

Dr. Björn Benken

Berlin

Tel.: 0531-3789500  
[info@wahlreform.de](mailto:info@wahlreform.de)

Herrn  
Richter des Bundesverfassungsgerichts  
Peter Müller  
Schlossbezirk 3  
76131 Karlsruhe

28. Mai 2021

### **Antwort auf Ihr Berichterstatter-Schreiben zu Az. 2 BvC 30/19**

Sehr geehrter Herr Bundesverfassungsrichter Müller,

hiermit bestätige ich den Erhalt Ihres Briefes vom 6. Mai 2021, der mir am 14. Mai 2021 zugestellt worden ist.

Gleichzeitig teile ich mit, dass ich meine Wahlprüfungsbeschwerde 2 BvC 30/19 weiterhin aufrechterhalten möchte. Das Verfahren soll fortgeführt werden, da ich den Wahleinspruch sowie die sich daran anschließende Wahlprüfungsbeschwerde auch nach der Lektüre Ihres Schreibens für weiterhin gerechtfertigt halte.

So kann ich z.B. Ihre Ansicht, ich sei nicht hinreichend auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eingegangen, nicht nachvollziehen. Ich habe vielmehr sowohl in meinem Wahleinspruch als auch in meiner Wahlprüfungsbeschwerde ausführlich dargelegt, in welcher Hinsicht die Gründe der Entscheidung 2 BvC 46/14 vom 19.09.2017 entweder auf das Wahlsystem der Dualwahl gar nicht übertragbar sind oder von falschen Annahmen ausgehen.

Auf Seite 2 Ihres Schreibens deuten Sie immerhin die theoretische Möglichkeit an, dass in einem Fall, in dem *„eine von der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts abweichende Beurteilung als geboten erachtet wird“*, das Gericht durch eine hinreichend substantiierte Begründung zu einer neuen Betrachtung der Sachlage bewegt werden könnte. Ich kann aber Ihrer Stellungnahme nicht entnehmen, dass Sie tatsächlich versucht hätten, die damalige BVerfG-Entscheidung im Lichte der von mir vorgetragenen Argumente erneut zu überprüfen.

Zu einem Teil scheinen mir die Schlussfolgerungen Ihres Schreibens auf Missverständnissen bei der Beurteilung des Wahlsystems der Dualwahl zu beruhen, auf die ich weiter unten etwas ausführlicher eingehen möchte. Es gibt jedoch einen

zentralen Punkt, an dem unsere verfassungsrechtlichen Einschätzungen bislang tatsächlich differieren – nämlich bei der Frage, ob ein Wahlsystem, bei dem nicht ausgeschlossen werden kann, dass sich die Zahl ungültiger Stimmen kausal aufgrund der Einführung dieses Wahlsystems erhöht, schon allein aufgrund dieser vagen Vermutung als zweifelsfrei gleich-geeignetes milderer Mittel ausgeschlossen werden kann. Sie bejahen diese Frage offenbar, ich verneine sie.

In Ihrem Schreiben formulieren Sie Ihre Zweifel wie folgt: *„Es dürfte bereits an einer hinreichenden Auseinandersetzung mit der jedenfalls nicht fernliegenden Annahme fehlen, dass eine Wahl mit gegebenenfalls unbeschränkter Kennzeichnungsmöglichkeit eigener Wahlpräferenzen die Stimmabgabe verkompliziere und fehleranfälliger mache.“*

Tatsächlich gehe ich sehr wohl auf ebendiese Thematik ein, indem ich beschreibe, wie die Stimmabgabe im Rahmen der Dualwahl konkret vonstattengehen würde. Ergänzend zu den Ausführungen in den bisherigen Schriftsätzen verweise ich hiermit auf die noch ausführlicheren Erläuterungen auf der Website <http://www.dualwahl.de/#praxis>. Zumindest für den Fall, dass nur eine einzige weitere Präferenz (z.B. eine Ziffer „2“ als optionale Ergänzung zu „X“ oder „1“) vergeben werden darf, komme ich zu dem Ergebnis, dass sich die Komplexität der Stimmabgabe *nicht* in einem Ausmaß erhöhen würde, welches einen nennenswerten Einfluss auf die Zahl der ungültigen Stimmen erwarten ließe.

Diese Einschätzung versuche ich durch empirische Studien so weit wie möglich zu untermauern. Da bisher noch nirgendwo ein Dualwahlsystem im Einsatz ist, müssen notgedrungen Untersuchungen ähnlicher Wahlverfahren im Ausland (vgl. Fußnote 5 meines Wahleinspruchs) oder Simulationsstudien (vgl. Fußnote 8 meiner Wahlprüfungsbeschwerde) herhalten, um Analogieschlüsse zu ziehen. Fraglich ist allerdings, welchen Stellenwert man empirischen Studien überhaupt zubilligen kann. Selbst wenn die nächste Bundestagswahl in Form einer Dualwahl stattfinden würde, wäre die anschließend gemessene Entwicklung der Zahl ungültiger Stimmen allein für sich genommen wenig aussagekräftig, weil ja nicht bekannt wäre, zu welchem Anteil die Änderung der Zahl der ungültigen Stimmen auf die Einführung des neuen Wahlsystems zurückzuführen wäre. Ohne Wissen um die kontrafaktische Entwicklung (d.h. ohne das Wissen, wie die Zahl der ungültigen Stimmen ausgefallen wäre, wenn weiterhin das bisherige Wahlsystem angewendet worden wäre) ließe sich die von Ihnen aufgeworfene Frage nicht hinreichend sauber klären.

Im Zweifel wird man also auf ausschließlich theoretische Überlegungen bzw. Plausibilitäts-Abschätzungen zurückgeworfen, um das Ausmaß der Fehleranfälligkeit eines Dualwahl-Systems zu beurteilen. Ausgangspunkt für derartige Überlegungen sollte § 39 Bundeswahlgesetz (BWahlG) sein, wo abschließend all jene Fälle beschrieben sind, die zur Ungültigkeit einer Stimme führen. Die in Absatz 1 Ziffer 1 und 3 genannten Punkte („Stimmzettel nicht amtlich hergestellt“ bzw. „Stimmzettel für einen anderen Wahlkreis gültig“) sind an dieser Stelle nicht relevant. Auch wenn einzelne Stimmzettel ohne Kennzeichnung (Ziffer 2) oder mit einem Zusatz oder Vorbehalt (Ziffer 5) abgegeben werden, dürfte dies allenfalls in seltenen Ausnahmefällen darauf zurückzuführen sein, dass sich Wähler/innen von der Komplexität des Wahlverfahrens überfordert gefühlt haben.

Als am ehesten zu erwartende Ausprägungsform einer ungültigen Stimme bei einem neuen Wahlsystem bleibt der in § 39 Abs. 1 Ziffer 4 BWahlG genannte Fall,

dass der abgegebene Stimmzettel den Willen der Wähler/innen nicht zweifelsfrei erkennen lässt. Hier muss man sich aber fragen, wie ein solcher Vorgang durch die Dualwahl rein praktisch ausgelöst werden kann – also wie es passieren könnte, dass die neu eingeführte Option einer erweiterten Stimmabgabe ceteris paribus Auswirkungen auf die Zahl der ungültigen Stimmen *im Hauptwahlgang* hat. Denn relevant wäre hier tatsächlich nur die Zahl der ungültigen Stimmen im Hauptwahlgang, weil nur in diesem Fall eine Vergleichbarkeit zum Status quo gegeben wäre. Dort, wo das neue Wahlsystem über Eigenschaften des bestehenden Wahlsystems hinausgeht, fehlt es an der Grundlage für die Aussage einer (nicht) gleichen Eignung.

Da auch im Dualwahlsystem die Kennzeichnung der am meisten präferierten Partei mittels eines Kreuzes als gültige Stimme zählt, wäre die potentiell kritischste Fehlerquelle beim Umstieg auf ein neues Wahlverfahren zuverlässig geschlossen. Denn jede Wählerin und jeder Wähler, die in dem neuen System ihre Stimme nach dem alten System abgeben, hätten nicht nur eine vollgültige Stimme abgegeben, sondern würden auch sonst keinerlei Schlechterstellung gegenüber dem Status quo erfahren. Die wohl einzige Möglichkeit, bei der ungültige Stimmen im Sinne von Ziffer 4 produziert werden könnten, bestünde darin, dass Wähler/innen beide Präferenzen in Form eines „X“ abgeben. Doch dass diese – letztlich unlogische und kontraintuitive – Form einer Stimmabgabe öfter als in sehr seltenen Einzelfällen auftritt, ist nicht zu erwarten. Zumindest ist dies dann nicht zu erwarten, wenn der Gesetzgeber Vorsorge trifft, dass durch die konkrete Gestaltung der Stimmzettel und durch eine begleitende Informationskampagne die Grundzüge des neuen Wahlverfahrens bekannt sind und dass den Wahlbeteiligten erfolgreich vermittelt wird, wie der Stimmzettel richtig auszufüllen ist.

Es reicht an dieser Stelle die Feststellung, dass der Gesetzgeber die Möglichkeit hat, die Einführung eines Dualwahlverfahrens so zu konzipieren, dass die Zahl der hierdurch verursachten ungültigen Stimmen auf eine vernachlässigbare Größe minimiert wird. Doch wie ich in meiner Wahlprüfungsbeschwerde auf Seite 5 f. dargelegt habe, zeigt der Gesetzgeber seit Jahrzehnten wenig Interesse daran, Stimmzettel und Wahlsystem so verständlich wie nur möglich auszugestalten. Er versäumt es bereits, durch eine getrennte Erfassung der Gründe ungültigen Wählens die Voraussetzungen zu schaffen, die Problematik der ungültigen Stimmen wissenschaftlich zu untersuchen und Verbesserungspotentiale auszuschöpfen. Diese Versäumnisse und das weitgehende Desinteresse am Ausmaß der ungültigen Stimmen muss sich der Gesetzgeber im Zweifel zurechnen lassen, wenn auf der anderen Seite ausgerechnet von der Dualwahl Nachweise verlangt werden, dass sie keine zusätzlichen ungültigen Stimmen erzeugt.

Es besteht Einigkeit, dass es *„grundsätzlich Sache des Gesetzgebers ist, im Rahmen des ihm nach Art. 38 Abs. 3 GG zugewiesenen Gestaltungsauftrags verfassungsrechtlich geschützte Rechtsgüter und die Wahlrechtsgrundsätze – auch in ihrem Verhältnis zueinander – zum Ausgleich zu bringen“*. Die Verwendung des Terminus „grundsätzlich“ impliziert aber auch, dass diese Aussage unter ganz bestimmten Bedingungen auch nicht gelten könnte. Ich kann aber bereits nicht erkennen, dass bzw. wo die Dualwahl andere Wahlrechtsgrundsätze oder andere verfassungsrechtlich geschützte Güter tangieren soll, und habe dies sowohl in meinem Wahleinspruch als auch in meiner Wahlprüfungsbeschwerde dargelegt.

Bei den drei Argumenten auf Seite 4 Ihres Schreibens handelt es sich nur bei oberflächlicher Betrachtung um einen Konflikt von Wahlrechtsgrundsätzen. So ist

z.B. das erste Argument allenfalls für die Ersatzstimme relevant, aber nicht für die Dualwahl – denn bei letzterer gibt es keine *„Ersetzung der Hauptstimme durch die Ersatzstimme“*.

Ihr zweites Argument besagt im Kern, dass es verfassungsrechtlich einen Unterschied darstellen würde, ob ein Wähler in zwei Wahlgängen zwei unterschiedliche Stimmen abgibt oder ob er *„nur eine Stimme [hat], die in zwei Wahlgängen gewertet wird“*. Ich hingegen kann einen solchen Unterschied bzw. dessen verfassungsrechtliche Relevanz nicht erkennen, denn de facto besitzen *alle* Wähler in beiden Wahlgängen der Dualwahl je eine Stimme. Dass die Stimme des Stichwahlgangs auf zwei unterschiedlichen Wegen (nämlich einmal als „Verdoppelung“ einer Stimmabgabe und einmal als Wertung einer abweichenden Zweitpräferenz) ermittelt wird, ist dabei unerheblich. Es gibt keinen Grund, denjenigen Wählern und Wählerinnen, die eine Partei bevorzugen, deren Wählerpotential oberhalb des Sperrquorums liegt, zwei verschiedenartige Stimmabgaben in den beiden Wahlgängen zu ermöglichen. Im Gegenteil: Wer im Stichwahlgang nicht für jene >5%-Partei votieren würde, die er bzw. sie im Hauptwahlgang gewählt hat, würde – aus welchen Motiven auch immer – eine Form des taktischen Wählens praktizieren. Die Tatsache, dass ein Dualwahlsystem derlei taktisches Wählen unterbindet, muss als ein Vorteil und nicht als ein Nachteil des Systems gesehen werden.

Drittens schreiben Sie, dass es bei der Dualwahl zu „eigenständigen“ Eingriffen in die Wahlgleichheit kommen dürfte. Offenbar beziehen Sie sich hier auf die Formulierung in der BVerfG-Entscheidung vom 19.09.2017, wonach es aufgrund der Ersatzstimme zu „neuen“ Eingriffen in die Wahlgleichheit käme. Diese Ansicht ist jedoch unzutreffend, denn kein einziger Wähler, der im Status-Quo-Wahlsystem im Hinblick auf die Wahlgleichheit *nicht* beeinträchtigt ist, würde im System der Eventualstimme oder Dualwahl einen Eingriff in seine Wahlgleichheit erleiden. Umgekehrt würde aber die Zahl derjenigen Wähler, deren Recht auf gleiche Wahl im Status Quo eingeschränkt ist, bei der Umstellung auf ein Ersatzstimmensystem – und erst recht bei der Umstellung auf eine Dualwahl – drastisch zurückgehen. Die Behauptung, dass Wähler, *„die mit ihrer ersten Stimme an der Sperrklausel gescheitert sind, [privilegiert sind] gegenüber anderen Wählern, die insgesamt an der Sperrklausel scheitern“*, trifft jedenfalls dann nicht zu, wenn jemand für den zweiten Wahlgang bewusst keine Präferenz abgegeben hat oder mit seiner Zweitpräferenz eine Partei gewählt hat, bei der schon vor der Wahl klar war, dass sie den Sprung in das Parlament nach menschlichem Ermessen nicht schaffen wird. Diesen Wählern muss bewusst gewesen sein, dass sie sich mit einem solchen Stimmverhalten dafür entschieden haben, am zweiten Wahlgang nicht teilzunehmen. Allenfalls könnte man einen Nachteil für jene Wähler erblicken, die in einem Dualwahlsystem, welches nur die Abgabe einer einzigen Zweitpräferenz zulässt, mit ebendieser Zweitpräferenz eine Partei gewählt haben, die es entgegen ihren Erwartungen ebenfalls nicht in das Parlament geschafft hat. Ein solches Ergebnis könnte man umgehen, indem man ein Dualwahlsystem einführt, welches die Abgabe *mehrerer* nachrangiger Präferenzen erlaubt. Im Übrigen ist zu konstatieren, dass die Wählergruppen, die nach Ihrer Ansicht bei der (normalen) Dualwahl diskriminiert würden, auch bereits im Status-Quo-Wahlsystem in exakt dem gleichen Umfang diskriminiert werden, während der ganz überwiegende Teil jener Wähler, die im Status-Quo-Wahlsystem diskriminiert werden, in einem Dualwahl-System von dieser Diskriminierung befreit wären.

Falls ich mit dieser Erwiderung Ihre im Schreiben vom 6. Mai 2021 geäußerten Bedenken nicht ausräumen kann, so bitte ich dennoch darum, eine (teilweise) Verwerfung meiner Wahlprüfungsbeschwerde zu kombinieren mit einem Auftrag an den Deutschen Bundestag, innerhalb einer angemessenen Frist eine Prüfung vorzunehmen, ob die im Bundeswahlgesetz enthaltene unkompensierte Sperrklausel mit ihren Auswirkungen auf die Wahlgleichheit und die Chancengleichheit der Parteien weiterhin verfassungsrechtlich zu rechtfertigen ist oder ob die Sperrklausel im Lichte neuerer wahlrechtlicher Innovationen (wie beispielsweise der Dualwahl) hinterfragt und ggf. geändert werden müsste. Eine solche Prüfpflicht obliegt dem Gesetzgeber ohnehin; kommt er trotz einer offensichtlichen Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse dieser Pflicht nicht nach, kann er vom Gericht hierzu explizit aufgefordert werden (vgl. das Urteil des Verfassungsgerichtshofs des Saarlands Lv 4/11 vom 29.9. 2011, S. 73 ff., online abrufbar unter: <http://verfassungsgerichtshof-saarland.de/verfghsaar/dboutput.php?id=261&download=1> ).

Ich würde mich freuen, wenn zumindest mein Antrag, dem Deutschen Bundestag einen Prüfauftrag mit dezidierten Fragestellungen zu erteilen, bei dem die Rechtfertigung der aktuell geltenden Sperrklausel unter besonderer Berücksichtigung möglicher milderer Mittel zu untersuchen wäre, bei Ihnen Gehör findet.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Björn Benken