

Grundstudium ÖR

Prof. Dr. Bernd Grzeszick, LL.M.

Verfassungsrechtliche Grundsätze des Wahlrechts

DOI 10.1515/jura-2014-0129

I. Bedeutung der Wahlrechtsgrundsätze

»Das Heil der Demokratien, von welchem Typus und Rang sie immer seien, hängt von einer geringfügigen technischen Einzelheit ab – dem Wahlrecht.«¹ Diese Aussage des Philosophen José Ortega y Gasset mag übertrieben klingen, aber Ausgestaltung und Funktionsweise des Wahlrechts sind tatsächlich wichtige Faktoren einer funktionierenden parlamentarischen Demokratie. Die Grundsätze des Wahlrechts gehören deshalb zum Kernbereich des staatsrechtlichen Grundwissens.

Art. 38 GG enthält die Prinzipien der Volkswahl auf Bundesebene. Art. 38 I 1, II GG normiert die Wahlrechtsgrundsätze der Wahl zum Bundestag. In Art. 38 I 2 GG sind Grundsätze der Rechtsstellung der gewählten Abgeordneten festgelegt. Art. 38 III GG enthält einen Regelungsvorbehalt und zugleich Regelungsauftrag des einfachen Bundesgesetzgebers, das Nähere durch Gesetz zu bestimmen.

Im Mittelpunkt der weiteren Betrachtung stehen die Wahlrechtsgrundsätze des Art. 38 I 2, II GG. Deren verfassungsrechtliche Vorgaben für das Wahlrecht weisen einige Besonderheiten auf, die den Umgang mit ihnen erschweren. Zudem ist vor dem Hintergrund der einschlägigen Rechtsprechung des BVerfG die einfachrechtliche Ausgestaltung des Wahlrechts zum Bundestag in Teilen recht anspruchsvoll geraten. Insgesamt lohnt sich daher ein vertiefender Blick in die Materie.

II. Einzelne Garantien übergreifende Aspekte

1. Wahlrechtsziele und Wahlfunktionen

Die Wahlrechtsgrundsätze des Art. 38 I GG dienen bestimmten Zielen und Funktionen. Die Allgemeinheit und die Gleichheit der Wahl sichern die vom Demokratieprinzip vorausgesetzte Egalität der Staatsbürger. Die Geheimheit der Wahl ist der wichtigste institutionelle Schutz der Wahlfreiheit. Die Wahlfreiheit ist Voraussetzung der demokratischen Legitimation der Gewählten. Die Unmittelbarkeit der Wahl lässt den Wählerwillen direkt zum Ausdruck kommen.

Die Wahl hat noch weitere Funktionen, die sich ergänzen, aber auch widerstreiten können. Sie hat Legitimationsfunktion, denn durch die Wahl wird unmittelbar dem Bundestag sowie durch ihn allen anderen Organen des Staates demokratische Legitimation vermittelt. Die Wahl hat Integrationsfunktion, soweit sie politische Kräfte in die Willensbildung vom Volk zum Staat hin einfangen und so verhindern kann, dass gewichtige Anliegen im Volk von der Volksvertretung ausgeschlossen bleiben. Die Wahl hat Kreativefunktion, denn sie soll eine Volksvertretung hervorbringen, die in der Lage sein soll, eine stabile Regierung zu bilden. Die Wahl hat Kontrollfunktion, da die Regierenden sich in regelmäßig wiederkehrenden Wahlen dem Votum der Regierten stellen müssen. Und die Wahl hat schließlich Erneuerungsfunktion, da sie mit der jeweils möglichen Neuverteilung der politischen Gewichte neue inhaltliche Ausrichtungen von Politik ermöglicht.

2. Wahlen

Art. 38 GG bezieht sich unmittelbar nur auf die Wahlen zum Deutschen Bundestag als Wahl im Sinne von Art. 20 II 2 GG. Allerdings gelten die Grundsätze gemäß Art. 28 I 2 GG auch für die Wahlen in den Ländern, Kreisen und Gemeinden. Darüber hinaus können sie als demokratische Prinzipien grundsätzlich auch auf Wahlen zu anderen Volksvertretungen sowie auf politische Abstimmungen übertragen werden. Dagegen gelten die Wahlrechtsgrund-

¹ Ortega y Gasset *Der Aufstand der Massen*, 1931, 173.

sätze nicht ohne weiteres für Wahlen innerhalb von Selbstverwaltungseinrichtungen, da dort neben oder anstelle der allgemeinen demokratischen Legitimation der Bezug zu spezifischen Sachaufgaben legitimierende Funktion entfaltet, so z. B. in Hochschulgremien sowie bei Richter- und Präsidialräten.

3. Parteien

Aus Art. 21 GG wird gefolgert, dass die politischen Parteien in der parlamentarischen Demokratie des Grundgesetzes eine verfassungsrechtliche Stellung haben, die sich auch auf das Wahlrecht auswirkt. Zwar bezeichnet Wahl eine Abstimmung, durch die eine oder mehrere Personen aus einem größeren Personenkreis ausgelesen werden; eine bloße Parteienwahl ist deshalb nicht zulässig. Mit Art. 21 GG erkennt das Grundgesetz aber die Parteien in ihren politisch-demokratischen Funktionen an. Zu diesen Funktionen der Parteien gehört vor allem die Aufgabe, die Bürger zu politischen Handlungseinheiten mit dem Ziel der Beteiligung an der Willensbildung in den Staatsorganen zusammenzuschließen und ihnen so einen wirksamen politischen Einfluss zu ermöglichen. Dem entsprechend ist Art. 38 GG für die Kandidatenaufstellung, die Teil des Wahlverfahrens ist, durch die politischen Parteien nur die Einhaltung eines Kernbestands an Verfahrensgrundsätzen zu entnehmen, ohne den ein Kandidatenvorschlag nicht Grundlage eines demokratischen Wahlvorgangs sein kann; Art. 38 GG wird insoweit durch Art. 21 GG überlagert. Dagegen laufen Art. 38 GG zugunsten der Wahlberechtigten und Art. 21 GG zugunsten der Parteien parallel vor allem dann, wenn das passive Wahlrecht eines Parteikandidaten beeinträchtigt wird.

4. Inhaltliche Reichweite der Wahlrechtsgrundsätze

Eine Wahl erfordert Wähler und Kandidaten. Dem entsprechend schützt Art. 38 GG das aktive und das passive Wahlrecht einschließlich der Möglichkeit, Wahlvorschläge zu machen. Zudem entnimmt das BVerfG Art. 38 GG einen Anspruch darauf, dass ein Mindestmaß an tatsächlicher Einflussnahme auf die Staatsgewalt vermittelt wird. Art. 38 GG soll ausschließen, dass die durch die Wahl bewirkte Einflussnahme des Volkes auf die Ausübung von Staatsgewalt durch verfassungswidrige Verlagerungen von Aufgaben und Befugnissen des Bundestages insbesondere auf die Europäische Union so entleert wird, dass das demokratische Prinzip, soweit Art. 79 III GG es in Verbindung mit

Art. 20 I, II GG für unantastbar erklärt, verletzt wird². Daher kann grundsätzlich jeder Wahlberechtigte im Wege der Verfassungsbeschwerde prüfen lassen, ob die verfassungsrechtlichen Grenzen der europäischen Integration von den deutschen Staatsorganen beachtet werden.

5. Träger der Wahlrechte

Träger der grundrechtsgleichen Rechte aus Art. 38 I 1 GG sind allein Deutsche. Die Wahlen sind als Ausdruck des Demokratieprinzips und der Volkssouveränität auf das Staatsvolk der Bundesrepublik Deutschland bezogen, das im Grundsatz von den deutschen Staatsangehörigen gebildet wird³. Die Einbeziehung der Statusdeutschen ist eine historisch bedingte und durch Art. 116 GG legitimierte singuläre Ausnahme. Eine grundsätzliche Erweiterung des Kreises der Wahlberechtigten sieht nur Art. 28 I 3 GG vor, und dies nur für die Wahlen in den auf exekutive Aufgaben und Befugnisse beschränkten Kreisen und Gemeinden, nicht dagegen für die Wahlen zu den gesetzgebungsbefugten Parlamenten.

6. Beeinträchtigungen der Wahlrechtsgrundsätze und deren Rechtfertigung

Die Wahlrechtsgrundsätze werden in Art. 38 GG vorbehaltlos garantiert. Nach Art. 38 III GG wird zwar das Nähere durch ein einfaches Bundesgesetz bestimmt. Aus dogmatischer Perspektive bleibt es aber grundsätzlich dabei, dass die Grundsätze des Art. 38 I 1 GG Maßstab für den Gesetzgeber sind. Der Gesetzgeber darf die Wahlrechtsgrundsätze nur einschränken, wenn die Einschränkung zur Sicherung der mit einer demokratischen Wahl verbundenen Funktionen und Ziele geboten ist. Daraus folgt allerdings nach Ansicht des BVerfG nicht, dass Abweichungen von den Grundsätzen sich von Verfassungen wegen als zwangsläufig oder notwendig darstellen müssen. Vielmehr werden auch solche Gründe zugelassen, die durch die Verfassung legitimiert und von hinreichendem Gewicht sind. Dazu gehört vor allem die Verwirklichung der mit der Wahl verbundenen Funktionen und Ziele (s. o.). Die entsprechenden Regelungen müssen zur Verfolgung dieser Zwecke geeignet und erforderlich sein. Dabei muss der Gesetz-

² BVerfGE 89, 155, 171f (= *Erichsen*, JK 94, GG Art. 23/1); 123, 267, 341, 357ff (= *Ehlers*, JK 10/09, GG Art. 38 I/18).

³ BVerfGE 83, 37, 50f. Gegenansicht bei *Meyer* HStR III 3. Aufl., § 46 Rn 7ff.

geber sich bei seiner Einschätzung und Bewertung an der politischen Wirklichkeit orientieren. In diesem Zusammenhang kann dem Gesetzgeber ein Einschätzungsspielraum zustehen, der bei den verschiedenen Grundsätzen unterschiedlich ausfallen kann.

III. Allgemeinheit der Wahl

1. Schutzbereich

Die Allgemeinheit der Wahl knüpft an die Art. 20 GG zugrunde liegende formale demokratische Egalität der Staatsbürger an und schützt den Zugang der Staatsbürger zur Wahl. Der Grundsatz der Allgemeinheit schützt das aktive und das passive Wahlrecht und schließt auch die Wahlvorbereitung ein, insbesondere die Wahlzulassung, das Wahlvorschlagsrecht und die Kandidatenaufstellung. Zudem kann er auch zugunsten politischer Parteien wirken, indem er gesetzlichen Bedingungen für die Wahlzulassung entgegensteht, die nicht von grundsätzlich jeder Partei erfüllt werden können.

2. Beeinträchtigungen der Allgemeinheit der Wahl und deren Rechtfertigung

a) Grundsätze

Die Allgemeinheit der Wahl wird beeinträchtigt, falls der Staat den Zugang seiner Staatsbürger zur Wahl rechtlich beschränkt. Beeinträchtigungen der Allgemeinheit laufen der formal zu verstehenden demokratischen Egalität der Staatsbürger zuwider und bedürfen zur Rechtfertigung eines sachlich gebotenen, zwingenden Grundes, der auch aus anderen Verfassungsregelungen folgen kann.

b) Wahlalter

So modifiziert Art. 38 II GG den Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl insoweit, als das aktive Wahlrecht mit der Vollendung des 18. Lebensjahres und das passive Wahlrecht mit der Volljährigkeit beginnt. Dahinter steht die zulässige Überlegung, dass die Festsetzung eines Mindestalters das für die Teilnahme an der Wahl erforderliche Maß an Reife und Vernunft sowie Verantwortungsbewusstsein grundsätzlich garantiert⁴. Auch ist ein weitergehen-

des Kinderwahlrecht nach Ansicht des BVerfG verfassungsrechtlich nicht geboten⁵.

c) Wahlrecht der Auslandsdeutschen

Der Ausschluss von Auslandsdeutschen von der Wahl kann mit der Sicherstellung der Kommunikationsfunktion der Wahl begründet werden⁶. Daher ist das Erfordernis der Sesshaftigkeit im Wahlgebiet für das aktive Wahlrecht als Begrenzung prinzipiell gerechtfertigt. Für Konstellationen, in denen aufgrund der beruflichen Tätigkeit oder aus anderen Gründen trotz des Aufenthalts außerhalb des Wahlgebietes eine besondere Nähebeziehung zu Deutschland besteht, hat der Gesetzgeber Ausnahmeregelungen vorgesehen (§ 12 BWahlG), die vom BVerfG grundsätzlich als verfassungskonform beurteilt wurden. Gleiches kann auf die Anforderung eines mindestens dreimonatigen Aufenthalts in Deutschland zutreffen, falls der Gesetzgeber durch entsprechende weitere Vorgaben sicherstellt, dass das Ziel, die Vertrautheit mit den politischen Verhältnissen in der Bundesrepublik Deutschland zu sichern, jeweils hinreichend beachtet wird⁷.

d) Weitere Beeinträchtigungen der Allgemeinheit und deren Rechtfertigung

Der Ausschluss von der Wahl bzw. Wählbarkeit kann nach Ansicht des BVerfG auch darauf gestützt werden, dass der Wahlberechtigte wegen in seiner Person liegender Gründe zu einer persönlichen verantwortungsvollen Wahlentscheidung nicht in der Lage ist oder als nicht in der Lage angesehen wird und deshalb von der Wahl ausgeschlossen sein soll⁸.

Unterschriftenquoten als Voraussetzung für die Einreichung gültiger Wahlvorschläge sind soweit zulässig, als damit die Wahl auf ernsthafte Bewerber beschränkt und der Gefahr von Stimmenzersplitterung entgegengewirkt wird. Das Quorum darf aber nicht so hoch sein, dass einem neuen Bewerber die Teilnahme an der Wahl übermäßig erschwert wird⁹. Eine generelle Monopolisierung des Wahlvorschlagsrechts auf politische Parteien ist mit der Allgemeinheit der Wahl nicht vereinbar.

⁵ BVerfG NVwZ 2002, 69 f.

⁶ BVerfG NVwZ 2012, 1167, 1169 (= *Schoch*, JK 2/13, GG Art. 38 I 1/24).

⁷ BVerfG NVwZ 2012, 1167, 1170 ff (= *Schoch*, JK 2/13, GG Art. 38 I 1/24).

⁸ BVerfGE 19, 93, 95 f.; 67, 149 ff.

⁹ BVerfGE 3, 19, 25 ff.; 4, 375, 381 ff.; 60, 162, 167 f.; 67, 369, 377.

⁴ BVerfGE 42, 312, 340 f.; BVerfG NVwZ 2002, 69 f.

IV. Unmittelbarkeit der Wahl

1. Schutzbereich

Der Grundsatz der Unmittelbarkeit der Wahl besagt, dass die personelle Zusammensetzung des Bundestags ausschließlich von den Wählern und dem freien Willen der Gewählten bestimmt wird. Dazu muss jede abgegebene Stimme bestimmten oder zumindest bestimmbar Wahlbewerbern zugerechnet werden können, ohne dass nach der Stimmabgabe noch eine Zwischeninstanz nach ihrem Ermessen die Abgeordneten auswählt. Der Grundsatz der Unmittelbarkeit der Wahl setzt auch voraus, dass der Wähler vor dem Wahlakt erkennen kann, welche Personen sich um ein Mandat bewerben, und wie sich die eigene Stimmabgabe auf den Erfolg der Wahlbewerber auswirken kann. Daher ist das Wahlverfahren so zu regeln, dass die Regelungen des Sitzverteilungsverfahrens erkennbar sind.

2. Beeinträchtigungen der Unmittelbarkeit der Wahl und deren Rechtfertigung

a) Grundsätze

Die Unmittelbarkeit der Wahl wird beeinträchtigt, falls zwischen dem Wahlakt und dem Wahlergebnis eine Willensentscheidung wirkt, die nicht die des Bewerbers ist. Die Einschaltung von Wahlmännern ist damit ebenso ausgeschlossen wie Parteiwahlen, bei denen die gewählten Parteien erst nach der Wahl die Abgeordneten bestimmen. Gleichfalls ausgeschlossen ist die Anerkennung eines ruhenden Mandates, das der gewählte Abgeordnete als Regierungsmitglied beibehalten und durch Rücktritt vom Regierungsamtsamt bei gleichzeitiger Beendigung des Mandats seines (Listen-)Nachfolgers wieder aufleben lassen kann.

b) Listenwahlrecht

Ein Listenwahlrecht, bei dem Kandidaten nur von in der Regel durch Parteien festgelegte Listen gewählt werden können, kann mit der Unmittelbarkeit der Wahl vereinbar sein. Die Unmittelbarkeit der Wahl lässt dabei auch eine starre Liste zu, bei der die für eine Liste abgegebene Stimme gleichzeitig für die mit der Liste verbundenen Kandidaten abgegeben und damit die Wahl eines Bewerbers von der Mitwahl weiterer Bewerber abhängig gemacht wird. Die Unmittelbarkeit verlangt allerdings stets, dass die Reihenfolge der Bewerber im Vorhinein festgelegt ist und durch andere Personen nicht mehr abgeändert werden

kann, damit die letzte Entscheidung – mit Ausnahme von Entscheidungen des Gewählten – beim Wähler liegt¹⁰. Änderungen der Liste nach der Wahl, wie Auffüllungen, Streichungen oder Änderungen der Reihenfolge der Kandidaten, beeinträchtigen die Unmittelbarkeit der Wahl.

c) Nichtannahme oder Rückgabe des Mandats

Der Grundsatz der Unmittelbarkeit wird durch die freie Entscheidung des Gewählten selbst, das Mandat nicht anzunehmen oder später zurückzutreten, nicht beeinträchtigt. Nach Ansicht der Rechtsprechung verstoßen deshalb auch geplante Rotationen, bei denen die Abgeordneten einer Partei zu einem vorab festgelegten Zeitpunkt in der Legislaturperiode auf ihre Mandate verzichten und damit ihre Plätze für die Listennachfolger räumen, zumindest dann nicht gegen den Grundsatz der Unmittelbarkeit der Wahl, wenn jeder einzelne Verzicht tatsächlich freiwillig erfolgt¹¹. Die Literatur ist hier zum Teil kritischer und nimmt entweder eine generelle Unvereinbarkeit an¹² oder verlangt zumindest Kenntnis des Wählers von der geplanten Rotation bei der Stimmabgabe¹³.

V. Freiheit der Wahl

1. Schutzbereich

a) Grundsätze

Die Freiheit der Wahl schützt vor allen Maßnahmen, die die Entscheidungsfreiheit der Wahlberechtigten ernstlich beeinträchtigen können. Die Stimmabgabe muss frei von Zwang und unzulässigem Druck bleiben. Die Freiheit der Wahl steht in enger Verbindung mit der Geheimheit der Wahl, geht aber darüber hinaus, da sie generell die freie Willensbildung zur Stimmabgabe schützt.

b) Wahlvorbereitung

Die Freiheit der Wahl erstreckt sich auch auf die Wahlvorbereitung. Zur Wahlfreiheit gehören deshalb ein grundsätzlich freies Wahlvorschlagsrecht für alle Wahlberech-

¹⁰ BVerfGE 3, 45, 49f; 97, 317, 323ff (= *Kunig*, JK 98, GG Art. 38 I 1/11).

¹¹ NdsStGH NJW 1985, 2319, 2320.

¹² Friauf/Höfling/Schreiber Art. 38 (Juli 2013), Rn 93; Schreiber/Hahlen BWahlG 9. Aufl., § 46 Rn 32.

¹³ Dreier/Morlok 2. Aufl., Art. 38 Rn 77.

tigten sowie eine freie Kandidatenaufstellung unter Beteiligung der Mitglieder der Parteien und Wählergruppen. Die Parteien sind weiter dazu verpflichtet, zumutbare organisatorische Maßnahmen zur Einladung der teilnahmeberechtigten Parteiangehörigen zu ergreifen. Auch müssen Wahlbewerber sich ausreichend vorstellen können. Die Freiheit der Wahl garantiert zudem die hinreichende Auswahlmöglichkeit zwischen Kandidaten und Listen. Dies setzt voraus, dass der Wähler die Möglichkeit hat, sich rechtzeitig mit den Wahlvorschlägen vertraut zu machen, weshalb die zu einer Wahl zugelassenen Wahlvorschläge, sowie bei einer Neuwahl die Ergebnisse der ersten Wahl, rechtzeitig bekannt zu machen sind.

2. Beeinträchtigungen der Freiheit der Wahl und deren Rechtfertigung

a) Staatliche Öffentlichkeitsarbeit und Wahlen

Fall 1: Wenige Wochen vor der Bundestagswahl besucht der Bundespräsident eine Schule. Im Rahmen einer intensiven politischen Diskussion mit den Schülern unter anderem über Integration und Fremdenfeindlichkeit bezeichnet er Mitglieder und Anhänger einer zur Wahl angetretenen politisch radikalen und fremdenfeindlichen Partei als Spinner. Ist dies mit Art. 38 I 1 GG sowie Art. 21 I 1 GG vereinbar?

Staatliche Stellen dürfen den Wählerwillen inhaltlich grundsätzlich nicht beeinflussen. Insbesondere ist es unzulässig, einzelne Bewerber oder deren Parteien inhaltlich zu bevorzugen. Deshalb ist es Amtsträgern grundsätzlich verwehrt, in amtlicher Eigenschaft werbende Äußerungen abzugeben¹⁴. Auch dürfen Fraktionen die ihnen aus öffentlichen Mitteln gewährten Zuschüsse nicht zur Wahlwerbung verwenden. Allerdings ist es grundsätzlich zulässig, dass staatliche Stellen im Rahmen ihrer Kompetenzen Öffentlichkeitsarbeit zur Erläuterung und Verteidigung ihrer Maßnahmen betreiben¹⁵, also Presseerklärungen abgeben, einzelne Vorhaben erklären oder vor Gefahren warnen. Die prinzipiell zulässige Öffentlichkeitsarbeit wird erst dann unzulässig, wenn der informative Gehalt hinter der werbenden Aufmachung zurücktritt oder wenn die Stellungnahme zwar ein sachliches Anliegen verfolgt, aber wegen der zeitlichen Nähe zum Wahltermin die Informa-

tion von den Wählern als inhaltliche Parteinarbeit verstanden werden kann¹⁶.

Lösung zu Fall 1: Der Bundespräsident hat neben der Wahrnehmung der ihm durch die Verfassung ausdrücklich zugewiesenen Befugnisse kraft seines Amtes insbesondere die Aufgabe, im Sinne der Integration des Gemeinwesens zu wirken. Aufgrund des Umfangs und der Besonderheiten dieser Aufgabe kommt ihm diesbezüglich ein weiter Gestaltungsspielraum zu, der erst überschritten ist, wenn der Bundespräsident mit seinen Äußerungen unter evidenter Vernachlässigung seiner Integrationsaufgabe und damit willkürlich politisch Partei ergreift. Mit Rücksicht auf den Gesamtzusammenhang bewegt die Äußerung sich noch in diesem Rahmen¹⁷.

b) Einflussnahme Privater

Die Wahlfreiheit richtet sich grundsätzlich auch gegen Beeinträchtigungen der Willensbildung der Wähler durch Private. Diese können sich aber bei der Einflussnahme auf die Wahlentscheidung anderer Bürger auf den grundrechtlichen Schutz ihrer Freiheit, insbesondere auf Art. 5 I GG berufen. Daher ist es zulässig, dass z. B. Kirchen, Gewerkschaften oder Unternehmer für oder gegen eine bestimmte Partei, Person oder politische Position werben, und dass private Presseverlage ohne Monopolstellung den Abdruck bestimmter politischer Anzeigen oder Leserbriefe ablehnen. Nicht mehr von den Grundrechten gedeckt ist aber das private Ausüben übermäßigen und deshalb unzulässigen Drucks auf die Wahlentscheidung anderer Bürger. Welches Maß an Druck von Privaten unzulässig ist, ist vom Gesetzgeber in § 108 StGB in verfassungsgemäßer Weise konkretisiert worden¹⁸. Grundsätzlich muss in schwerwiegender Art und Weise auf die Willensbildung eingewirkt worden sein, ohne dass eine hinreichende Abwehrmöglichkeit, z. B. mit Hilfe der Gerichte oder der Polizei, oder des Ausgleichs mit Mitteln des Wahlwettbewerbs, bestanden hätte¹⁹.

Zu den Privaten zählen im Prinzip zwar auch die politischen Parteien, insbesondere auch bei der Kandidatenaufstellung. Allerdings unterliegen sie dabei sowie bei ihren weiteren, auf die Wahl bezogenen, Handlungen durch die Grundsätze des Art. 38 GG sowie durch andere verfassungsrechtliche Regelungen erheblichen Bindungen, so dass sich ihre Rechtsstellung von der anderer Privater unterscheidet.

¹⁴ BVerwGE 104, 323, 327 ff (= *Kunig*, JK 98, GG Art. 5 I 1/26); 118, 101, 103.

¹⁵ BVerfGE 44, 125, 149.

¹⁶ BVerfGE 40, 11, 38 ff; 44, 125, 141, 144 ff; 63, 230, 242 ff (= *Mutius*, JK 83, GG Art. 38 I/3).

¹⁷ BVerfG Urt. v. 10. 06. 2014 2 BvE 4/13.

¹⁸ BVerfGE 66, 369, 380.

¹⁹ BVerfGE 103, 111, 133.

c) Wahlpflicht

Umstritten ist, ob die Wahlfreiheit eine Pflicht zur Wahlteilnahme zulässt, wie dies in einigen europäischen Staaten der Fall ist. Während dies zum Teil als unzulässige Beeinträchtigung der negativen demokratischen Wahlfreiheit der Bürger angesehen wird²⁰, halten andere Stimmen die Einführung einer Wahlpflicht – gegebenenfalls per Verfassungsänderung²¹ – für zulässig, da eine Pflicht zur Wahlteilnahme den Inhalt der Wahlentscheidung nicht berührt²². Allerdings vernachlässigt diese Ansicht, dass die Nichtbeteiligung an der Wahl eine inhaltliche politische Stellungnahme beinhalten kann, die dem Wahlberechtigten über die Freiheit der Wahl erhalten bleiben sollte. Zudem ist zweifelhaft, ob eine Wahlpflicht auf verhältnismäßige Art und Weise dazu beitrüge, die Anzahl der abgegebenen gültigen Stimmen zu erhöhen, da der Bürger jedenfalls in der Wahlkabine sich der Stimme enthalten oder eine ungültige Stimme abgeben kann²³. Im Ergebnis steht deshalb die Wahlfreiheit der Einführung einer Wahlpflicht entgegen²⁴.

VI. Gleichheit der Wahl

1. Schutzbereich

a) Grundsätze

Die Gleichheit der Wahl gebietet, dass alle Staatsbürger das aktive und passive Wahlrecht möglichst in formal gleicher Weise ausüben können. Wie die Allgemeinheit der Wahl beruht die Gleichheit der Wahl darauf, dass alle Staatsbürger ein formal gleiches Wahlrecht haben, das aus der Zugehörigkeit zum Staatsvolk resultiert und im Grundsatz weder weitere Voraussetzungen noch weitere Differenzierungen zulässt. Im Unterschied zur Gleichheit schützt die Allgemeinheit der Wahl aber nicht die gleiche Ausübungsmöglichkeit, sondern den gleichen Zugang zur Wahl.

Die Gleichheit bezieht sich aber nicht nur auf den Wahlakt selbst, sondern auf das gesamte Wahlverfahren und damit auch das Wahlvorschlagsrecht sowie die Wahlwerbung. Zudem soll sie nach Ansicht des BVerfG auch auf

das Wahlvorfeld der politischen Willensbildung wirken. Dabei gilt sie insbesondere für mittelbare staatliche Finanzierungshilfen zugunsten der politischen Parteien durch die steuerliche Berücksichtigung von Beiträgen und Spenden. Insoweit sind jeder Partei, jeder Wählergruppe und jedem Wahlbewerber die grundsätzlich gleichen Möglichkeiten im Wahlkampf und im Wahlverfahren und damit die gleichen Chancen im Wettbewerb um Wählerstimmen einzuräumen²⁵.

b) Entscheidungsfreiheit des Gesetzgebers über das Wahlsystem

Aus der Gleichheit der Wahlausübung folgt grundsätzlich, dass jeder Wähler die gleiche Stimmenzahl hat (gleicher Zählwert) sowie, dass jede Stimme bei der Umsetzung der Stimmen in die Zuteilung von Parlamentssitzen berücksichtigt wird (gleicher Erfolgswert). Allerdings wird der Grundsatz des gleichen Erfolgswertes mit Rücksicht auf die Entstehungsgeschichte von Art. 38 GG überlagert durch die Freiheit des Gesetzgebers, sich für ein Mehrheitswahlrecht zu entscheiden, bei dem die Person gewählt ist, die die meisten Stimmen erhält. Die Entscheidung für ein solches Mehrheitswahlrecht hat zur Folge, dass die Stimmen für die unterlegenen Kandidaten bei der Mandatsvergabe nicht berücksichtigt werden. Der gleiche Erfolgswert verlangt deshalb nur, dass jede gültig abgegebene Stimme im Rahmen des Wahlsystems gleichen Einfluss auf das Wahlergebnis haben muss²⁶; der gleiche Erfolgswert wird insoweit zur gleichen Erfolgchance²⁷.

c) Personalisierte Verhältniswahl mit flexibler proporzichernder Sitzzahlerhöhung

Vor diesem Hintergrund hat der Gesetzgeber sich bei den Wahlen zum Bundestag zulässigerweise für eine personalisierte Verhältniswahl mit flexibler proporzichernder Sitzzahlerhöhung entschieden. Nach § 5 BWahlG werden 299 Sitze an die Sieger der mit den Erststimmen durchgeführten Mehrheitswahlen in den Wahlkreisen vergeben. Die restlichen Sitze werden nach § 6 BWahlG auf der Grundlage des Verhältnisses der Zweitstimmen den Parteilisten zugeteilt. Sollten bei dieser Verteilung auf der Grundlage von 299 zu verteilenden Sitzen nicht sämtliche

²⁰ Friauf/Höfling/Schreiber Art. 38 (Juli 2013), Rn 99.

²¹ Maunz/Dürig/Klein Art. 38 (Oktober 2010), Rn 108.

²² Mertens FS Broermann 1982, 301, 310 ff; Friauf/Höfling/Volkmann Art. 20 (Februar 2001), Rn 29.

²³ Umbach/Clemens/Roth Art. 38, Rn 50.

²⁴ Erichsen JURA 1983, 635, 641.

²⁵ BVerfGE 20, 56, 116; 21, 196, 199 f; 95, 408, 417.

²⁶ BVerfGE 11, 351, 360.

²⁷ BVerfGE 95, 335, 353 f; 95, 408, 417; 131, 316, 334 f, 337 f (= Ehlers, JK 12/12, GG Art. 38 I 1/25).

zugeordneten Erststimmensitze durch Zweitstimmen der entsprechenden Partei gedeckt sein, wird nach § 6 V BWahlG die Zahl der zu vergebenden Zweitstimmensitze soweit erhöht, bis jeder Partei bei Sitzverteilung nach Zweitstimmenverhältnis mindestens so viele Stimmen zustehen, wie ihnen nach der Erststimmenverteilung zugestanden hätten; der aktuelle Bundestag hat deshalb insgesamt 631 Abgeordnete. Dieses Verfahren ist zwar recht komplex, sichert aber das Ergebnis der Mehrheitswahl in den Wahlkreisen (Erststimmenergebnis) und zugleich den Parteienproporz der Verhältniswahl nach Parteilisten (Zweitstimmenergebnis).

2. Beeinträchtigungen der Gleichheit der Wahl und deren Rechtfertigung

a) Grundsätze

Die Gleichheit der Wahl wird beeinträchtigt, falls im Zusammenhang mit der Ausübung des Wahlrechts staatliche Ungleichbehandlungen erfolgen. Dies kann geschehen durch Benachteiligungen oder Bevorzugungen von einzelnen Wählern, Wahlbewerbern, Wählergruppen oder Parteien. Wie ausgeführt, wird der Grundsatz des gleichen Erfolgswertes durch die zulässige Entscheidung des Gesetzgebers über das Wahlsystem reduziert zur gleichen rechtlichen Erfolgchance im Wahlsystem. Im Übrigen, also jenseits der Grundentscheidung des Gesetzgebers über das Wahlsystem, ist die Erfolgswertgleichheit aber nicht auf eine Erfolgchancengleichheit reduziert. Vielmehr sind Differenzierungen der Wahlrechtsgleichheit im verhältniswahlrechtlichen Teil des Bundestagswahlrechts nur in engen Grenzen zulässig. Derartige gesetzliche Regelungen bedürfen der Rechtfertigung durch einen zwingenden Grund, der durch die Verfassung legitimiert und von einem der Wahlrechtsgleichheit entsprechendem Gewicht ist. Zudem muss die Regelung zur Verfolgung des Grundes geeignet und erforderlich sein²⁸. Rechtfertigende Gründe können vor allem die Sicherung der Funktionen der Wahl sein: Die Wahl als Integrationsvorgang bei der politischen Willensbildung des Volkes, die Abwehr der Gefahren einer übermäßigen Parteienzersplitterung sowie die Gewähr der Handlungs- und Entscheidungsfähigkeit des Parlaments.

b) Sperrklauseln

Fall 2: Bürger B sieht sich sowohl bei der Bundestagswahl als auch bei der Kommunalwahl mit Sperrklauseln konfrontiert, die Parteien mit weniger als 5% der abgegebenen Stimmen von der Sitzzuteilung ausschließen. Ist dies verfassungsgemäß?

Der Erfolgswert der Stimmen im System der Verhältniswahl wird durch Sperrklauseln beeinträchtigt, die die Teilnahme an der Verteilung der Sitze auf die Landeslisten vom Erreichen eines Mindestanteils an Stimmen abhängig machen. Derartige Klauseln können mit der Sicherung der Funktionsfähigkeit des Parlaments, insbesondere der Förderung stabiler Regierungsmehrheiten, sowie des Charakters der Wahl als Integrationsvorgang gerechtfertigt werden. Dabei ist zu beachten, dass die Regierung in der Regel auf die Parlamentsmehrheit angewiesen ist, um ihre Aufgaben und Befugnisse hinreichend wahrnehmen zu können.

Ob diese Gründe das derzeit im BWahlG vorgesehene Quorum von 5% der gültig abgegebenen Wählerstimmen rechtfertigen, ist umstritten. Nach Ansicht des BVerfG ist diese Hürde zur Erreichung der damit verfolgten legitimen Ziele grundsätzlich angemessen²⁹.

In der Literatur wird dagegen zum Teil darauf verwiesen, dass die Zersplitterungsgefahr gering sei und Sperrklauseln als milderer Mittel mit einer Alternativ- oder Hilfsstimme verbunden werden könnten, die für den Fall des Scheiterns der zunächst gewünschten Partei dann einer anderen Partei zukommen³⁰. Damit bliebe es zwar beim Eingriff in die Erfolgswertgleichheit im Hinblick auf die Hauptstimme. Im Hinblick auf die Hilfsstimme bliebe die Erfolgswertgleichheit jedoch gewahrt, sofern die Hilfsstimme auf eine in das Parlament gewählte Partei fällt.

Gegen die Einführung einer Alternativ- bzw. Hilfsstimme werden aber eine Reihe von – unterschiedlich überzeugungskräftigen – Argumenten vorgebracht: Eine erhöhte Fehler- und Manipulationsanfälligkeit der Auszählung; eine erhöhte Fehleranfälligkeit bei der Stimmabgabe; eine doppelte Auszählung der Stimmen eines Wählers; Zweifel in Hinsicht auf die Unmittelbarkeit und die Öffentlichkeit der Wahl; sowie eine beobachtete Zunahme von Wahlenthaltungen³¹. Vor diesem Hintergrund kam das LVerfG Schl.-H. zu dem Schluss, dass die Einführung einer Hilfsstimme kein verfassungsrechtlich zwingend einzuführendes, da im Vergleich zu einer Sperrklausel

²⁸ BVerfGE 6, 84, 92; 95, 408, 418 f.; 121, 266, 297 (= Ehlers, JK 11/08, GG Art. 38 I 1/17).

²⁹ BVerfGE 1, 208, 247 f.; 95, 408, 419 ff.; 120, 82, 106 ff., 110 ff. (= Ehlers, JK 11/08, GG, Art. 21 I/6); 129, 300, 324, 335 f. (= Ehlers, JK 3/12, GG Art. 21/7).

³⁰ Linck DÖV 1984, 884 ff.; Damm DÖV 2013, 913 ff.

³¹ Zimmer DÖV 1985, 101 ff.; Damm DÖV 2013, 913 ff., 918 ff.

sel ohne Hilfsstimme gleich geeignetes, aber milderes Mittel zur Erhaltung der Funktionsfähigkeit des Parlaments ist³². Insbesondere wirkt das jeweils geltende Wahlrecht auf die Wahlergebnisse zurück. Insoweit bleibt die Entscheidung über die Aufrechterhaltung einer Sperrklausel eine wertende Prognoseentscheidung des Gesetzgebers, die gerechtfertigt ist³³.

Die Verfassungsmäßigkeit einer Sperrklausel hängt allerdings auch nach Ansicht der Rechtsprechung von den Verhältnissen des jeweiligen Bereiches ab. Die Gefahr einer aus der Parteienzersplitterung folgenden Funktionsunfähigkeit kann insbesondere auf kommunaler Ebene deutlich geringer ausfallen, soweit die Verwaltung auch ohne die Vertretungsorgane handlungsfähig ist, was häufig der Fall ist, da die Kommunalverwaltung viele ihrer Aufgaben und Befugnisse aufgrund der Zuständigkeitsverteilungen ohne die kommunalen Vertretungsorgane erfüllen kann. Daher können bei Kommunalwahlen Quoren von 5%³⁴ oder auch von 3%³⁵ der Wählerstimmen verfassungswidrig sein. Zu Sperrklauseln in der Europawahl unten mehr.

Lösung Fall 2: Während bei der Bundestagswahl die 5%-Sperrklausel nach der Rechtsprechung zum Schutz der Funktionsfähigkeit des Parlaments gerechtfertigt ist, greift diese Rechtfertigung auf kommunaler Ebene in der Regel nicht, da die Kommunalverwaltung ihre Aufgaben in der Regel auch dann erfüllen kann, wenn das Vertretungsorgan politisch zersplittert ist.

c) Ausnahmen für nationale Minderheiten

Ausnahmen von der Sperrklausel sollen nach Ansicht des BVerfG zugunsten nationaler Minderheiten zulässig sein, um eine bessere Integration des Staatsvolkes bei der politischen Willensbildung durch Wahlen zu ermöglichen³⁶. Allerdings ist nicht ohne weiteres einzusehen, wie die wahlrechtliche Privilegierung weniger kleiner Minderheiten die Integration des Staatsvolkes auf Bundesebene fördern soll. Soweit das Verfassungsrecht nicht hinreichend explizite

Regelungen enthält, wie dies in einigen Bundesländern der Fall ist, ist Minderheitenschutz in erster Linie ein Thema der Grundrechte, nicht dagegen des allgemeinen und gleichen Wahlrechts aller Staatsbürger.

d) Grundmandate

Die Ausnahme zugunsten von Parteien, die eine Mindestzahl von Direktmandaten erringen und wegen dieser Grundmandate auch unterhalb der Grenze von 5% Stimmenanteilen an der Sitzverteilung teilnehmen, ist nach Ansicht des BVerfG gleichfalls zulässig. Das Ziel, ein funktionsfähiges Parlament zu schaffen, wird insoweit zulässigerweise zurückgedrängt durch das Ziel, eine effektive politische Integration des Staatsvolkes zu bewirken³⁷, womit sie in besonderem Maße dem Anliegen der personalisierten Verhältniswahl entspricht.

In der Literatur wird die Grundmandatsregelung vor allem deshalb kritisiert, weil nicht nur die Direktmandate in das Parlament einziehen, sondern die Partei mit ihrem Zweitstimmenanteil insgesamt an der Sitzverteilung teilnimmt. Dies bleibt anderen Parteien unterhalb der 5%-Grenze, die zwar nicht die Mindestzahl an Direktmandaten errungen haben, aber sogar einen größeren Zweitstimmenanteil haben können und daher aus Gründen der politischen Integration des Staatsvolkes erst recht in das Parlament einziehen müssten, verwehrt³⁸. Zudem kann die Grundmandatsregelung missbraucht werden, indem eine größere Partei in Wahlkreisen auf eigene Direktkandidaten zugunsten einer kleineren Partei verzichtet, damit deren Zweitstimmen im Interesse eines gemeinsamen politischen Zieles nicht verloren gehen³⁹. Das BVerfG hält dem zwar entgegen, dass der Gesetzgeber die Anzahl der Direktmandate als Indiz für die politische Bedeutsamkeit und damit einer größeren politischen Integrationskraft der hinter den Direktmandaten stehenden Partei werten darf⁴⁰. Allerdings entspricht die politische Bedeutsamkeit einer solchen Partei der Zahl ihrer Direktmandate, weshalb eben nur diese in das Parlament einziehen sollten, und nicht auch weitere Mandate aus dem Zweitstimmenanteil.

³² SchlHVerfG Urt. v. 13. 9. 2013 LVerfG 7/12 BeckRS 2013, 55852, Rn 123f.

³³ SchlHVerfG Urt. v. 13. 09. 2013 LVerfG 7/12 BeckRS 2013, 55852, Rn 127.

³⁴ BVerfGE 120, 82, 106 ff (= *Ehlers*, JK 11/08, GG Art. 21 I/6).

³⁵ So für Wahlen zur Hamburger Bezirksversammlung HambVerfG DVBl 2013, 304 ff. Dagegen ist eine in der Landesverfassung vorgesehene 3%-Klausel für Wahlen zu Bezirksverordnetenversammlungen in Berlin nach VerfGHBerlin DVBl 2013, 848 ff zulässig.

³⁶ BVerfGE 5, 77, 83; 6, 84, 97 f; BVerfGK 5, 96, 105; BVerfG NVwZ 2005, 205 ff sowie 568 ff.

³⁷ BVerfGE 4, 31, 40 f; 5, 77, 83; 6, 84, 95 ff.; 95, 408, 420 ff.

³⁸ *Erichsen* JURA 1984, 22, 31 f; *Frowein* AöR 99, 62, 92 ff; *Hoppe* DVBl 1995, 265, 268 ff.

³⁹ Dazu *Wahl* NJW 1990, 2585, 2591.

⁴⁰ BVerfGE 95, 408, 422 ff.

e) Überhangmandate

Das Wahlrecht zum Deutschen Bundestag sah und sieht vor, dass die in den Wahlkreisen errungenen Sitze dem erfolgreichen Bewerber zugeteilt werden. Falls die in den Wahlkreisen errungenen Sitze einer Partei dieser auch dann erhalten bleiben, wenn sie die der Partei aufgrund des Zweitstimmenergebnisses zustehende Gesamtzahl ihrer Sitze übersteigen, entstehen Überhangmandate. Das frühere BWahlG ließ dies zu, denn es sah für die durch Überhangmandate hinzugekommenen Sitze keinen erneuten Verhältnisausgleich und keine Kompensation der anderen Parteien vor.

Teile der Literatur sehen in Überhangmandaten einen Verstoß gegen den gleichen Erfolgswert, weil den zu einem Überhangmandat führenden Stimmen ein größerer Erfolgswert zukomme als den anderen Stimmen. Dagegen lässt das BVerfG Überhangmandate grundsätzlich soweit zu, als sie aus dem Ziel der personalisierten Verhältniswahl folgen, durch die Wahl von Wahlkreisbewerbern für diese Abgeordneten eine engere persönliche Beziehung zu ihrem Wahlkreis zu bewirken⁴¹. Allerdings hat das BVerfG in der letzten einschlägigen Entscheidung aus dem Jahr 2012 verlangt, dass die Zahl der zusätzlichen Mandate nicht über das erforderliche Maß hinausgehen darf, und die Grenze der zulässigen Differenzierung im Erfolgswert bei etwa einer halben Fraktionsstärke, derzeit also 2,5%, gezogen⁴². Diese Fragen sind derzeit aber nicht unmittelbar relevant, denn das geltende BWahlG sieht vor, dass potentiell überhängende Sitze durch zusätzliche Sitze vollständig ausgeglichen werden (s. o.).

f) Negatives Stimmgewicht

Als Verstoß gegen die Grundsätze der Gleichheit und der Unmittelbarkeit der Wahl hat das BVerfG den Effekt des negativen Stimmgewichts beurteilt⁴³. Dieser Effekt beruht auf dem in früheren Fassungen des BWahlG hergestellten komplexen Zusammenhang zwischen Überhangmandaten und Landeslisten bzw. Ländersitzkontingenten bei der Mandatsverteilung. In dessen Folge konnte ein Zuwachs an Stimmen für eine Partei zu einem Verlust an Sitzen dieser Partei führen, bzw. ein Zuwachs an Stimmen für eine Partei – oder ein Zuwachs an Stimmen für konkur-

rierende Parteien – zu einem Zuwachs an Sitzen dieser Partei führen. Dies verkehrt den Erfolgswert einer Stimme in vom Wähler nicht vorhersehbarer Weise in sein Gegenteil. Da derartige Effekte nicht nur in seltenen und unvermeidbaren oder zu vernachlässigenden Ausnahmefällen auftreten konnten, verletzen die entsprechenden Regelungen die Erfolgswertgleichheit und die Unmittelbarkeit der Wahl. Das nun geltende BWahlG weist keine verfassungswidrigen negativen Stimmgewichte auf⁴⁴.

g) Wahlkreiseinteilung

Die Erfolgswertgleichheit kann auch durch die Einteilung der Wahlkreise beeinflusst werden. Die praktisch kaum vermeidbaren Unterschiede sind deshalb möglichst gering zu halten. Die Regelungen des BWahlG sind verfassungsgemäß, weil danach auf eine möglichst gleiche Größe der Wahlkreise zu achten ist, Abweichungen nur bis zur Höhe von 15% vorkommen sollen und bei Abweichungen über 25% eine Neueinteilung vorzunehmen ist.

Bei der Einteilung des Wahlgebietes darf auch auf die deutsche Wohnbevölkerung einschließlich der nicht Wahlberechtigten abgestellt werden. Die Wahlrechtsgleichheit gebietet zwar im Grundsatz eine Einteilung der Wahlkreise auf der Grundlage der Zahl der Wahlberechtigten, da die Wahlrechtsgleichheit an die Wahlberechtigten anknüpft, nicht an die Wohnbevölkerung. Die Wahlrechtsgleichheit wird allerdings auch bei der Heranziehung der deutschen Wohnbevölkerung als Bemessungsgrundlage nicht unzulässig beeinträchtigt, solange sich der Anteil der Minderjährigen an der deutschen Bevölkerung regional nur unerheblich unterscheidet. Erst wenn sich erhebliche Abweichungen zwischen der Bevölkerung und der Zahl der Wahlberechtigten ergeben, kann eine Änderung der Wahlkreiseinteilung geboten sein⁴⁵.

h) Briefwahl

Der Grundsatz der Gleichheit der Wahl verpflichtet den Gesetzgeber nicht zur Einrichtung einer Brief- oder Vorauswahl. Entschließt sich der Gesetzgeber für die Einführung einer Briefwahl, sind möglicherweise verursachte Beeinträchtigungen der Gleichheit der Wahl – wie auch der Freiheit und der Geheimheit der Wahl – aber insoweit gerechtfertigt, als sie erforderlich sind, um eine möglichst

⁴¹ BVerfGE 7, 63, 74 f; 16, 130, 139 ff; 95, 335, 358, 364 ff; 131, 316, 357 ff (= Ehlers, JK 12/12, GG Art. 38 I 1/25).

⁴² BVerfGE 131, 316, 369 f (= Ehlers, JK 12/12, GG Art. 38 I 1/25).

⁴³ BVerfGE 121, 266, 294 ff (= Ehlers, JK 11/08, GG Art. 38 I 1/17); BVerfGE 131, 316, 346 ff (= Ehlers, JK 11/08, GG Art. 38 I 1/17).

⁴⁴ Holste NVwZ 2013, 529, 531; Pukelsheim/Rossi ZG 2013, 209, 225.

⁴⁵ BVerfG 130, 212, 230 ff (= Schoch, JK 10/12, GG Art. 38 I 1/20).

umfassende Wahlbeteiligung zu ermöglichen und damit dem Ziel der Allgemeinheit und Freiheit der Wahl der Bürger dienen, die ohne die Möglichkeit der Briefwahl an der Wahl nur unter Mühen und Einschränkungen teilnehmen könnten⁴⁶.

Dem entsprechend ist nach Ansicht des BVerfG auch die Ermöglichung der Briefwahl ohne Angaben von Gründen grundsätzlich verfassungsgemäß⁴⁷. Zwar ist bei der Briefwahl die öffentliche Kontrolle schwächer. Der Gesetzgeber hat mit dem Verzicht auf die Angabe von Gründen für die Wahrnehmung der Briefwahl aber auf die zunehmende Mobilität in der Gesellschaft und eine verstärkte Hinwendung zu individueller Lebensgestaltung reagiert und möchte zulässigerweise vermeiden, dass eine weitere Regulierung der Briefwahl angesichts der schwindenden Bereitschaft zur Stimmabgabe im Wahllokal zu einer weiter abnehmenden Wahlbeteiligung führen kann.

i) Chancengleichheit der Bewerber im Wahlumfeld

Die Wahlgleichheit wirkt über das Wahlverfahren hinaus auch auf staatliches Verhalten, das den weiteren Kontext des politischen Wettbewerbs der Parteien und Kandidaten betrifft. Das BVerfG nimmt hier einen Grundsatz der Chancengleichheit der Wahlvorschlagsträger und Wahlbewerber an, der für unterschiedliche Behandlungen einen zwingenden Grund erfordert. Für die Handlungsmöglichkeiten der Parteien gilt dabei eine strikte Gleichheit. Dagegen besteht für staatliche Leistungen, z.B. die Zuteilung von Sendezeiten im öffentlich-rechtlichen Rundfunk zu Wahlwerbezwecken, die Überlassung von gemeindeeigenen Räumlichkeiten oder Flächen bzw. Straßennutzungen zu Wahlwerbezwecken, die unmittelbare staatliche Parteienfinanzierung sowie die steuerliche Begünstigung von politischen Parteien und von Beiträgen und Spenden an diese eine abgestufte Chancengleichheit, die sich an den hinter einer Partei stehenden Bürgern orientiert, da sie vor allem auf den Anteil an den Stimmen der letzten Wahl abstellt. Grund für diese Orientierung am letzten Wahlergebnis ist die aus der Gleichheit der Wahl und der Wahlbewerber gezogene Schlussfolgerung, dass der Staat die vorgefundene politische Wettbewerbslage nicht verändern dürfe. Die Wahrung der Chancengleichheit von kleinen oder neuen Parteien sowie von Einzelbewerbern erfordert dabei gegebenenfalls Sonderregelungen, z.B. bei der Zuteilung

von Rundfunksendezeiten sowie bei der Erstattung von Wahlkampfkosten. Vor diesem Hintergrund wird deutlich, dass staatliche Maßnahmen, die den Wählerwillen unzulässig inhaltlich beeinflussen und daher die Freiheit der Wahl verletzen, häufig zugleich eine Verletzung der Gleichheit der Wahl bewirken.

j) Familien- oder Elternwahlrecht

Fall 3: Im Bundestag bestehen Überlegungen, ein Familien- oder Elternwahlrecht einzuführen, indem entweder die Eltern eine zusätzliche Stimme für jedes Kind erhalten oder die Eltern ihr Kind bei der Stimmabgabe vertreten, bis das Kind das erforderliche Wahlalter erreicht hat. Wäre das Vorhaben im Wege eines einfachen oder eines verfassungsändernden Gesetzes verfassungsgemäß umzusetzen?

Die Einführung eines Familien- oder Elternwahlrechts wird überwiegend als Verstoß gegen die Wahlrechtsgrundsätze der Gleichheit sowie der Unmittelbarkeit bzw. der Höchstpersönlichkeit der Wahl angesehen⁴⁸. Bei einem originären Elternwahlrecht werde die Gleichheit der Wahl in der Ausprägung des gleichen Zählwertes der Stimmen zu Lasten der Kinderlosen und zugunsten der Eltern, die im Ergebnis mehr Stimmrechte haben, verletzt. Bei einem Treuhand- oder Vertreterwahlrecht der Eltern für ihre Kinder werde der Grundsatz der Höchstpersönlichkeit der Wahlentscheidung verletzt. Zudem laufe auch das Vertretermodell im Ergebnis auf ein Pluralstimmrecht der Eltern hinaus und verstoße deshalb zugleich gegen den gleichen Zählwert der Stimmen.

Andere sind dagegen der Ansicht, dass zumindest das Stellvertretermodell im Wege der Verfassungsänderung eingeführt werden darf, weil die Wahlrechtsgrundsätze nicht verfassungsänderungsfest seien⁴⁹. Allerdings steht hinter der Zählwertgleichheit der Grundsatz der demokratischen Gleichheit aller Staatsbürger, der durch Art. 79 III GG geschützt ist. Zwar knüpft das Stimmrecht an die Tatsache der Existenz des Kindes als eines weiteren Staatsbürgers an. Die inhaltliche Wahlentscheidung wird aber auch bei der Vertretungslösung von den Eltern getroffen, nicht vom Kind. Deshalb steht auch das Vertreterwahlrecht im Widerspruch zum Grundsatz der demokratischen Gleichheit aller wahlberechtigten Staatsbürger.

⁴⁶ BVerfGE 12, 139, 142; 59, 119, 125 ff (= *Mutius*, JK 82, GG Art. 38 I 1/1).

⁴⁷ BVerfG NVwZ 2013, 1272ff zur Europawahl (= *Eifert*, JK 1/14, GG Art. 20 I, II/1).

⁴⁸ *Schreiber* DVBl 2004, 1341ff.; *Künast* FÜR 2008, 478ff; *Zypries* ZRP 2008, 271; *Baer* VVDStRL 68, 290, 309.

⁴⁹ *Peschel-Gutzeit* ZParl 1999, 556ff; *Reimer* ZParl 2004, 322ff; *Wernsmann* Der Staat 44, 43ff, 56f.

Ergebnis Fall 3: Ein Familien- oder Elternwahlrecht verstößt gegen die Gleichheit der Wahl und könnte wegen der demokratischen Gleichheit der Staatsbürger auch nicht im Wege einer Verfassungsänderung eingeführt werden.

VII. Geheimheit der Wahl

1. Schutzbereich

a) Grundsätze

Die Geheimheit der Wahl schützt die Verfügungshoheit des Wählers darüber, wie er wählen möchte oder gewählt hat. Die geheime Wahl umfasst die Stimmabgabe unter alleiniger Kenntnisnahmemöglichkeit des Wählers vom Inhalt seiner Wahlentscheidung, woraus der Grundsatz der höchstpersönlichen Ausübung des Wahlrechts folgt. Der Grundsatz der Geheimheit erfasst über den eigentlichen Vorgang der Stimmabgabe hinaus auch sämtliche Wahlvorbereitungen, die notwendig zur Verwirklichung des Wahlrechts gehören. Auch verpflichtet er den Staat dazu, die zum Schutz der Geheimheit erforderlichen Maßnahmen zu gewährleisten. Dabei können allerdings vor allem bei der Wahlvorbereitung auch geringere Anforderungen genügen.

b) Öffentlichkeit der Wahl

Die Geheimheit ist auf das Abstimmungsverhalten des Wählers bezogen. Im Übrigen ist für das staatliche Wahlverfahren der Grundsatz der demokratischen Öffentlichkeit zu beachten. Um den Verdacht von Manipulationen seitens der Wahlorgane oder Dritter auszuschließen, erfordert die demokratische Legitimität der Wahl die Öffentlichkeit des Wahlverfahrens als Regel. Alle wesentlichen Schritte der Wahl, zu denen insbesondere das Wahlvorschlagsverfahren, die Wahlhandlung und die Ermittlung des Wahlergebnisses gehören, müssen deshalb öffentlicher Überprüfbarkeit unterliegen, sofern nicht andere verfassungsrechtliche Belange eine Ausnahme rechtfertigen. Eine solche Ausnahme ist die geheime Stimmabgabe, die zum Schutz der Freiheit der Wahl gerechtfertigt ist.

Der Grundsatz der Öffentlichkeit der Wahl kann daher den Einsatz elektronischer Wahlgeräte begrenzen. Das BVerfG verlangt, dass beim Einsatz rechnergesteuerter Wahlgeräte wie bei der Urnenwahl zwingend die wesentlichen Schritte von Wahlhandlung und Ergebnisermittlung zuverlässig und ohne besondere Sachkenntnis überprüf-

werden können müssen⁵⁰. Der Wähler muss auch ohne nähere technische Kenntnisse nachvollziehen können, ob seine abgegebene Stimme als Grundlage für die Auszählung oder jedenfalls als Grundlage einer späteren Nachzählung unverfälscht erfasst wird. Möglich ist dies z.B. durch den Ausdruck eines für den jeweiligen Wähler sichtbaren Papierprotokolls der abgegebenen Stimme, die Kombination von Stimmzettelkennzeichnung und gleichzeitiger elektronischer Stimmabgabe mit einem »digitalen Wahlstift« oder durch Einsatz von Stimmzettel-Scannern. Vergleichbare Anforderungen sind an eine elektronische Stimmabgabe über das Internet zu stellen, bei der zudem Maßnahmen zur Sicherung der Freiheit und Geheimheit der Wahl besonders zu beachten sein werden.

2. Beeinträchtigungen der Geheimheit der Wahl

a) Grundsätze

Die Geheimheit der Wahl wird durch Maßnahmen beeinträchtigt, die auf die Offenbarung des Inhalts der Wahlentscheidung zielen. Beeinträchtigungen der Geheimheit der Wahl können vor allem damit legitimiert werden, dass sie der Verwirklichung anderer Wahlrechtsgrundsätze dienen.

b) Briefwahl

So können Beeinträchtigungen bei der Briefwahl sowie bei der Wahl mit Hilfe einer Vertrauensperson durch die Allgemeinheit der Wahl gerechtfertigt werden, soweit dadurch Personenkreisen die Stimmabgabe ermöglicht wird, die sonst an der Abgabe gehindert wären. Dabei ist der Gesetzgeber dazu verpflichtet, Missbräuche zu beseitigen, die das Wahlgeheimnis unnötig gefährden, und sind die Behörden gehalten, dafür zu sorgen, dass das Wahlgeheimnis und damit die Freiheit der Wahl gewährleistet bleiben⁵¹.

Gegen die Briefwahl mögliche Bedenken, die daraus folgen, dass bei der Briefwahl der Wahlberechtigte selbst für das Wahlgeheimnis und die Freiheit der Wahl Sorge tragen muss, überzeugen im Ergebnis nicht, da der Gesetzgeber die Briefwahl nicht unbeschränkt und unbedingt zugelassen hat, sondern den Stimmberechtigten verpflicht-

⁵⁰ BVerfGE 123, 39, 72ff (= *Schoch*, JK 10/09, GG, Art. 38 I 1/19).

⁵¹ BVerfGE 59, 119, 124, 127 (= *Mutius*, JK 82, GG Art. 38 I 1/1).

tet, den Stimmzettel selbst unbeobachtet zu kennzeichnen, in den Wahlumschlag zu legen und eidesstattlich zu versichern, dass er den Stimmzettel persönlich gekennzeichnet hat⁵². Nach diesen Grundsätzen kann auch die Wahl mit Hilfe einer Vertrauensperson, die den Stimmzettel inhaltlich gemäß dem Willen des Wahlberechtigten ausfüllt, zulässig sein, falls ohne Zuziehung einer Vertrauensperson der Wahlberechtigte nicht in der Lage ist, sein Wahlrecht auszuüben. Schließlich ist die Einschaltung einer Vertrauensperson auch bei der Briefwahl zulässig⁵³.

c) Sicherung ordnungsgemäßer Wahldurchführung

Die Geheimheit der Wahl kann durch Regelungen überlagert werden, die der Sicherung einer ordnungsgemäßen Durchführung der Wahl dienen. So dient die Überprüfung von Wahlvorschlägen hinsichtlich der Echtheit der Unterschriften und der Wahlberechtigung der Unterzeichner dem Schutz der Regelungen über Quoren und der damit verfolgten verfassungsrechtlichen Ziele. Die damit verbundene Offenlegung, welche politische Gruppierung vom Wähler unterstützt und daher voraussichtlich von ihm auch gewählt werden wird, geht nicht über das zur Erreichung des legitimen Ziels notwendige und unvermeidbare Maß hinaus.

d) Schutz gegen freiwillige Offenbarung der Wahlentscheidung

Die Geheimheit der Wahl richtet sich auch gegen Private, die durch ihr Verhalten eine Offenbarung der Wahlentscheidung bezwecken. Sie kann deren grundrechtlich geschützte Freiheit insbesondere dann zurückdrängen, wenn der Wähler zum anderen Privaten in einem beruflichen bzw. wirtschaftlichen Abhängigkeitsverhältnis steht. Die freiwillige Offenbarung des Inhaltes der Wahlentscheidung durch den Wähler selbst ist zwar grundsätzlich zulässig. Allerdings darf diese Freiheit aus hinreichenden Gründen eingeschränkt werden, insbesondere zu dem Zweck, dass andere Wähler in ihrer Wahlfreiheit nicht unzulässig beeinträchtigt werden. Dies kann z. B. drohen, wenn ein Teil der Wähler im unmittelbaren Umfeld des Wahlaktes geschlossen und demonstrativ seine/die Wahlentscheidung kundtut.

⁵² BVerfGE 21, 200, 205; 59, 119, 127 (= *Mutius*, JK 82, GG Art. 38 I 1/1). Ebenso für die Europawahl BVerfG NVwZ 2013, 1272ff (= *Eifert*, JK 1/14, GG Art. 20 I, II/1).

⁵³ BVerfGE 21, 200, 206f.

VIII. Europawahlen

1. Unionsrechtliche Vorgaben

Für die Wahlen zum Europäischen Parlament verlangt Art. 223 Abs. 1 AEUV nur allgemeine und unmittelbare Wahlen. Weitere Wahlrechtsgrundsätze werden im Primärrecht nicht festgeschrieben. Allerdings bestimmt Art. 1 III des Aktes zur Einführung allgemeiner unmittelbarer Wahlen der Abgeordneten des Europäischen Parlaments, dass die Wahl auch frei und geheim zu erfolgen hat. Zudem ist in Art. 6 I 2 des Aktes bestimmt, dass die Abgeordneten an Aufträge und Weisungen nicht gebunden sind. Einer umfassenden Wahlrechtsgleichheit im Sinne einer Erfolgswertgleichheit steht entgegen, dass nach Art. 14 Abs. 2 UAbs. 1 Satz 2 EUV die Bürger im Europäischen Parlament degressiv proportional vertreten sind, weshalb die Anzahl der in jedem Mitgliedstaat zu wählenden Abgeordneten nicht der Bevölkerungszahl bzw. Zahl der Wahlberechtigten des jeweiligen Mitgliedsstaates entspricht. Entsprechend sind die Abgeordneten nach Art. 14 Abs. 2 UAbs. 1 Satz 2 EUV Vertreter der Unionsbürger, werden aber jeweils in mitgliedstaatlichen Kontingenten gewählt. Von der Möglichkeit der Erarbeitung eines einheitlichen Wahlverfahrens für alle Mitgliedstaaten nach Art. 223 Abs. 1 AEUV ist bislang kein Gebrauch gemacht worden, weshalb in den Mitgliedstaaten nach dem dort jeweils für die Europawahl festgelegten System gewählt wird.

2. Vorgaben des deutschen Rechts

Die Einzelheiten sind für Deutschland im Europawahlgesetz (EuWahlG) und in der Europawahlordnung (EuWO) geregelt. Das EuWahlG sah dabei unter anderem eine 5%-Sperrklausel vor. Das BVerfG hat diese in einer früheren Entscheidung als verfassungsgemäß beurteilte Regelung⁵⁴ in einem Urteil vom November 2011 als Verstoß gegen die Grundsätze der Wahlrechtsgleichheit und Chancengleichheit der politischen Parteien bewertet⁵⁵. Dabei hat das Gericht den Grundsatz der formalen Wahlrechtsgleichheit über Art. 3 I GG auf die Wahl der deutschen Abgeordneten zum Europäischen Parlament im Prinzip übertragen. In der früheren Entscheidung sah das Gericht die Sperrklausel bei den Wahlen zum Europäischen Parlament in gedanklicher Parallele zur Bewertung von Sperrklauseln bei den Bundestagswahlen als gerechtfertigt an. Dagegen

⁵⁴ BVerfGE 51, 222ff (= *Erichsen*, JK 79, GG Art. 3 I/2).

⁵⁵ BVerfGE 129, 300ff (= *Ehlers*, JK 3/12, GG Art. 21/7).

wird sie in der jüngeren Entscheidung trotz des erheblichen Zuwachses von Funktionen und Befugnissen des Europäischen Parlaments vom Gericht verworfen, weil der mit der Sperrklausel verbundene Eingriff in die Wahlrechtsgleichheit nach Ansicht des Gerichts nicht zu rechtfertigen ist. Die Begründung führt dazu aus, dass das Europäische Parlament keine Unionsregierung wähle, die auf seine fortlaufende Unterstützung angewiesen sei. Ebenso wenig sei die Gesetzgebung der Union von einer gleichbleibenden Mehrheit im Europäischen Parlament abhängig, die von einer stabilen Koalition bestimmter Fraktionen gebildet würde und der eine Opposition gegenüberstehe. Zudem haben die Fraktionen des Europäischen Parlaments über die Zeit erhebliche Integrationskraft gezeigt. Insgesamt sei daher bei Wegfall der Klausel nur eine Erschwerung der Mehrheitsbildung zu erwarten, nicht aber die zur Rechtfertigung nötige absehbare Gefahr einer Funktionsbeeinträchtigung.

Die Entscheidung war im Senat umstritten; sie erging mit knapper Stimmenmehrheit und enthielt ein markantes Sondervotum der unterlegenen Richter, die kritisierten, dass der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers zu eng gezogen sei und eine mögliche Funktionsbeeinträchtigung des Europaparlaments trotz beträchtlicher Kompetenzzuwächse sowie einer deutlich gestiegenen politischen Bedeutung des Europaparlamentes in Kauf genommen werde⁵⁶. Auch in der Literatur wurde die Entscheidung angegriffen⁵⁷. Vor diesem Hintergrund entschied der Gesetzgeber sich dazu, eine 3%-Sperrklausel in das EuWG einzufügen. Das BVerfG verwarf diese Sperrklausel durch Urteil vom Februar 2014 gleichfalls als verfassungswidrig und legte im Rahmen der Urteilsbegründung dar, dass aus seiner Sicht zwischen dem Europäischen Parlament und dem Bundestag so wesentliche Unterschiede bestehen, dass derzeit Sperrklauseln bei Europawahlen grundsätzlich nicht zu rechtfertigen sind⁵⁸.

IX. Rechtsschutz

Art. 38 GG vermittelt den Wahlberechtigten sowie den gewählten Abgeordneten subjektive Rechte, die gemäß Art. 93 I Nr. 4a GG mit der Verfassungsbeschwerde durchgesetzt werden können. Allerdings ist die Bedeutung der Verfassungsbeschwerde zum Schutz der Rechte

aus Art. 38 GG geringer, als dies auf den ersten Blick scheint. Zum einen können Abgeordnete wegen Verletzung ihrer Statusrechte aus Art. 38 I 2 GG nach Ansicht des BVerfG nur dann die Verfassungsbeschwerde betreiben, wenn es an einem im Organstreitverfahren parteifähigen Gegner fehlt. Zum anderen ist der Rechtsschutz gegen Verletzung von Rechten der Wahlberechtigten aus Art. 38 I 1 GG nach Ansicht des BVerfG grundsätzlich dem Wahlprüfungsverfahren gemäß Art. 41 GG vorbehalten, soweit die Rechtsverletzung zu einem Wahlfehler führt, der sich unmittelbar auf das Wahlverfahren zur Bundestagswahl bezieht⁵⁹ – was regelmäßig der Fall ist, weshalb die Entscheidungspraxis zum Teil massiver Kritik unterliegt⁶⁰, die aber bislang keine gerichtliche Resonanz gefunden hat.

Immerhin hat der Gesetzgeber den Rechtsschutz in Wahlrechtsfragen partiell verbessert. Danach ist unter anderem die Wahlprüfungsbeschwerde eines Wahlberechtigten, dessen Einspruch von Bundestag verworfen wurde, nicht mehr davon abhängig, dass ihr mindestens einhundert Wahlberechtigte als Unterstützer beitreten. Auch wurde mit § 18 IVa BWahlG eine Nichtanerkennungsbeschwerde eingeführt, mit der die Zurückweisung eines Wahlvorschlags einer Partei oder sonstigen politischen Vereinigung durch den Bundeswahlausschuss nun bereits vor der Wahl durch eine spezielle Beschwerde zum Bundesverfassungsgericht insoweit angefochten werden kann, als das Wahlvorschlagsrecht der Partei oder sonstigen politischen Vereinigung verneint wurde.

Freilich bleibt zu beachten, dass gegen Normen und letztinstanzliche Wahlprüfungsentscheidungen, die Wahlen in den Ländern und Gemeinden betreffen, Verletzungen des subjektiven Wahlrechts aus Art. 38 GG nicht gerügt werden können, weil dem Beschwerdeführer in den Ländern und Kommunen dieses Recht nicht zusteht und weitere Beeinträchtigungen vor allem der Allgemeinheit und Gleichheit der Wahl in der jüngeren Entscheidungspraxis des BVerfG nicht über Art. 3 I GG aufgefangen werden. Der Grundsatz der Wahlrechtsgleichheit ist wegen des Zusammenhangs mit der prinzipiellen demokratischen Gleichheit der Staatsbürger als formale Gleichheit zu verstehen. Gegenüber dem allgemeinen Gleichheitssatz ist die Wahlgleichheit deshalb vorrangige und abschließende Sonderregelung, und es darf im Anwendungsbereich der Wahlgleichheit nicht auf den allgemeinen Gleichheitssatz

⁵⁶ BVerfGE 129, 300, 346ff (= Ehlers, JK 3/12, GG Art. 21/7).

⁵⁷ Grzeszick EuR 2012, 666ff; Schönberger JZ 2012, 80ff; Geerlings/Hamacher DÖV 2012, 671ff.

⁵⁸ BVerfG NVwZ 2014, 439ff (= Eifert, JK 7/14, GG Art. 21/9). Dazu kritisch Grzeszick NVwZ 2014, 537ff.

⁵⁹ BVerfGE 14, 154, 155; 74, 96, 101; EuGH NVwZ 1988, 817, 818.

⁶⁰ Lang Subjektiver Rechtsschutz im Wahlprüfungsverfahren, 1997, 137ff et passim.

zurückgegriffen werden. Art. 38 GG ist insoweit als abschließende Sonderregelung zu verstehen⁶¹. Der Verwaltungsrechtsweg ist aber zumindest eröffnet, soweit es um die Eintragung in Wählerverzeichnisse bei künftigen Wahlen geht⁶², sowie nach der Durchführung von Kommunal-

wahlen gegen Wahlprüfungsentscheidungen der Wahlbehörden⁶³.

61 BVerfGE 99, 1, 7 ff (= *Erichsen*, JK 99, GG Art. 3 I/29).

62 BVerwGE 51, 69, 71 ff.

63 BVerfGE 99, 1, 17 f (= *Erichsen*, JK 99, GG Art. 3 I/29).