

**Dr. Björn Benken**

D- Berlin

*info@wahlreform.de, Tel.: 0531-3789500*

An den  
Deutschen Bundestag  
Platz der Republik 1  
11011 Berlin

**Wahleinspruch  
gegen die Gültigkeit der Wahl zum Deutschen Bundestag  
am 24. September 2017**

Gemäß § 49 des Bundeswahlgesetzes (BWG) in Verbindung mit §§ 1 und 2 des Wahlprüfungsgesetzes (WahlPrG) sowie Art. 41 Abs. 1 des Grundgesetzes (GG) erhebe ich hiermit

**E I N S P R U C H**

gegen die Gültigkeit der Wahl zum 19. Deutschen Bundestag vom 24.09.2017

wegen dem in verfassungswidriger Weise erfolgten Eingriff in das Grundrecht auf Gleichheit der Wahl bzw. Chancengleichheit der Parteien nach Art. 3 und Art. 38 Abs. 1 GG und stelle den

**A N T R A G**

1. festzustellen, dass bei der Wahl zum 19. Deutschen Bundestag ein Wahlfehler von erheblichem Gewicht aufgetreten ist, weil das der Wahl zugrundeliegende Bundeswahlgesetz gegen das Grundgesetz verstößt,  
  
und infolgedessen
2. eine verfassungskonforme Neufassung des Bundeswahlgesetzes zu beschließen, die rechtzeitig zur kommenden Bundestagswahl in Kraft tritt.

## **I. Zulässigkeit des Einspruchs**

Der Einspruch ist zulässig. Bei der Bundestagswahl 2017 war ich - Dr. Björn Benken, geboren am [REDACTED] in Braunschweig, Staatsangehörigkeit deutsch, wohnhaft [REDACTED] Berlin - als Einspruchsführer wahlberechtigt im Sinne des § 12 Abs. 1 BWG. Ein Wahlrechtsausschluss nach § 13 BWG lag nicht vor. Die Einspruchsberechtigung nach § 2 Abs. 2 WahlPrG ist somit gegeben. Auch die weiteren Zulässigkeitsvoraussetzungen nach § 2 Abs. 3 und 4 WahlPrG sind aufgrund der fristgerechten schriftlichen Einreichung des Einspruchs gegeben.

## **II. Begründung des Einspruchs**

Die in § 6 Abs. 3 Bundeswahlgesetz verankerte Sperrklausel ist in dieser Form – d.h. ohne einen zusätzlichen, grundrechtswahrenden Kompensationsmechanismus – verfassungswidrig, weil ein Milderer Mittel zur Verfügung steht.

### **II.1. Zum verfassungsrechtlichen Konzept des Milderer Mittels**

Die Einschränkung von Grundrechten durch ein Gesetz ist nur in dem Umfang zulässig, wie dieser Eingriff tatsächlich erforderlich ist, um ein anderes, mindestens ebenso hochstehendes Verfassungsziel zu erreichen. Kann dieses Ziel genauso gut durch eine alternative Maßnahme erreicht werden, die mit geringeren Beschneidungen von Grundrechten einhergeht, so stellt die Alternativmaßnahme ein "Milderer Mittel" dar. Existiert zweifelsfrei ein Milderer Mittel, ist der Gesetzgeber verpflichtet, dieses Instrument anstelle der ursprünglichen, nun nicht mehr erforderlichen Lösung einzusetzen.

Dies ist gefestigte Meinung in der juristischen Literatur.<sup>1</sup> Auch das Bundesverfassungsgericht hat den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit immer wieder in seiner Rechtsprechung angewendet, wie beispielsweise in diesem Beschluss von 1994: "Ein grundrechtseinschränkendes Gesetz [muss] erforderlich sein [...]; es ist erforderlich, wenn der Gesetzgeber nicht ein anderes, gleich wirksames, aber das Grundrecht nicht oder weniger stark einschränkendes Mittel hätte wählen können." (BVerfGE 90, 145 [172 f.]).

Für den Bereich des Wahlrechts hat das Bundesverfassungsgericht die Relevanz des Milderer Mittels ebenfalls betont, wie z.B. aus folgendem Zitat ersichtlich ist: "Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts lässt die

---

<sup>1</sup> Vgl. z.B. Mike Wienbracke: "Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz", in: Zeitschrift für das Juristische Studium/ZJS, Heft 2/2013, S. 151.

vom egalitären Demokratieprinzip geprägte formale Wahlrechtsgleichheit ... Differenzierungen nur bei Rechtfertigung durch zwingende Gründe zu. [...] 'Zwingend' im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts können auch Gründe für eine Differenzierung sein, deren Zweck daran ausgerichtet ist, die staatspolitischen Ziele einer Parlamentswahl zu verfolgen oder Störungen des Staatslebens entgegenzuwirken. Durch die Verfolgung eines solchen Zwecks kann die Beeinträchtigung der formalen Wahlrechtsgleichheit aber nur insoweit gerechtfertigt werden, als die Differenzierung zur Erreichung des Zwecks erforderlich ist. [...] Ein zwingender Grund für eine Ungleichbehandlung von Wählerstimmen liegt daher nicht ... vor, wenn der Gesetzgeber seinen Zweck auch durch Maßnahmen verfolgen kann, die eine Differenzierung ohne Beeinträchtigung anderer von der Verfassung geschützter Belange vermeiden." (BVerfGE 95, 335 [376 f.]).

Laut der in Jahrzehnten gefestigten Rechtsprechung greifen die üblichen (d.h. unkompensierten) Sperrklauseln in die Erfolgswertgleichheit der Stimmen und damit die Gleichheit der Wahl ein. Der "zwingende Grund", der unkompensierte Sperrklauseln verfassungsrechtlich erst legitimiert, wird darin gesehen, dass (nur) durch sie ein Schutz vor Parteienzersplitterung und vor einer Funktionsunfähigkeit der Parlamente gewährleistet werden kann. Ein Milderer Mittel müsste also diesen Schutzzweck mindestens ebenso gut erfüllen bei gleichzeitig geringeren Eingriffen in Grundrechte.

## II.2. Die Dualwahl als Milderer Mittel

Die Dualwahl – auch "2in1-Wahl" genannt – ist eines jener Wahlverfahren, bei dem eine Sperrklausel um einen kompensierenden Mechanismus ergänzt wird, welcher die Gleichheit der Wahl verbessert bzw. vollständig wiederherstellt. Sie ist eng verwandt mit der Idee der Ersatzstimme, unterscheidet sich von dieser aber durch wichtige Nuancen.<sup>2</sup>

Die Stimmabgabe bei der Dualwahl<sup>3</sup> erfolgt mittels Rangfolge-Wahl. Die Wähler kennzeichnen die von ihnen am meisten bevorzugte Partei mit der Ziffer '1', alternativ auch mit dem bekannten Kreuz. Des Weiteren können sie – müssen aber nicht – zusätzliche Parteien mit aufsteigenden Ziffern ('2', '3' usw.) in der Rangfolge ihrer jeweiligen Präferenzen kennzeichnen.

---

<sup>2</sup> Zu den Unterschieden zwischen Dualwahl und Ersatzstimme siehe <http://sperrklauselsysteme.de/dualwahl.htm>. Die Verteilungsergebnisse sind bei beiden Systemen identisch, wenn im Ersatzstimmensystem keine mehrstufige, sondern eine nur einstufige Stimmenweitergabe erfolgt.

<sup>3</sup> Zu technischen Details der Stimmabgabe und Auszählung bei der Dualwahl/Ersatzstimme siehe z.B.: <http://www.wahleinspruch.de/#page=20>.

Bei der Dualwahl gibt es (zumindest gedanklich) zwei Wahlgänge: einen "Hauptwahlgang" und einen "Stichwahlgang", die beide in einer Stimmabgabe zusammengefasst werden. Im Hauptwahlgang wird ermittelt, welche Parteien eine Unterstützung von mindestens x Prozent der Wählerschaft besitzen. Nur diese Parteien qualifizieren sich für die Teilnahme am Stichwahlgang, durch welchen die Sitzverteilung im Parlament festgelegt wird.

Bei der Auszählung des Hauptwahlgangs werden ausschließlich die Erstpräferenzen der Wähler (also '1' bzw. 'X') ausgewertet, und es wird festgestellt, welche Parteien im Stichwahlgang vertreten sind. Dieselben Stimmzettel werden dann nochmals für die Auszählung des Stichwahlgangs herangezogen. In diesem Wahlgang zählt die Stimme für die Partei mit der höchsten Präferenz (d.h. dem niedrigsten Zahlenwert) auf dem Stimmzettel, wobei Präferenzen für Parteien, die nicht mehr im Stichwahlgang vertreten sind, unbeachtet bleiben.

In beiden Wahlgängen kommt *jeder* abgegebenen Stimme ein uneingeschränkter Erfolgswert zu. Im Hauptwahlgang fließt in die Ermittlung, welche Parteien die Qualifikation für den Stichwahlgang geschafft haben, jede Stimme mit genau dem gleichen Gewicht mit ein. Auch im Stichwahlgang kann jede abgegebene Stimme ihren vollen Erfolgswert entfalten, weil alle dort noch zur Wahl stehenden Parteien per Definition in das Parlament einziehen. Ist auf dem Stimmzettel keine Partei, die noch im Stichwahlgang vertreten ist, gekennzeichnet, so hat der/die betreffende Wähler(in) nicht am Stichwahlgang teilgenommen und dort keine Stimme abgegeben.

Das Ziel einer Sperrklausel, das Parlament vor einer zu großen Parteienzersplitterung zu schützen und die Handlungsfähigkeit der Regierung sicherzustellen, wird durch die Dualwahl genauso gut erreicht wie durch die aktuell geltende, unkompenzierte Sperrklausel, weil in beiden Fällen nur Parteien in das Parlament hineingelassen werden, die einen Rückhalt von mindestens x Prozent in der Bevölkerung haben. Die Dualwahl ist also in Hinsicht auf dieses Ziel ein gleichgeeignetes Mittel und kommt darüber hinaus – wie im vorangegangenen Absatz erläutert – ohne jede Eingriffe in die Gleichheit der Wahl aus. Somit erfüllt die Dualwahl voll und ganz die Definition eines Mildereren Mittels.

Das Bundesverfassungsgericht hat sich bislang noch nicht mit dem Instrument der Dualwahl auseinandergesetzt. Es wäre dazu allerdings verpflichtet gewesen, weil die Verfügbarkeit von Mildereren Mitteln *das* zentrale Argument des Wahleinspruchs des Verfassers vom 21. November 2013 bzw. der Wahlprüfungsbeschwerde vom 29. August 2014<sup>4</sup> gewesen ist. Der Zweite Senat hat laut Beschluss vom 22.06.2016 (2 BvC 48114) die Wahlprüfungsbeschwerde verworfen, ohne auf den diesbezüglichen Vortrag des Einspruchsführers einzugehen.

---

<sup>4</sup> <http://www.wahleinspruch.de> bzw. <http://www.wahlbeschwerde.de>.

Theoretisch ist zwar denkbar, dass die Richter sich dennoch mit der Dualwahl als eventuellem milderem Mittel beschäftigt haben und der Punkt lediglich im Schreiben des Berichterstatters vom 18.04.2016 keine Erwähnung gefunden hat; dies würde allerdings bedeuten, dass der Zweite Senat hier gegen die eindeutige Vorschrift des § 24 BVerfGG verstoßen hätte.

### **II.3. Die BVerfG-Entscheidung vom 19.09.2017 zur Eventualstimme**

Untersucht hat das Bundesverfassungsgericht hingegen mittlerweile die Frage, ob das nahe verwandte Instrument der Ersatzstimme/Eventualstimme (vgl. Fußnote 2) ein Mildereres Mittel darstellt. Das Gericht hat diese Frage – und somit auch eine Verpflichtung des Gesetzgebers zur Einführung eines solchen Wahlsystems – verneint, und zwar aus den nachfolgend zitierten Gründen:

- a) "Die Einführung einer Eventualstimme [würde] die Komplexität der Wahl erhöhen, so dass eine Zunahme von Wahlenthaltungen und ungültigen Stimmen nicht ausgeschlossen erscheint." (2 BvC 46/14, Rn. 81).
- b) "Die Eröffnung der Möglichkeit einer Eventualstimme [wäre] in relevantem Umfang mit Eingriffen in den Grundsatz der Wahlgleichheit ... verbunden. Dies gilt hinsichtlich der Erfolgswertgleichheit, falls sowohl die Haupt- als auch die Eventualstimme an Parteien vergeben werden, die jeweils die Sperrklausel nicht überwinden." (2 BvC 46/14, Rn. 81).
- c) "Daneben erscheint die Eröffnung der Möglichkeit einer Eventualstimme aber auch mit Blick auf die Zählwertgleichheit nicht unproblematisch: Während die Stimmen derjenigen, die eine Partei wählen, die die Sperrklausel überwindet, nur einmal gezählt werden, ist dies bei Stimmen, mit denen in erster Priorität eine Partei gewählt wird, die an der Sperrklausel scheitert, nicht der Fall. Vielmehr wären sowohl die Haupt- als auch die Eventualstimme gültig. Die Hauptstimme würde bei der Feststellung des Wahlergebnisses berücksichtigt, wäre im Rahmen der staatlichen Parteienfinanzierung relevant und bliebe lediglich bei der Mandatsverteilung ohne Erfolg. Daneben wäre auch die Eventualstimme eine gültige Stimme, die beim Wahlergebnis berücksichtigt und zusätzlich bei der Mandatsverteilung Relevanz entfalten würde." (2 BvC 46/14, Rn. 81).
- d) "Dabei kann dahinstehen, ob und inwieweit einem Eventualstimmrecht verfassungsrechtliche Bedenken unter den Gesichtspunkten der Unmittelbarkeit und Öffentlichkeit der Wahl sowie der Unvereinbarkeit eines bedingten Votums mit dem Demokratieprinzip entgegenstehen." (2 BvC 46/14, Rn. 80).  
"Mit Blick auf den Grundsatz der Unmittelbarkeit der Wahl kann die Eventualstimme Probleme aufwerfen, weil letztlich andere Wähler darüber entscheiden, für wen eine Stimme abgegeben wird." (2 BvC 46/14, Rn. 81).

e) "Vor diesem Hintergrund lässt sich aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit keine Pflicht zur Einführung eines Eventualstimmrechts ableiten. Angesichts der ambivalenten Wirkungen einer Verbesserung der Integrationsfunktion der Wahl einerseits und einer erhöhten Komplexität und Fehleranfälligkeit des Wahlvorgangs sowie der Herbeiführung neuer Eingriffe in die Gleichheit und Unmittelbarkeit der Wahl andererseits kann das Eventualstimmrecht nicht als zweifelsfrei 'gleich geeignetes, milderer Mittel' zur Erreichung des gesetzgeberischen Ziels der Erhaltung der Funktionsfähigkeit des Parlaments angesehen werden". (2 BvC 46/14, Rn. 82).

Die in der Entscheidung angeführten Gründe des Bundesverfassungsgerichts gegen eine verfassungsrechtliche Pflicht zur Einführung einer Ersatzstimme wurden hier vollständig wiedergegeben; lediglich die Reihenfolge wurde leicht umgestellt und es wurde auf die Wiedergabe juristischer Quellenangaben bzw. Verweise auf andere Entscheidungen verzichtet. Keines der Argumente (a) bis (e) kann mit Blick auf die Ersatzstimme und erst recht nicht in Bezug auf die Dualwahl überzeugen, wie im Folgenden gezeigt werden soll:

**zu a)** Die Zunahme von Wahlenthaltungen und ungültigen Stimmen wird lediglich vermutet, die Wortwahl der Richter ist hier extrem vage ("erscheint nicht ausgeschlossen"). Hier hätte das Gericht genauer prüfen müssen, wie plausibel die These tatsächlich ist, dass ein Wählen mittels Rangziffern komplizierter sei als ein Wählen mittels Ankreuzen. Ein direkter Vergleich zwischen beiden Stimmabgabe-Systemen wäre z.B. bei Europawahlen im Vereinigten Königreich möglich, weil in Nordirland die Abgeordneten mittels eines Rangfolgewahlverfahrens bestimmt werden, während in England, Schottland und Wales nach einem Verhältniswahlrecht gewählt wird. Die Zahl der ungültigen Stimmen lag im Durchschnitt der vergangenen drei Europawahlen (2004, 2009, 2014) in Nordirland bei 1,1 Prozent, im restlichen Vereinigten Königreich bei 0,7 Prozent, in Deutschland bei 2,2 Prozent und in Irland, wo ebenfalls nach einem Rangfolgewahlssystem gewählt wird, bei 2,8 Prozent.<sup>5</sup> Es erscheint nicht von vornherein klar, welche Schlüsse man aus dieser doch recht heterogenen Datengrundlage ziehen kann; auf jeden Fall müssten die Details der jeweiligen Wahlsysteme, die unterschiedlich hohen Wahlbeteiligungen (in Irland z.B. durchschnittlich 56,3 Prozent bei den letzten drei Europawahlen, in Deutschland nur

---

<sup>5</sup> Quelle: Eigene Berechnungen anhand des folgenden Datenmaterials:

<http://electionsireland.org/results/europe>

[http://europarl.europa.eu/unitedkingdom/en/your-meps/european\\_elections/previous\\_election\\_results/electionresults2009/](http://europarl.europa.eu/unitedkingdom/en/your-meps/european_elections/previous_election_results/electionresults2009/)

[https://en.wikipedia.org/wiki/European\\_Parliament\\_election,\\_2014\\_\(United\\_Kingdom\)](https://en.wikipedia.org/wiki/European_Parliament_election,_2014_(United_Kingdom))

<https://bundeswahlleiter.de/europawahlen/2014.html>

<https://bundeswahlleiter.de/europawahlen/2004.html>.

44,7 Prozent) und andere regionale Besonderheiten in die Analyse mit einbezogen werden. Wenn sich die These einer Zunahme ungültiger Stimmen überhaupt statistisch signifikant bestätigen lässt, so legen die obigen Daten doch zumindest den Eindruck nahe, dass bei einem Rangfolgewahlverfahren wie der Ersatzstimme das Ausmaß dieses Effekts nicht unvertretbar hoch ausfallen würde.<sup>6</sup>

**zu b)** Die Anmerkung des Gerichts, dass auch in einem Ersatzstimmensystem unter bestimmten Bedingungen die Gleichheit der Wahl beeinträchtigt sein könnte, ist zwar im Prinzip richtig - unzutreffend ist jedoch die an anderer Stelle des Beschlusses (Rn. 82) gewählte Formulierung, es handele sich hierbei um die "Herbeiführung *neuer* Eingriffe in die Gleichheit ... der Wahl".<sup>7</sup> Denn dieselben Eingriffe existieren auch im Status-quo-Wahlrecht; ihr Ausmaß würde durch ein Ersatzstimmensystem drastisch reduziert werden. Nur für jenen kleinen Anteil der Wähler, die entweder keine nachrangige Präferenz angegeben haben oder deren angegebene Präferenzen sämtlich am Sperrquorum scheitern, würde der im Status quo fehlende Erfolgswert der Stimme auch bei einer Ersatzstimme bestehen bleiben. Somit reduziert die Ersatzstimme in Wirklichkeit die bisherigen Eingriffe in die Gleichheit der Wahl deutlich, ohne an anderer Stelle neue Eingriffe in die Gleichheit zu produzieren.

**zu c)** Auch die vom Bundesverfassungsgericht vorgetragenen Bedenken, es könnte bei jenen Wählern, die von der Ersatzstimme Gebrauch machen, ein doppelter Zählwert vorliegen, ist bei genauerer Betrachtung nicht stichhaltig. Denn die Forderung nach einem gleichen Zählwert meint ja nur, dass keine Stimme bei der Erfassung mit mehrfachem Gewicht - oder umgekehrt: nur als Bruchteil - gezählt werden darf. Das Gericht selbst hat den Begriff der Zählwertgleichheit typischerweise wie folgt definiert: "Alle Wähler sollen mit der Stimme, die sie abgeben, den gleichen Einfluss auf das Wahlergebnis haben." (BVerfGE 129, 300 [318]). Wie oft der technische Vorgang des Auszählens auszuführen ist, ist hingegen für die Zählwertgleichheit nicht relevant. Wie der Name "Ersatzstimme" schon sagt, wird die zunächst ausgezählte Stimme ggf. durch eine Stimme mit einer anderen Parteipräferenz voll und ganz "ersetzt" - damit ist gewährleistet, dass die Stimme in keinem Fall mehr als einmal erfolgswirksam werden kann.

**zu b) und c)** Im Übrigen sei an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass die Kritik des Gerichts an (angeblich) neuen Ungleichheiten beim Erfolgswert bzw. Zählwert sich ausschließlich auf das Instrument der Eventualstimme/Ersatzstimme bezieht. Hätte man stattdessen die Dualwahl betrachtet, so wären diese Beden-

---

<sup>6</sup> Nicht zuletzt muss auch berücksichtigt werden, dass keines der erwähnten Wahlsysteme die Option einer Enthaltung bzw. Nein-Stimme kennt, so dass ungültige Stimmen in vielen Fällen gar nicht auf Unwissen oder Versehen aufgrund einer zu hohen Komplexität des Wahlvorgangs zurückzuführen sind, sondern von Wählern vielmehr bewusst eingesetzt werden, um eine Unzufriedenheit mit sämtlichen angebotenen Alternativen oder dem politischen System im Allgemeinen auszudrücken.

<sup>7</sup> Hervorhebung nicht im Originaltext.

ken gänzlich gegenstandslos gewesen, weil hier jeder Wähler per Definition zwei Stimmen hat (= gleicher Zählwert) und auch die Erfolgswertgleichheit bei der Dualwahl gewährleistet ist (vgl. oben Abschnitt II.2).

**zu d)** Auch hinsichtlich der Unmittelbarkeit der Wahl versäumt es das Bundesverfassungsgericht, die Situation eines Ersatzstimmensystems in Relation zum Status quo zu setzen. Tatsache ist, dass sich das Problem bei der geltenden unkompenzierten Sperrklausel als ungleich gravierender darstellt: Hier ist es nicht nur so, dass "letztlich andere Wähler darüber entscheiden, für wen eine Stimme abgegeben wird", sondern dass andere Wähler mit ihrem Stimmverhalten darüber entscheiden, **ob überhaupt** eine erfolgswirksame Stimme abgegeben wird. Ein "Ob" jedoch ist immer weitergehend als ein "Wie". Deshalb würde der Übergang zu einem Ersatzstimmensystem die Eingriffe in eine so definierte Unmittelbarkeit der Wahl nicht - wie vom Bundesverfassungsgericht angedeutet - vergrößern, sondern sie im Gegenteil verkleinern, so dass auch dieser Punkt untauglich ist, die Geeignetheit der Ersatzstimme als Milderer Mittel anzuzweifeln.

Im Übrigen wird in einigen Teilen der Welt (z.B. in Australien oder auch im EU-Mitgliedsstaat Irland) nach dem Prinzip des "Single Transferable Vote" gewählt; dieses System ist mit der Ersatzstimme insofern vergleichbar, dass hier ebenfalls mit Rangziffern statt Kreuzen gewählt wird und hier ebenfalls Stimmen von einer Partei auf eine andere Partei übertragen werden. Auch dieses Wahlsystem genügt selbstverständlich dem Kriterium einer unmittelbaren Wahl, weil die Stimmen direkt zur Berechnung der Abgeordnetensitze herangezogen werden und nicht etwa der Wahl eines Zwischengremiums dienen. In der Vergangenheit hat auch das Bundesverfassungsgericht den Wahlgrundsatz bislang immer in diesem Sinne definiert: "[D]em Grundsatz der unmittelbaren Wahl [ist] dann Genüge getan, wenn das Wahlverfahren so geregelt ist, dass jede abgegebene Stimme bestimmten oder bestimmbareren Wahlbewerbern zugerechnet werden muss, ohne dass erst nach der Stimmabgabe noch eine Zwischeninstanz nach ihrem Ermessen die Abgeordneten endgültig auswählt." (BVerfGE 7, 63 [68]). Selbst die Praxis starrer Parteilisten, bei denen die Wähler nicht oder allenfalls in einem sehr geringen Ausmaß beeinflussen können, welchen Listenbewerbern der Partei ihre Stimme letztendlich zugute kommt, sieht das Bundesverfassungsgericht als unbedenklich für die Unmittelbarkeit der Wahl an, weil das Wahlergebnis auch in einem solchen Fall allein von der im Wahlakt bekundeten Willensentscheidung abhängig bleibt (vgl. BVerfGE 47, 253 [281]).<sup>8</sup>

Im Übrigen gibt es mindestens eine Variante eines Sperrklauselsystems, welche erst gar keine Irritationen darüber entstehen ließe, ob die Unmittelbarkeit der Wahl beeinträchtigt sein könnte - nämlich die "echte" Stichwahl, wie man sie in

---

<sup>8</sup> Für weitere Erläuterungen zur Unmittelbarkeit der Wahl siehe auch den Wahleinspruch des Verfassers vom 21. November 2013, Seite 33 ff., <http://wahleinspruch.de/#page=33>.

Deutschland z.B. von der Direktwahl der Bürgermeister kennt. Dieses Wahlverfahren ist seit Jahrzehnten bewährt und seine Verfassungskonformität steht außer Frage. Während sich bei einer Personenwahl die beiden jeweils Bestplatzierten, von denen keiner im Hauptwahlgang die absolute Mehrheit erreicht hat, für die Stichwahl qualifizieren, würden sich in einem Verhältniswahlsystem all jene Parteien, die bei der Auszählung der Erstpräferenzen das Sperrquorum übersprungen haben, für den Stichwahlgang qualifizieren. Wer bei der Ersatzstimme bzw. Dualwahl die Einhaltung des Grundsatzes der Unmittelbarkeit der Wahl anzweifelt, müsste dann zumindest die echte Stichwahl in die Untersuchung potentieller Milderer Mittel mit einbeziehen.

**zu e)** Das Bundesverfassungsgericht schlussfolgert aus (a) bis (d), dass ein Ersatzstimmenwahlrecht nicht als zweifelsfrei gleich-geeignetes Milderer Mittel zur Erreichung des gesetzgeberischen Ziels der Erhaltung der Funktionsfähigkeit des Parlaments angesehen werden kann. Wie bezüglich (b), (c) und (d) nachgewiesen wurde, kann diese Diagnose jedoch nicht aus einer (stärkeren) Verletzung von Grundrechten hergeleitet werden. An keiner Stelle erzeugt ein Ersatzstimmenwahlrecht einen Eingriff in Grundrechte, welcher über die Eingriffsintensität des bestehenden Wahlsystems hinausgeht. Damit bliebe als einzig denkbare Fundierung für die vom Bundesverfassungsgericht gezogene Schlussfolgerung das Argument (a) bestehen. Wie in der Erwiderung zu (a) gezeigt wurde, ist aber bereits unklar, ob sich die These, die Einführung einer Ersatz- bzw. Dualstimme würde die Komplexität des Wahlverfahrens erhöhen und zu einer gestiegenen Zahl an Wahlenthaltungen oder ungültigen Stimmen führen, überhaupt wissenschaftlich verifizieren lässt.

Selbst wenn dies der Fall sein sollte, hat das Bundesverfassungsgericht hieraus dennoch die falschen Schlüsse gezogen. Denn das Kriterium der Gleich-Geeignetheit eines Milderer Mittels hat sich im Zweifel allein auf jenen "zwingenden Grund" zu beziehen, der die Eingriffe in Grundrechte bisher legitimiert hat. Hier ist festzustellen, dass unkompensierte und kompensierte Sperrklauseln bei unveränderter Höhe des Sperrquorums *dieselbe* Schutzwirkung bezüglich einer Parteienzersplitterung bzw. einer Funktionsunfähigkeit des Parlaments aufweisen. Die bloße Tatsache, dass das neue Wahlsystem sich in bestimmten Details und Auswirkungen vom bisherigen Wahlsystem unterscheidet, kann noch nicht dessen Geeignetheit als Milderer Mittel in Frage stellen. Denn *identisch* kann das Mildere Mittel gegenüber dem Status quo schon aus logischen Gründen nicht sein; beide müssen sich in irgendeiner Hinsicht voneinander unterscheiden.<sup>9</sup>

<sup>9</sup> Auch das Landesverfassungsgericht Schleswig-Holstein nimmt irrtümlicherweise an, ein behauptetes Milderer Mittel allein schon deshalb ablehnen zu können, weil damit eine Modifikation des herrschenden Wahlsystems verbunden wäre. (Im Wortlaut: "Die Einführung einer zweiten Listenstimme im Sinne einer Ersatz- bzw. Eventualstimme, die nur dann zu berücksichtigen wäre, wenn die mit der Hauptstimme gewählte Partei unter der 5%-Klausel bliebe .. ist kein gleich geeignetes milderes Mittel. Denn dieses Modell bedeutete eine Änderung des Konzepts des geltenden Wahlsystems der personalisierten Verhältniswahl durch Verstärkung der Erfolgchancen der großen Parteien." - Urteil vom 13.09.2013,

Somit ist eine Abwägung zu treffen, ob der jeweilige Unterschied zu tolerieren ist oder nicht. Während eine Vervielfachung der Anzahl ungültiger Stimmen sicherlich als kritisch anzusehen wäre, dürfte eine prognostizierte Erhöhung um nur wenige Zehntelprozentpunkte angesichts der deutlich verbesserten Grundrechte-Situation unerheblich sein. Mit ähnlicher Argumentation sollte auch z.B. der Umstand einer (leicht) verlängerten Auszählungsdauer hinter dem Ziel einer Wiederherstellung der Gleichheit der Wahl zurückzustehen haben.

Das Bundesverfassungsgericht ist sich der Notwendigkeit einer solchen Abwägung auch bewusst. Es schiebt diese Aufgabe allerdings pauschal dem Gesetzgeber zu, indem es in dem genannten Beschluss abschließend formuliert: "[Es ist] Aufgabe des Gesetzgebers, im Rahmen des ihm durch Art. 38 Abs. 3 GG zugewiesenen Gestaltungsauftrags verfassungsrechtlich geschützte Rechtsgüter und Wahlrechtsgrundsätze - auch im Verhältnis zueinander - zum Ausgleich zu bringen... . Dies gilt auch für die Abwägung zwischen den Belangen der Funktionsfähigkeit des Parlaments, dem Anliegen einer umfassenden Integrationswirkung und den Geboten der Wahlrechtsgleichheit sowie der Chancengleichheit der politischen Parteien... . Es wäre demgemäß Sache des Gesetzgebers, die mit einem Eventualstimmrecht verbundenen Vor- und Nachteile gegeneinander abzuwägen und auf dieser Grundlage über dessen Einführung zu entscheiden." (2 BvC 46/14, Rn. 82).

Diese Verschiebung in den alleinigen Ermessensspielraum des Gesetzgebers bedeutet eine Aufweichung des Konzepts des Mildereren Mittels. Wenn ein Gericht sich darauf beschränkt, jegliche (zwangsläufig existierenden) Unterschiede zwischen dem Status quo und einem Mildereren Mittel bereits als hinreichende Zweifel an der Geeignetheit dieses Mildereren Mittels zu akzeptieren, entzieht es damit Grundrechtsverletzungen letztlich einer verfassungsrechtlichen Kontrolle. Dies gilt vor allem im vorliegenden Fall, wo - wie oben gezeigt wurde - eben gerade nicht *gleichberechtigte* verfassungsrechtlich geschützte Rechtsgüter gegeneinander abzuwägen sind, sondern wo die Wiederherstellung verfassungsrechtlich geschützter Rechtsgüter lediglich mit kleinen, überwiegend technischen Veränderungen am Wahlsystem einhergehen würde.

Bei konsequenter Berücksichtigung früherer Entscheidungen müsste das Bundesverfassungsgericht den Ermessensspielraum des Gesetzgebers überall dort einer besonders strengen verfassungsrechtlichen Kontrolle unterstellen, wo Eigeninteressen der Parteien im Spiele sind: "Die im ...[P]arlament vertretenen Parteien könnten an der Fünf-Prozent-Sperrklausel festhalten, um die Konkurrenz durch kleinere Parteien und ... Wählergemeinschaften möglichst klein zu halten... . Aus

---

LVerfG 9/12, juris, Rn. 107). Die hier genannte Verstärkung der Erfolgchancen großer Parteien ist dabei eine bloße Vermutung, welche bei genauerer wissenschaftlicher Untersuchung nicht haltbar sein dürfte; vielmehr finden nach bisherigen Erkenntnissen systematische Begünstigungen oder Benachteiligungen bestimmter Parteien oder Parteiengruppen bei der Dualwahl bzw. Ersatzstimme nicht statt.

diesem Grund unterliegt auch die Ausgestaltung des Wahlrechts einer strikten verfassungsgerichtlichen Kontrolle. Der Gesetzgeber darf daher nicht frei darüber befinden, von welchem Wahrscheinlichkeitsgrad an er Funktionsstörungen in Betracht ziehen will. Andernfalls würde eine gerichtliche Kontrolle gesetzgeberischer Prognoseentscheidungen, einschließlich deren tatsächlicher Grundlagen, unmöglich gemacht." (BVerfG 2 BvK 1/07 vom 13.2.2008, Fn. 124). - Und weiter: "Wenn die öffentliche Gewalt in den Parteienwettbewerb in einer Weise eingreift, die die Chancen der politischen Parteien verändern kann, sind ihrem Ermessen ... besonders enge Grenzen gezogen (BVerfGE 85, 264 [297]). Eine strenge Prüfung ist insoweit auch deshalb erforderlich, weil mit Regelungen, die die Bedingungen der politischen Konkurrenz berühren, die jeweilige parlamentarische Mehrheit gewissermaßen in eigener Sache tätig wird" und "gerade bei der Wahlgesetzgebung die Gefahr besteht, dass die jeweilige Parlamentsmehrheit sich statt von gemeinwohlbezogenen Erwägungen vom Ziel des eigenen Machterhalts leiten lässt." (BVerfG 2 BvK 1/07 vom 13.2.2008, Rn. 103 und 124 bzw. BVerfG 2 BvC 4/10 vom 9.11.2011, Rn. 91).

#### **II.4. Die Prüf- und Abwägungspflichten des Gesetzgebers**

Unabhängig von der Frage einer übergeordneten verfassungsgerichtlichen Kontrolle gesetzgeberischer Akte befindet sich der Gesetzgeber in puncto Sperrklausel in einer ständigen Prüfpflicht. Das BVerfG-Urteil vom 13.02.2008 formuliert dies sehr eindeutig: "Der Gesetzgeber ist ... verpflichtet, eine die Wahlgleichheit und die Chancengleichheit berührende Norm des Wahlrechts zu überprüfen und gegebenenfalls zu ändern, wenn die verfassungsrechtliche Rechtfertigung dieser Norm durch neue Entwicklungen in Frage gestellt wird" (2 BvK 1/07, Rn. 110). Und an anderer Stelle: "Eine zunächst verfassungsrechtlich unbedenkliche Vorschrift kann infolge einer Änderung der tatsächlichen Verhältnisse verfassungswidrig werden ... Da aber übereilte gesetzliche Neuregelungen im Interesse der Rechtssicherheit vermieden werden müssen, ist der Gesetzgeber erst dann von Verfassungs wegen zum Handeln verpflichtet, wenn die gewandelte Sachlage für ihn hinreichend deutlich erkennbar hervortritt ... und eine angemessene Zeit zur Prüfung und Anpassung verstrichen ist." (BVerfGE 95, 335 [405]).

Wissenschaftliche Neuentwicklungen sind hinreichende Begründungen für eine gewandelte Sachlage, und die Ersatzstimme ist eine solche wissenschaftliche Neuerung. Zwar wurde das Konzept bereits in den 1970er und 80er Jahren von Politikern vorgeschlagen<sup>10</sup>, doch hat es danach mehrere Jahrzehnte gedauert, bis die Idee tatsächlich eine gewisse Bekanntheit erlangt hat. Erst in diesem Jahr-

---

<sup>10</sup> Entsprechende Passagen finden sich in Arbeiten von Werner Speckmann, Eckhard Jesse, Hans Meyer, Joachim Linck sowie ausführlich bei Ulrich Wenner ("Sperrklauseln im Wahlrecht der Bundesrepublik Deutschland", Frankfurt a.M. 1986, S. 412-416) und Ernst Becht ("Die 5%-Klausel im Wahlrecht · Garant für ein funktionierendes parlamentarisches Regierungssystem?", Stuttgart 1990).

zehnt entstanden rechtswissenschaftliche bzw. politikwissenschaftliche Publikationen, die sich ausschließlich dem Thema Ersatzstimme widmeten.<sup>11</sup> Die Dualwahl tauchte zum ersten Mal 2013 in einer Publikation auf. Auch im politischen Raum wurde das Ersatzstimmensystem erstmalig in diesem Jahrzehnt als realistische Alternative wahrgenommen, wie die Debatten in den Landtagen im Saarland und in Schleswig-Holstein zwischen 2012 und 2016 zeigten.

Wahleinsprüche bieten eine hervorragende Gelegenheit, das Wahlgesetz mal wieder auf den verfassungsrechtlichen Prüfstand zu stellen. Versäumt der Bundestag seine Prüfpflichten, kann ihm das Bundesverfassungsgericht einen entsprechenden Prüfauftrag erteilen. So geschah es z.B. im Saarland, wo der dortige Verfassungsgerichtshof dem Landtag den Auftrag erteilte, die fortdauernde Erforderlichkeit der Sperrklausel zu belegen. Der Prüfauftrag umfasste ausdrücklich auch die genaue Untersuchung der Ersatzstimme als potentiell Milderes Mittel (vgl. die Entscheidungen des Verfassungsgerichtshofs des Saarlands Lv 4/11 vom 29.9.2011, S. 73 ff., Lv 3/12 vom 22.3.2012 und Lv 12/12 vom 18.3.2013, S. 10).

## **II.5. Demokratiegewinne durch Dualwahl und Ersatzstimme**

Über seine rechtlichen Prüfpflichten hinaus sollte der Bundestag aber auch im Eigeninteresse eine Evaluation durchführen und ernsthaft untersuchen, ob die unkompensierte Sperrklausel noch zeitgemäß ist. Zugunsten der Ersatzstimme und der Dualwahl sprechen nämlich nicht nur verfassungsrechtliche Gründe, sondern auch eine ganze Reihe von politischen Gründen:

**A)** Kompensierte Sperrklauseln können garantieren, dass dasjenige politische Lager, welches die Mehrheit der Stimmen bekommen hat, auch die Mehrheit der Sitze und somit den Regierungsauftrag erhält. Dagegen erzeugt die herkömmliche Sperrklausel oft genug "falsche" Mehrheiten. Das jüngste Beispiel ist die niedersächsische Landtagswahl vom 15.10.2017. Das Wahlergebnis zeigt eine klare Stimmenmehrheit für das Lager links der Mitte, da SPD, Grüne und Linke zusammen auf 50,3 Prozent kamen. Doch da Die Linke an der Sperrklausel scheiterte, resultierte daraus keine entsprechende Sitzmehrheit. Den 45,7% für SPD und Grüne standen 47,3% für CDU, FDP und AfD entgegen. Auf die restlichen Parteien entfielen 7,0 Prozent (darunter Die Linke 4,6%, Tierschutzpartei 0,7%, Die PARTEI 0,6%, Freie Wähler 0,4%, Piraten 0,2%). Laut den Wählerwanderungs-Statistiken von infratest dimap hatte ein gutes Drittel der Linken-Wähler bei der Wahl 2013 entweder SPD oder Grüne gewählt. Hätten diese Wähler ihre Ersatzstimme der Partei ihrer damaligen Wahl zukommen

---

<sup>11</sup> Beispielhaft sei hier die Artikelreihe von Hermann K. Heußner in der LKRZ erwähnt ("Die 5%-Sperrklausel: Nur mit Hilfsstimme! - Zur Evaluation des Wahlrechts im Saarland und darüber hinaus", Zeitschrift für Landes- und Kommunalrecht, Ausgabe 1/2014, S. 7-12 und 2/2014, S. 52-57).

lassen, so hätte dies bereits ausgereicht, dass Rot-Grün mit dem Gegenlager gleichgezogen hätte. Hätten fernerhin die Stammwähler der Linken sowie Wähler der Tierschutzpartei, der Freien Wähler, der Piraten und Wähler von Der PARTEI ihre Ersatzstimme mehrheitlich für Rot-Grün statt für CDU, FDP oder AfD abgegeben, so hätte sich die Stimmenmehrheit des linken Lagers auch in einer deutlichen Sitzmehrheit widerspiegelt.

**B)** Kompensierte Sperrklauseln verringern die Anreize für taktisches Wählen. Auch hierfür kann Niedersachsen ein eindrucksvolles Beispiel liefern, diesmal in Bezug auf die Landtagswahl 2013. Laut einer repräsentativen Nachwahlbefragung der Forschungsgruppe Wahlen<sup>12</sup> stammten die FDP-Stimmen bei jener Landtagswahl zu 80 Prozent von CDU-Anhängern, die auf diese Weise den kleinen Koalitionspartner stützen und den Fortbestand der Koalition sichern wollten. Dieser Effekt entspricht 7,9 Prozentpunkten des FDP-Ergebnisses in Höhe von 9,9 Prozent. Aus Sicht der CDU, die in Niedersachsen 36,0 Prozent der Zweitstimmen erhalten hat, haben also im Durchschnitt 2 von 11 ihrer Wähler die Stimme an die FDP "verliehen". Ohne die erfolgreiche Leihstimmenkampagne der FDP, die teilweise von CDU-Politikern aktiv unterstützt worden war, hätte die CDU für die Dauer der 17. Legislaturperiode mindestens ein Dutzend mehr Landtagssitze innegehabt. In einem System mit kompensierter Sperrklausel machen Leihstimmenkampagnen wenig Sinn, weil die Stimmen des kleineren Wunschpartners einer möglichen Koalition auch dann nicht vollständig verloren gehen, wenn dieser an der Sperrhürde scheitert. Vielmehr kann dank der Ersatzstimme ein erheblicher Teil der früher "verschenkten" Stimmen gesichert werden zugunsten der großen Partei.

**C)** Kompensierte Sperrklauseln befördern Kooperationen zwischen großen und kleinen Parteien. Denn der Stimmen-Transfer funktioniert um so besser, je mehr die großen Parteien aktiv um die Ersatzstimme von Anhängern kleinerer Parteien werben. Da letztere plötzlich die Möglichkeit besitzen, neben ihrer bisherigen Parteipräferenz noch eine weitere Partei zu unterstützen, wird ihre "Marktposition" stark aufgewertet. Für die großen Parteien ist es sehr interessant, neue Wählerschichten an sich zu binden, zu denen sie bisher kaum Zugang hatten. Kleinparteianhänger wiederum treten dank des neuen Wahlsystems aus dem Schattendasein ihrer bisherigen Nichtbeachtung heraus und werden mit ihren politischen Wünschen und Forderungen erstmals wirklich wahrgenommen. Dieses "Geben und Nehmen" stärkt eines der Hauptziele einer Wahl, nämlich die "Sicherung des Charakters der Wahl als eines Integrationsvorgangs bei der politischen Willensbildung des Volkes" (BVerfGE 95, 408 [418]) und ist unter Demokratiegesichtspunkten als sehr positiv zu bewerten.

---

<sup>12</sup> Vgl. [http://www.forschungsgruppe.de/Wahlen/Wahlanalysen/News1\\_Nied\\_2013.pdf](http://www.forschungsgruppe.de/Wahlen/Wahlanalysen/News1_Nied_2013.pdf) mit N= 20.158 Wählern.

**D)** Kompensierte Sperrklauseln sorgen dafür, dass die abgegebenen Stimmen auch tatsächlich die wahren Präferenzen der Wähler widerspiegeln. Die in Abschnitt (B) geschilderten Leihstimmen-Effekte und andere Formen des taktischen Wählens werden unattraktiv. Stattdessen können alle Wähler die von ihnen tatsächlich bevorzugte Partei als Erstpräferenz angeben, ohne dabei die Sanktion einer "verschenkten Stimme" befürchten zu müssen. Systeme mit kompensierten Sperrklauseln liefern zudem nicht bloß unverzerrte Wahlergebnisse, sondern können auch aufschlussreiche Antworten auf die Frage geben, welche Koalitionen von den Wählern gewünscht werden.

**E)** Kompensierte Sperrklauseln können schließlich bei denjenigen Wählern, die bisher angesichts der Aussicht, ihre Stimme lediglich für den "Papierkorb" abzugeben, nicht zur Wahl gingen, eine höhere Motivation entstehen lassen, ihr staatsbürgerliches Recht doch wahrzunehmen. Wenn es keine unberücksichtigten Stimmen mehr gibt, wird sich die Wahlbeteiligungsquote tendenziell erhöhen.

Zusammengefasst lässt sich feststellen, dass kompensierte Sperrklauseln eine Vielzahl von politischen Vorteilen aufweisen. Der Deutsche Bundestag sollte es deshalb als lohnende Aufgabe begreifen, sich mit den innovativen wahlrechtlichen Ideen von Ersatzstimme und Dualwahl intensiver auseinanderzusetzen.

## II.6. Zur Frage der Mandatsrelevanz

Um die Gültigkeit einer Wahl erfolgreich anzufechten, genügt es nicht, einen Wahlfehler nachzuweisen. Vielmehr muss dieser Wahlfehler auch Auswirkungen auf die Sitzverteilung haben. Wo dies nicht zweifelsfrei nachweisbar ist, muss zumindest eine nach der allgemeinen Lebenserfahrung konkrete und nicht ganz fernliegende Möglichkeit hierfür gegeben sein (BVerfGE 89, 243 [254]; 89, 291 [304]).

Diese Anforderung ist in diesem Fall erfüllt. Denn an der Bundestagswahl 2017 haben 2.325.533 Wähler teilgenommen, deren Stimmen bei der Sitzverteilung nicht berücksichtigt worden sind. Sie verteilten sich - gemäß dem am 12. Oktober 2017 vom Bundeswahlausschuss festgestellten endgültigen Ergebnis der Wahl - wie folgt auf die verschiedenen Parteien:

<i>Partei</i>	<i>Stimmen</i>	<i>Prozent</i>
Freie Wähler	463.292	1,0 %
Die Partei	454.349	1,0 %
Tierschutzpartei	374.179	0,8 %
NPD	176.020	0,4 %
Piraten	173.476	0,4 %
ÖDP	144.809	0,3 %

Bündnis Grundeinkommen	97.539	0,2 %
V-Partei <sup>3</sup>	64.073	0,1 %
Deutsche Mitte	63.203	0,1 %
Demokratie in Bewegung	60.914	0,1 %
Bayernpartei	58.037	0,1 %
Allianz Deutscher Demokraten	41.251	0,1 %
Tierschutzallianz	32.221	0,1 %
MLPD	29.785	0,1 %
Partei für Gesundheitsforschung	23.404	0,1 %
Menschliche Welt	11.661	0,0 %
DKP	11.558	0,0 %
Die Grauen	10.009	0,0 %
Volksabstimmung - Ab jetzt...	9.631	0,0 %
Bürgerrechtsbewegung Solidarität	6.693	0,0 %
Partei der Humanisten	5.991	0,0 %
Magdeburger Gartenpartei	5.617	0,0 %
Die Urbane	3.032	0,0 %
Die Rechte	2.054	0,0 %
Sozialistische Gleichheitspartei	1.291	0,0 %
Bergpartei	911	0,0 %
Partei der Vernunft	533	0,0 %
Summe	2.325.533	5,0 %

Für viele dieser Wähler hätte in einem System mit Ersatzstimme bzw. Dualwahl ein Anreiz bestanden, neben ihrer Erstpräferenz (die im jetzigen System unberücksichtigt blieb, was in aller Regel auch schon im Vorhinein absehbar war) eine weitere Präferenz für eine im Bundestag vertretene Partei abzugeben. Es ist müßig zu spekulieren, ob diese Aussage z.B. auf 1,5 Millionen oder lediglich 600.000 Kleinparteienwähler (das wären umgerechnet durchschnittlich ca. 5.000 bzw. 2.000 Wähler pro Wahlkreis) zugetroffen hätte. In jedem Fall sind dies Zahlen, die in der Vergangenheit aller Erfahrung nach zu Auswirkungen bei der Sitzverteilung geführt hätten. So lag z.B. bei der Erststimme der Abstand zwischen Erst- und Zweitplatzierten 2017 in 15 Fällen bei weniger als 2.000 Stimmen; 2013 traf dies auf 18 Fälle zu und 2009 auf 20 Fälle. Teilweise haben nur wenige Dutzend Stimmen den Ausschlag gegeben.<sup>13</sup> Bei den Zweitstimmen ist der Nachweis, ab welchen Stimmenverschiebungen sich erstmals eine Mandatsrelevanz ergeben hätte, mathematisch anspruchsvoller zu führen; doch ist die

<sup>13</sup> Die knappsten Wahlkreisergebnisse bei den letzten Bundestagswahlen waren:

- 2017 ein Vorsprung von 428 Stimmen im Wahlkreis Ludwigshafen/Frankenthal
- 2013 ein Vorsprung von 53 Stimmen im Wahlkreis Märkischer Kreis II
- 2009 ein Vorsprung von 46 Stimmen im Wahlkreis Darmstadt
- 2005 ein Vorsprung von 79 Stimmen im Wahlkreis Odenwaldkreis.

Quelle: <http://www.bundeswahlleiter.de>: "Bundestagswahl" => "Ergebnisse" => "Weitere Ergebnisse" => PDF: "Abstände zwischen den Wahlkreissiegern und den Unterlegenen nach Differenzen".

Annahme plausibel, dass die Größenordnungen ungefähr der Situation bei den Erststimmen entsprechen. Angesichts des hohen Potentials an bisher unberücksichtigt gebliebenen Stimmen, welche bei Existenz eines kompensierten Sperrklauselsystems (Dualwahl oder Ersatzstimme) erneut verteilt worden wären, ist mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass sich in der Folge einer solchen Wahlrechtsänderung in mindestens einem Bundesland eine abweichende Sitzverteilung bei den Listenmandaten ergeben hätte.

## II.7. Ergebnis

Der Gesetzgeber ist verpflichtet, bei veränderten Rahmenbedingungen die anhaltende Erforderlichkeit der geltenden unkompensierten Sperrklausel nachzuweisen. Eine entsprechende Evaluation des Instruments der Dualwahl durch den Deutschen Bundestag steht jedoch bis heute aus.

Wie oben dargelegt stellt die Dualwahl ein Milderes Mittel gegenüber dem aktuell geltenden Wahlsystem einer unkompensierten Sperrklausel dar. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 19.09.2017 bezieht sich nicht auf die Dualwahl und kann schon allein deshalb nicht als verfassungsrechtlicher Prüfmaßstab gelten.

Das Bundeswahlgesetz in seiner geltenden Fassung ist verfassungswidrig, weil es eine unkompensierte Sperrklausel enthält, die die Erfolgswertgleichheit der Stimmen und die Chancengleichheit der Parteien in erheblicher Weise verletzt. Für eine verfassungskonforme Ausgestaltung des Bundeswahlgesetzes müsste die Sperrklausel um einen Mechanismus ergänzt werden, der die Eingriffe in die Gleichheit reduzieren bzw. eliminieren kann, ohne dabei andererseits die Schutzwirkung der Sperrklausel zu schwächen.

Der festgestellte Wahlfehler ist von ganz erheblichem Gewicht; seine Korrektur hätte mit Sicherheit zu einer abweichenden Zusammensetzung des Parlaments geführt. Deshalb ist - wenn schon aus pragmatischen Gründen die Wahl zum 19. Deutschen Bundestag nicht für nichtig erklärt und keine Wiederholung der Wahl angeordnet werden sollte - zumindest bis zur kommenden Bundestagswahl eine verfassungskonforme Neufassung des Bundeswahlgesetzes zu beschließen.

Berlin, den 21. November 2017

Dr. Björn Benken