹ Vgl. die Erläuterungen unter <http://www.dualwahl.de/#praxis>.

²⁰ Vgl. die Abbildung eines Muster-Stimmzettels im Wahleinspruch (Anlage 2), S. 5.

²¹ Siehe dazu auch *Benken*, "Integrative Wahlsysteme...", a.a.O. (Anlage 5), Abschnitt III.2.b.

eine Stichwahlstimme für die zweitpräferierte Partei zusteht. Da die Direktwahlen von Bürgermeister*innen und Landräten im Regelfall mit einer Stichwahl ausgestaltet sind, hat dieses Verfahren es zu einer breiten Bekanntheit und großer gesellschaftlicher Akzeptanz gebracht.

Die Zeitdauer bis zur Ermittlung des Wahlergebnisses würde sich zwar etwas verlängern, doch hielte sich das Ausmaß dieser Verzögerung in Grenzen. Lediglich ein kleiner Teil der abgegebenen Stimmzettel (in der Regel vermutlich weniger als 10 Prozent) würde überhaupt eine zweite Präferenz aufweisen; nur diese Stimmzettel müssten ein weiteres Mal ausgezählt werden. Dies könnte entweder noch an Ort und Stelle in den Wahllokalen erfolgen oder am Folgetag durch gesondert eingesetzte Wahlvorstände.

Mit einem nennenswerten Anstieg ungültiger Stimmen ist nicht zu rechnen. In Irland, wo ebenfalls Rangfolgewahlverfahren zum Einsatz kommen, liegt die Zahl der ungültigen Stimmen bei nur knapp 1 Prozent.²² In dieser Zahl sind die willentlich ungültig gemachten Stimmen mit enthalten; der Anteil der versehentlich ungültig gewordenen Stimmen dürfte somit bei weit unter 1 Prozent liegen.

Sollte das Gericht Zweifel an der grundsätzlichen Praktikabilität der Dualwahl haben, würde es sich anbieten, eine Anhörung des Landeswahlleiters sowie ggf. anderer Wahlrechtsexpert*innen durchzuführen.

c) Die Dualwahl als tatsächlich gleich-geeignetes Mittel

Der Zweck einer Sperrklausel, durch welchen überhaupt erst ihre verfassungsrechtliche Legitimation entsteht, liegt darin, jene Parteien, die einen zu geringen Rückhalt in der Wählerschaft haben, von einer Vertretung im Parlament auszuschließen. Diese nominelle Schutzwirkung der Sperrklausel bliebe absolut unangetastet, wenn ihr ein Dualwahlmechanismus an die Seite gestellt würde.²³

Ob die Einführung einer Dualwahl im Einzelfall oder auch nur der Tendenz nach dazu führt, dass sich die Zahl der im Parlament vertretenen Parteien erhöht, lässt sich schwer vorhersagen. Die bloße Vermutung, dass die Dualwahl Parteien, welche bisher nicht im Parlament vertreten sind, begünstigen könnte, ist noch kein ausreichendes Indiz. Denn so wie die Dualwahl unter geeigneten Umständen dazu führen könnte, dass neue Parteien in das Parlament einrücken, so kann sie unter geeigneten Umständen

²² Vgl. *Dieter Nohlen*, "Wahlrecht und Parteiensystem", 7. Aufl., 2013, S. 419, mit Verweis auf die Wahlstatistiken bei *Michael Gallagher/ Liam Weeks* im Beitrag "Irland" in: Dieter Nohlen/ Philip Stöver (Hg.), "Elections in Europe", 2010, dort S. 1011-1015.

²³ Siehe dazu im Detail *Benken*, "Integrative Wahlsysteme...", a.a.O. (Anlage 5), Abschnitt III.2.b.

auch dazu führen, dass bisher im Parlament vertretene Parteien diesen Status verlieren. Schon rein mathematisch gesehen muss jedes Mal, wenn die Gruppe der Nicht-Parlamentsparteien Stimmenanteile gewinnt, die Gruppe der Parlamentsparteien in gleicher Höhe Stimmenanteile einbüßen. Und so wie einerseits durch die Dualwahl der Abschreckungseffekt der Sperrklausel reduziert wird, so verringert sich andererseits auch ihr Mobilisierungseffekt. Ersteres wird die Chancen von Nicht-Parlamentsparteien verbessern, letzteres wird die Chancen kleiner Parlamentsparteien verschlechtern.²⁴ Insgesamt wird die Sperrklausel dank der Dualwahl von beiden Seiten her durchlässiger werden; dies führt je nach Konstellation zu entweder mehr oder weniger Parteien im Parlament.²⁵

d) Ergebnis der Grundrechtsprüfung

Da die Dualwahl zu einer eindeutig größeren Erfolgchancengleichheit der Stimmen führt als die herrschende Sperrklausel sowie außerdem zu einer größeren Freiheit der Wähler bei ihrer Wahlentscheidung und da die Dualwahl ferner das Ziel, die Demokratie vor Parteienzersplitterung zu schützen und die Arbeitsfähigkeit der Parlamente sicherzustellen, mindestens ebenso gut erreichen kann wie die geltende Sperrklausel, ist sie gegenüber der bestehenden unkompensierten Sperrklausel ein gleich-geeignetes milderes Mittel. Damit ist die aktuell in § 3 BbgLWahlG enthaltene Sperrklausel-Konstruktion verfassungswidrig, weil sie mehr als erforderlich in die Grundrechte der gleichen und freien Wahl eingreift, welche verankert sind in Art. 22 Abs. 3 Satz 1 der Verfassung des Landes Brandenburg ("Wahlen und Volksabstimmungen sind allgemein, unmittelbar, gleich, frei und geheim") sowie in Art. 28 Abs. 1 Satz 2 des Grundgesetzes der Bundesrepublik Deutschland ("In den Ländern, Kreisen und Gemeinden muss das Volk eine Vertretung haben, die aus allgemeinen, unmittelbaren, freien, gleichen und geheimen Wahlen hervorgegangen ist").

²⁴ Siehe dazu die ausführliche Herleitung bei *Benken*, "Integrative Wahlsysteme...", a.a.O. (Anlage 5), Abschnitt III.2.b.

²⁵ Bei der Landtagswahl 2019 in Brandenburg sind zwei Parteien einigermaßen knapp in den Landtag hineingeraten bzw. gerade nicht hineingeraten: Die BVB/ Freie Wähler mit 5,05 % und einem gewonnenen Grundmandat und die FDP mit 4,08 %. Hier lässt sich schwer prognostizieren, welche Änderungen die Dualwahl beim Wählerverhalten und somit bei den Ergebnissen der Parteien hervorgerufen hätte. Dagegen hätte bei der Bundestagswahl 2017 der Umstieg auf ein Dualwahlsystem nach menschlichem Ermessen keine neue Partei in das Parlament bringen können, weil die Freien Wähler als stärkste der nicht ins Parlament einziehenden Parteien nur 1,0 Prozent der Stimmen erhalten haben. Schon eher im Bereich des Denkbaren wäre eine Verringerung der Zahl der Parlamentsparteien aufgrund der Dualwahl gewesen, weil Bündnis90/Die GRÜNEN mit 6,7 Prozent der Stimmen den vergleichsweise geringsten Abstand aller Parteien zur Sperrhürde aufwiesen (andererseits aber vermutlich auch von überproportional vielen Stichwahlstimmen von Anhängern kleiner Parteien profitiert hätten).

e) Verstoß gegen das Demokratieprinzip

Des Weiteren lässt sich ein Verstoß der Status-Quo-Sperrklausel gegen den im Demokratieprinzip (Art. 2 Abs. 1 der Landesverfassung) enthaltenen Integrationsauftrag der Wahl feststellen. Der demokratisch verfasste Staat verlangt eine möglichst hohe Partizipation von Personen bzw. Parteien, die an der politischen Willensbildung des Volkes mitwirken wollen. Hiergegen verstoßen Zugangshürden, die über das erforderliche Maß hinausgehen und Bürger und Bürgerinnen bei der Ausübung ihres passiven Wahlrechts behindern. Aber auch das aktive Wahlrecht ist betroffen: Wenn unkompensierte Sperrklauseln dazu führen, dass Anhänger/innen kleiner Parteien resigniert der Wahl fernbleiben, weil sie schon vorab wissen, dass ihre Stimme bei der Ermittlung der Sitzverteilung nicht berücksichtigt wird, bedeutet dies eine vermeidbare Einschränkung demokratischer Teilhabe.

Auch ist eine möglichst hohe demokratische Legitimation der Gewählten lebenswichtig für jede Demokratie, so dass Wahlverfahren auszuwählen sind, die die Summe der Erfolgswerte (also den Zustimmungsggrad) maximieren.²⁶ Bei Personenwahlen beispielsweise gebietet das Demokratieprinzip, bei Gefahr einer unzureichenden Integration nicht die einfache Mehrheitsregel, sondern die absolute Mehrheitsregel anzuwenden.²⁷ Analog ist bei Parteiwahlen der Wechsel zu einem Sperrklauselsystem mit einem zusätzlichen Kompensationsmechanismus (wie z.B. der Dualwahl) geboten.

Die aus dem Demokratieprinzip folgenden Grundsätze einer freien und gleichen Partizipation und einer möglichst umfassenden demokratischen Legitimation berühren den innersten Kern der deutschen Verfassungsidentität, wie es das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil zum Lissabon-Vertrag eindringlich formuliert hat: "Das Recht der Bürger, in Freiheit und Gleichheit durch Wahlen und Abstimmungen die öffentliche Gewalt personell und sachlich zu bestimmen, ist der elementare Bestandteil des Demokratieprinzips. Der Anspruch auf freie und gleiche Teilhabe an der öffentlichen Gewalt ist in der Würde des Menschen (Art. 1 Abs. 1 GG) verankert. Er gehört zu den durch Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 GG in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 GG als unveränderbar festgelegten Grundsätzen des deutschen Verfassungsrechts."²⁸

²⁶ Vgl. Benken, "Integrative Wahlsysteme...", a.a.O. (Anlage 5), Kapitel IV.

²⁷ Vgl. Verfassungsgerichtshof Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 20.12.2019, VerfGH 35-19, S. 44 ff..

²⁸ BVerfG Urteil vom 30. Juni 2009, 2 BvE 2/08, Rn. 211 (=BVerfGE 123, 267 [341]).

2. Mandatsrelevanz des gerügten Wahlfehlers

In Abschnitt II.5 des Wahleinspruchs (Anlage 2) wird dargelegt, dass ein verfassungsgemäßes, d.h. mit einem Kompensationsmechanismus versehenes Sperrklauselsystem bei einer nicht kleinen Zahl von Wählern und Wählerinnen – schätzungsweise bei mehreren Prozent der gesamten Wählerschaft – zu einem veränderten Wahlverhalten geführt hätte. Es wird gezeigt, dass unter plausiblen Annahmen die CDU und die GRÜNEN je ein Mandat mehr erhalten hätten, wenn die Landtagswahl im September 2019 unter den Regeln einer Dualwahl abgelaufen wäre, wohingegen die AfD ein Mandat verloren hätte; gleichzeitig wäre es zu einem Überhangmandat für die SPD gekommen. Somit hat der hier gerügte Wahlfehler mit einer sehr großen Wahrscheinlichkeit dazu geführt, dass der nach dem geltenden Landeswahlgesetz gewählte Landtag sich anders zusammensetzt, als wenn ein verfassungsgemäßes Wahlsystem zum Einsatz gekommen wäre.

3. Fazit

Wie gezeigt beschneidet die konkrete Sperrklausel-Regelung in § 3 Abs. 1 Satz 1 BbgLWahlG in einem mehr als erforderlichen Ausmaß die Gleichheit der Wahl. Damit verstößt sie gegen Art. 22 Abs. 3 Satz 1 der Verfassung des Landes Brandenburg sowie Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG.

Die verfassungswidrige Regelung ist zu verwerfen. Das Verfassungsgericht müsste auf Basis dieses Befunds die Nichtigkeit der Landtagswahl vom 1. September 2019 feststellen und eine Wiederholung dieser Wahl anordnen oder aber – falls es dem Bestandsschutz des im Vertrauen auf die Verfassungsmäßigkeit des Landeswahlgesetzes zusammengesetzten Parlaments Vorrang gegenüber der Durchsetzung des festgestellten Wahlfehlers einräumen möchte – zumindest dem Landesgesetzgeber aufgeben, rechtzeitig bis zur nächsten Landtagswahl ein verfassungskonformes Wahlrecht zu beschließen.

Wir möchten das Landesverfassungsgericht dazu anregen, die ihm zustehenden Freiräume zu nutzen und bezüglich des Landeswahlgesetzes eine Grundrechtsprüfung durchzuführen, die den aktuellen Stand der Wissenschaft berücksichtigt.



Beigefügte Anlagen:

- Anlage 1: 145 Beitrittserklärungen von Personen, die bei der Brandenburger Landtagswahl am 1. September 2019 wahlberechtigt gewesen sind
- Anlage 2: Wahleinspruch vom 7. Oktober 2019
- Anlage 3: Beschluss des Landtags über die Zurückweisung des Wahleinspruchs WPA7/LTW19/4 (Seite 1 sowie Anlage 3)
- Anlage 4: "Die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit des Wahlrechts durch den Wahlprüfungsausschuss" (Aufsatz von Rainer Lippold, DVBl 1987, S. 933-936)
- Anlage 5: "Integrative Wahlsysteme als juristische Herausforderung" (bisher noch unveröffentlichter Aufsatz von Björn Benken)