

NA

Regierungspräsidium Chemnitz zu prüfen haben (vgl. § 121 I 1 Sächs-GO)⁶⁰.

VIII. Inakzeptabler behördlicher Umgang mit dem Rechtsstaat

Die rechtswidrige Ausbebelung des Ladenschlussgesetzes, insbesondere auch des mit ihm verbundenen Sonntagsschutzes (§ 3 I 1 Nr. 1 LSchlG), wie sie im Freistaat Sachsen im Herbst des Jahres 2002 bis weit in den Advent hinein in Chemnitz, Leipzig und andernorts mit staatsministerieller Billigung bzw. Duldung grassierte, offenbart abermals – kaum anders als schon im Jahre 1999⁶¹ – eine erschreckende Indolenz sächsischer Behörden gegenüber elementaren rechtsstaatlichen Prinzipien (Art. 20 III GG), die alle Ebenen des staatlichen Verwaltungsaufbaus einschließt. Das ursprüngliche Motiv, den Opfern der Flutkatastrophe vom August 2002 zu helfen, verkam mehr und mehr zur durchsichtigen Camouflage für – *de lege lata* ladenschlussrechtlich nicht legitimierte – rechtspolitische Ambitionen („Schluss mit dem Ladenschluss“) und ökonomische Partikularinteressen (gewinnmaximierender Tunnelblick auf die Adventssonntage als „umsatzstärkste Tage des Jahres“⁶²). Es mangelt(e) den Behörden nicht (nur) am rechtsstaatlichen Können, sondern nicht selten vor allem am rechtsstaatlichen Willen. Die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung stellte sich vielfach erst ein, nachdem man auf Grund von Richtersprüchen schlechterdings nicht mehr anders konnte, manchmal selbst dann nicht (sofort).

Da bleibt als Fazit: Es sind erneut gerade die *consules* gewesen, die durch ihr Verhalten die Akzeptanz des Rechtsstaates untergraben und so der *res publica* Schaden zugefügt haben. *Caveat civis!*

60) Vgl. den entsprechenden Hinweis des VG Chemnitz an das Regierungspräsidium Chemnitz; VG Chemnitz, Beschl. v. 11. 12. 2002 – 8 K 2003/02, Entscheidungsumdruck S. 5.

61) Vgl. schon Rozek, NJW 1999, 2929.

62) Vgl. VG Chemnitz, Beschl. v. 11. 12. 2002 – 8 K 2003/02, Entscheidungsumdruck S. 4.

Ministerialdirektor a. D. Professor Dr. Wolfgang Schreiber, Halle/Bonn

Nachwahl am Tag der Hauptwahl und sonstige wahlrechtliche Auffälligkeiten – Rechtliche Nachbetrachtungen zur Bundestagswahl 2002*

Die Bundestagswahl am 22. 9. 2002 hat in mehrfacher Hinsicht die Notwendigkeit gesetzlicher Änderungen im Bundeswahlrecht aufgezeigt. Die Problemstellungen werden nachstehend dargestellt und Vorschläge zur Novellierung des Bundeswahlgesetzes und der Bundeswahlordnung unterbreitet.

I. Einleitung

Die Grundlagen des Wahlrechts zum Deutschen Bundestag sind heute in Wissenschaft und Politik weitgehend unstrittig. Dennoch hat das geltende „dritte“ Bundeswahlgesetz (BWahlG) vom 7. 5. 1956¹ inzwischen 34 Änderungen erfahren², zuletzt durch Art. 1 des Post- und telekommunikations-

rechtlichen Bereinigungsgesetzes vom 7. 5. 2002³. Die Korrekturen gehen vornehmlich auf Erkenntnisse in der Wahlpraxis und in der Wissenschaft sowie auf Forderungen aus dem politischen Raum zurück, aber auch auf Entscheidungen des BVerfG im Rahmen von Wahlprüfungsverfahren und Organstreitigkeiten⁴. Die Vielfalt der Geschehensabläufe bei der Vorbereitung und Durchführung einer Wahl lässt es geradezu als zwangsläufig erscheinen, dass immer wieder neue verfassungsrechtliche, verfahrensrechtliche, organisatorische und technische Fragen entstehen oder, nicht selten, bereits erörterte Aspekte aus gegebenem Anlass („wenn das Kind in den Brunnen gefallen ist“) erneut zur Diskussion gestellt werden. Obwohl gerade in jüngerer Zeit mehrere Gesetzesänderungen vorgenommen wurden, sind noch zahlreiche „angemahnte“ Korrekturen des Wahlrechts offen⁵. Die Wahl zum 15. Deutschen Bundestag am 22. 9. 2002, gegen die rund 500 Wahleinsprüche gem. §§ 1, 2 Wahlprüfungsgesetz eingelegt worden sind⁶, hat zusätzliche Rechtsmängel und damit weiteren Reformbedarf aufgezeigt.

II. Nachwahl gem. § 43 I Nr. 2 BWahlG am Tag der Hauptwahl

Nach § 43 I Nr. 2 BWahlG findet eine Nachwahl statt, „wenn ein Wahlkreisbewerber nach der Zulassung des Kreiswahlvorschlages, aber noch vor der Wahl stirbt“. Die Nachwahl soll „spätestens sechs Wochen nach dem Tage der Hauptwahl stattfinden“ (§ 43 II 1 BWahlG). Bei der Bundestagswahl 2002 hat sich in zwei Wahlkreisen in Bayern und Baden-Württemberg eine derartige Nachwahlsituation ergeben: Im Wahlkreis 230 Passau und im Wahlkreis 295 Zollernalb-Sigmaringen. Als „Tag der Nachwahl“ zur Bundestagswahl in den beiden Wahlkreisen bestimmten die Landeswahlleiter übereinstimmend den 22. 9. 2002, also den Tag der Hauptwahl. Vorausgegangen war im Falle des Wahlkreises 295 die Absage der (Haupt-)Wahl durch den Kreiswahlleiter nach § 82 I 1 Bundeswahlordnung – BWahlO –⁷ (im Wahlkreis 230 erfolgte dies nicht), und – nachdem nach Aufforderung durch die Kreiswahlleiter (vgl. § 82 II BWahlO) jeweils neue (geänderte) Kreiswahlvorschläge der betroffenen Parteien PDS und CDU vorgelegt worden waren – die Zulassung der Ersatzvorschläge durch die zuständigen Kreiswahlausschüsse. Ihre Entscheidungen machten die Landeswahlleiter gem. § 82 VII i. V. mit § 86 I BWahlO öffentlich bekannt⁸. Sie begründeten sie damit, dass noch keine Stimmzettel ausgegeben und Wahlscheine erteilt worden seien, mithin keine Notwendigkeit bestehe, die Nachwahl auf einen gegenüber der Hauptwahl späteren Termin festzusetzen.

1. Die Entscheidungen sind vom Ergebnis her und rechtspolitisch zu begrüßen. Gleichzeitig sind jedoch kritische Anmerkungen veranlasst. Denn eine Wahl, die zum Termin der Hauptwahl stattfindet, kann schon begrifflich und vom ge-

* Der Autor ist Honorarprofessor für Öffentliches Recht an der Martin-Luther-Universität in Halle/Saale.

1) BGBl I, 383.

2) S. hierzu Schreiber, Hdb. des WahlR zum Dt. BT, Komm. zum BWahlG, 7. Aufl. (2002), Einf. Rdnn. 60.

3) BGBl I, 1529.

4) Vgl. Schreiber, DVBl 1999, 345.

5) Vgl. u. a. Schreiber, NVwZ 2002, 1 (6 ff.), und DVBl 1999, 345. S. auch jüngst v. Arnim, JZ 2002, 578 (insoweit a. A. Schreiber [o. Fußn. 2]), § 27 Rdnn. 13, 13 b) und ZRP 2002, 492.

6) Nach Auskunft des Sekretariats des Ausschusses für Wahlprüfung, Immunität und Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages beträgt die genaue Zahl der Einsprüche nach dem Stand vom 2. 1. 2003: 503.

7) I. d. F. v. 19. 4. 2002 (BGBl I, 1376), geändert durch Art. 2 des Gesetzes v. 27. 4. 2002 (BGBl I, 1467) und Verordnung v. 27. 8. 2002 (BGBl I, 3429).

8) Bay. StAnz Nr. 35 (Bekanntm. v. 23. 8. 2002) und StAnz für Bad.-Württ. Nr. 33 (Bekanntm. v. 17. 8. 2002).

setzgeberischen Grundgedanken her keine Nachwahl sein. Die Nachwahl ist kein Teil der Hauptwahl, sondern das Nachholen einer nicht termingemäß durchgeführten Wahl in einem begrenzten Teil des Wahlgebietes, nämlich in dem Gebiet, in dem sie ausgefallen ist. Die Nachwahlenordnungen bezüglich der beiden genannten Wahlkreise sind aber auch im Hinblick auf den Wortlaut des § 43 II 1 i. V. mit § 24 S. 3 BWahlG rechtlich nicht zweifelsfrei. Die Soll-Regelung ermächtigt nicht zur Festlegung eines Nachwahltermins auf den Tag der Hauptwahl, sondern nur zur Durchführung der Nachwahl innerhalb und – aus zwingendem Grund – ausnahmsweise auch außerhalb der 3- bzw. 6-Wochenfrist. Bei strenger Wortinterpretation gelangt man somit zu dem Ergebnis, dass in den beiden konkreten Fällen eine Nachwahl im eigentlichen Wortsinne hätte angeordnet werden müssen.

2. Die hier zu Tage getretene Verfahrensweise ist kein Novum in der Wahlpraxis. Bei Landtagswahlen (z. B. in Nordrhein-Westfalen und Thüringen) haben sich die zuständigen Wahlorgane schon mehrfach auf diese Handhabung verständigt. Für sie spricht die generelle Abneigung in der politisch interessierten Öffentlichkeit gegen eine Wahl, die nicht Hauptwahl ist. Dies hat sich insbesondere bei der Bundestagswahl 1965 gezeigt, bei der in zwei Wahlkreisen Nachwahlen erforderlich wurden⁹. Nachwahlen können nach Art eines Mitläufereffektes durch die Ergebnisse der Hauptwahl beeinflusst werden und deshalb zu einer Verfälschung des eigentlichen Wählerwillens führen. Die von der Nachwahl betroffenen Bürger vermögen in Kenntnis des Wahlausgangs der Hauptwahl durch taktisches Stimmabgabeverhalten – insbesondere bei knapper Wahlentscheidung – das Wahlergebnis gleichheitswidrig stärker zu beeinflussen als die übrige Wählerschaft und verletzen dadurch die in Art. 38 I 1 GG (§ 1 I 2 BWahlG) garantierte Erfolgchancengleichheit der Wählerstimmen in vermeidbarer Weise¹⁰. Hinzu kommen zahlreiche Rechtsprobleme im Zusammenhang mit der Ermittlung und Feststellung des Wahlergebnisses am Tag der Hauptwahl¹¹.

3. Da die pragmatischen Entscheidungen der Kreis- und Landeswahlleiter einerseits zu begrüßen sind, andererseits aber nicht zweifelsfrei ist, ob sie vom Gesetzeswortlaut gedeckt sind, sollte der Gesetzgeber eine klarstellende Regelung hinsichtlich der materiellen Voraussetzungen einer Nachwahl vornehmen. In Betracht käme eine Änderung im Sinne einer Verengung des Tatbestandes des § 43 I Nr. 2 BWahlG, welche die Situationen, wie sie gegeben waren, aufgreift und von der Nachwahlenordnung ausnimmt (etwa eine „es sei denn-Regelung“, welche auf die Benennung eines neuen Bewerbers, die Möglichkeit einer neuen Zulassungsentscheidung durch den Kreiswahlausschuss und die noch nicht erfolgte Wahlscheinerteilung und Stimmzettelausgabe abstellt).

4. Wünschenswert wäre, dass bei dieser Gelegenheit auch präzise Bestimmungen über die Ermittlung, Feststellung und Bekanntgabe des vorläufigen Wahlergebnisses der Hauptwahl in Fällen einer anstehenden Nachwahl¹² getroffen werden. Inwieweit die einleitend aufgezeigten unterschiedlichen Verfahrensweisen der Wahlorgane auf Landesebene Anlass bieten, die Nachwahlregelungen in der Bundeswahlordnung zu präzisieren, soll hier dahingestellt bleiben.

III. Sitzverteilung und „Bereinigung“ der Zweitstimmenzahl gem. § 6 I 2 BWahlG

Bei der Ermittlung und Feststellung des Wahlergebnisses durch die Landeswahlausschüsse und letztlich den Bundeswahlausschuss nach § 42 BWahlG ist bei der letzten Bundestagswahl im Zusammenhang mit der Regelung des § 6 I 2 BWahlG ein Problem zu Tage getreten, das einer näheren Betrachtung bedarf.

Im Rahmen der Verteilung der Sitze auf die Landeslisten der einzelnen politischen Parteien werden die für jede Liste abgegebenen gültigen Zweitstimmen zusammengezählt (§ 6 I 1 i. V. mit § 7 I, II BWahlG). Dabei werden, ohne dass diese Stimmen als ungültig zu bewerten sind, die Zweitstimmen derjenigen Wähler nicht berücksichtigt, die ihre Erststimme für einen im Wahlkreis erfolgreichen Bewerber abgegeben haben, der entweder als parteifreier Einzelbewerber oder Bewerber einer Wählergruppe (§§ 18 I, 20 III BWahlG) oder der für eine Partei, für die in dem betroffenen Land keine Landesliste zugelassen war, kandidiert hat (§ 6 I 2 BWahlG). Es handelt sich hier um zwei spezielle Formen des *Stimmensplittings*. Die Regelung bezweckt die Vermeidung eines doppelten Stimmerfolges von Wählern erfolgreicher Einzelkandidaten und dient damit der Verwirklichung des Prinzips der Wahl(rechts)gleichheit, wie es in Art. 38 I 1 GG (§ 1 I 2 BWahlG) normiert ist, oder mit den Worten des *BVerfG* in seiner Grundsatzentscheidung vom 10. 4. 1997 zur Überhangmandatsregelung des § 6 V BWahlG „wahrt gerade die Gleichheit der Erfolgchancen aller Stimmen“¹³. Sie beruht auf dem in § 1 I 2 BWahlG festgelegten Wahlsystem der personalisierten Verhältniswahl und ist die notwendige Folge des Anrechnungsprinzips, wie es in § 6 I 3, II, IV 1 BWahlG zum Ausdruck kommt). Da parteiunabhängige Einzelbewerber ebenso wie Wählergruppen keine Landeslisten einreichen können (vgl. § 27 I 1 BWahlG), fehlt bei Abgabe von Erst- und Zweitstimme die Möglichkeit, die in den Wahlkreisen erungenen Sitze mit Sitzen zu verrechnen, die für Landeslisten auf Grund der Zweitstimmen errechnet sind. Gleiches gilt für der zweiten Alternative zuzurechnende Wähler, die sonst mit ihren beiden Stimmen einen doppelten und damit gleichheitswidrigen Erfolg erzielen könnten: Mit ihrer Erststimme könnten sie erfolgreich einen Wahlkreisbewerber einer Partei wählen und mit ihrer Zweitstimme darüber hinaus einem Listenbewerber einer anderen Partei zu einem Mandat verhelfen. In beiden Fällen der Nichtberücksichtigung der Zweitstimmen spricht man von *bereinigten Zweitstimmen* oder, wie in der Bundeswahlordnung, von *bereinigten Zahlen* (vgl. §§ 77 II 1 Nr. 5 und IV i. V. mit Anlage 33 – unter 3 Fußn. 4 –, 78 II 1 Nr. 6). Die Zweitstimmen aller übrigen, ihre Stimmen „splittenden“ Wähler, selbst wenn sie mit ihrer Erststimme bereits bei der Wahl des Wahlkreisbewerbers erfolgreich waren, werden mitgezählt¹⁴.

1. Bei der Wahl zum 15. Deutschen Bundestag am 22. 9. 2002 hat sich in der Staatspraxis erstmals eine Konstellation ergeben, bei der über die bisherige Normierung hinaus ebenfalls eine *Stimmenbereinigung* nahe liegt. Die PDS konnte bei dieser Wahl keine der beiden Voraussetzungen des § 6 VI 1 BWahlG, die zur Berücksichtigung bei der Verteilung der Sitze auf die Landeslisten berechtigen, erfüllen: Sie ist mit 4% der gültigen Zweitstimmen im Wahlgebiet (Bundesgebiet: § 2 I BWahlG) an der 5%-*Sperrklausel* und mit nur zwei Wahlkreissitzen im Land Berlin (Wahlkreise 86 Berlin-Marzahn – Hellersdorf und 87 Berlin-Lichtenberg) auch an der *Grundmandatsklausel* von mindestens drei Wahlkreissitzen gescheitert. Für diesen Fall sieht das Bundeswahlgesetz kein dem § 6 I 2 BWahlG entsprechendes ausdrückliches Anrechnungsverbot vor, so dass – in einem Gegenschluss – die Zweitstimmen derjenigen Wähler, die in den genannten Wahlkreisen mit ihren Erststimmen die beiden erfolgreichen Wahlbewerberinnen der PDS und mit ihrer zweiten Stimme eine andere Partei gewählt haben (die auf die Landesliste der PDS entfallenen Zweitstimmen werden nach § 6 VI 1 i. V. mit § 6 II 2 BWahlG nicht mitgerechnet), bei der Verteilung der Sitze auf die Listenverbindungen und Landeslisten zu berücksichtigen sind. Hier stellt sich die Frage, ob diese Rechtslage mit dem Verfassungsgrundsatz der Wahlgleichheit

9) Vgl. *Benda*, Bulletin des Presse- und Informationsamtes der BRG, 1969, S. 997 f.

10) Näheres hierzu s. *Schreiber*, in: *Friauf/Höfling* (Hrsg.), *Berl.-Komm.-GG*, II, Stand: 2002, Art. 38 Rdnr. 80. ff.; *WahlprGer.* beim Hess. LT, Hess. StAnz 1995, S. 4018 (4029 f.); *VGH Kassel*, NVwZ 1995, 799.

11) Zu dieser Problematik s. *WahlprGer.* beim Hess. LT (o. Fußn. 10); *Schreiber* (o. Fußn. 2), § 43 Rdnr. 1.

12) S. insoweit auch *Schreiber* (o. Fußn. 2), § 43 Rdnr. 3 a. E.

13) *BVerfGE* 95, 335 (363) = NJW 1997, 1553.

14) Zur Zulässigkeit des *Stimmensplittings* s. *BVerfGE* 95, 335 (367) = NJW 1997, 1553.

vereinbar ist, oder ob die Wahlorgane und der Gesetzgeber nicht vielmehr gehalten sind, auch für diesen Fall durch analoge Anwendung des § 6 I 2 BWahlG bzw. durch Gesetzesergänzung eine Zweitstimmen-Bereinigung zur Geltung zu bringen.

2. Mit dieser Thematik hat sich bereits am 23. 11. 1988 der *Zweite Senat* des *BVerfG* in einem die Verfassungskonformität der Regelung des § 6 I 2 BWahlG bestätigenden Wahlprüfungsbeschluss befasst. Zum Abschluss der Entscheidung hat es dem Gesetzgeber – von einer *Gesetzeslücke* ausgehend – hinsichtlich der hier angesprochenen Fallgestaltung zu erwägen gegeben, „mit Blick auf die im Wahlrecht in besonderem Maße gebotene *Rechtsklarheit* § 6 I 1 BWahlG entsprechend zu *ergänzen*“¹⁵. Dem wohl als Appell zur Herstellung eines verfassungsgemäßen Zustandes zu verstehenden Hinweis ist der Gesetzgeber bislang nicht nachgekommen. Soweit ersichtlich, ist es zu keinem Zeitpunkt weder im Plenum noch in einem Ausschuss des Deutschen Bundestages zu Beratungen über die Frage einer „Nachbesserung“ gekommen. Nach der Wahl zum 15. Deutschen Bundestag hat nunmehr die CDU/CSU-Fraktion des Deutschen Bundestages die Problematik aufgegriffen und eine Überprüfung der geltenden Rechtslage in einem Wahlprüfungsverfahren zur Bundestagswahl 2002 (Art. 41 GG i. V. mit § 49 BWahlG, § 13 Nr. 3 und § 48 BVerfGG, §§ 1 ff. WahlprG) angekündigt¹⁶. Inzwischen sind unter Hinweis auf eine mögliche Mandatsrelevanz der nicht erfolgten Stimmenbereinigung und mögliche Auswirkungen auf die Position der stärksten Fraktion im Deutschen Bundestag fünf Wahleinsprüche durch Bürger beim Bundestag eingelegt worden¹⁷, mit dem Petition, die Feststellung des amtlichen endgültigen Wahlergebnisses der Bundestagswahl aufzuheben, eine erneute Auszählung der Stimmen in den Wahlkreisen 86 und 87 durch den zuständigen Wahlleiter vornehmen zu lassen und letztlich die Berichtigung des amtlichen Endergebnisses durch den Bundeswahlleiter zu veranlassen. Der mit der Problematik bereits im Rahmen der Feststellung des endgültigen Ergebnisses der Landeslistenwahl gem. § 42 II BWahlG befasste Bundeswahlausschuss hat am 9. 10. 2002 eine analoge Anwendung des § 6 I 2 BWahlG abgelehnt und die fraglichen Zweitstimmen in die Verteilungsrechnung einbezogen. Gleichzeitig hat er aber eine Novellierung des § 6 BWahlG zu erwägen gegeben¹⁸. Modellrechnungen des Bundeswahlleiters zur Ermittlung einer möglichen Mandatsrelevanz bei Nichtberücksichtigung der Zweitstimmen in den beiden Wahlkreisen kommen zu dem Ergebnis, dass sich keine Veränderungen bei der Mandatsverteilung ergeben¹⁹.

3. Der Bundeswahlausschuss hat im Hinblick auf das Schweigen des Bundeswahlgesetzes zur Frage der Nichtberücksichtigung von Zweitstimmen in dem hier aktuellen Sonderfall des § 6 IV 1 BWahlG im Wege eines *e contrario-Beschlusses* seinen Feststellungen nach § 42 II BWahlG zu Recht die geltende Fassung des § 6 I 2 BWahlG zu Grunde gelegt und von einer *analogen Anwendung* der Bestimmung Abstand genommen. Für die strikte Anwendung des Gesetzes spricht, dass sinngemäße Anwendungen von Normen im nach ständiger Rechtsprechung des *BVerfG* von großer Formstrenge geprägten Wahlrecht wesensfremd sind. Hinzu kommt die Tatsache, dass der Deutsche Bundestag als Adressat des gerichtlichen Hinweises, aus welchen Gründen auch immer, in 14 Jahren keinen Anlass gesehen hat, der – unmissverständlich, aber gleichzeitig vorsichtig formulierten – „Aufforderung“ des *BVerfG* nachzukommen, und auch die beiden anderen gem. Art. 76 I GG zur Gesetzesinitiative berechtigten Bundesorgane, Bundesregierung und Bundesrat, von ihrem Recht keinen Gebrauch gemacht haben. Eng damit verbunden ist die Erwägung, dass die Ausführungen des *BVerfG*, die eine dem § 6 I 2 BWahlG entsprechende Hand-

habung nahe legen (nicht anders können die Darlegungen zur Existenz einer, aus dem Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens abgeleiteten Gesetzeslücke und zur Ergänzung des Bundeswahlgesetzes aus Gründen der „Rechtsklarheit“ interpretiert werden), unter den gegebenen Umständen – trotz ihrer Ausführlichkeit – nur obiter dicta sind, die keine Bindungswirkung i. S. des § 31 I BVerfGG entfalten. Die einschlägigen Erkenntnisse gehören nicht denknotwendig zu den tragenden, konstitutiven Elementen der Begründung des konkreten Wahlprüfungsbeschlusses, der allein zur Verfassungsmäßigkeit der geltenden Regelung des § 6 I 2 BWahlG ergangen ist. Ferner kann angeführt werden, dass im Schrifttum²⁰ darauf hingewiesen wird, dass im Unterschied zu den beiden normierten Fällen der Zweitstimmenbereinigung, bei denen keine dem Wahlkreisbewerber „entsprechende“ Landeslisten zur Wahl gestellt sind, hier derartige Landeswahlvorschläge vorliegen und die mögliche doppelte Erfolgchance von Wählern, die mit ihrer Zweitstimme Landeslisten von Parteien gewählt haben, die an der Sitzverteilung teilnehmen, hier deshalb von der Struktur her *nicht zwangsläufig* ist. Mit der Abgabe der Zweitstimme ist – im Unterschied zu den beiden gesetzlich geregelten Fällen – hier nicht notwendigerweise ein Stimmensplitting verbunden. Schließlich kann argumentiert werden, dass der Wähler hier, im Gegensatz zu den beiden anderen Fallgestaltungen, *nicht von vornherein weiß*, dass er bei der Wahl einer anderen an der Sitzverteilung teilnehmenden Landesliste einen Doppelerfolg bei der Stimmabgabe erzielen kann. Dies lässt sich letztlich erst aus dem Gesamtverhalten der Wähler im Wahlgebiet (5%-Klausel) oder in drei Wahlkreisen (Grundmandatsklausel) beurteilen. Auf die „voraus berechenbare Chance“ stellt auch der *Zweite Senat* des *BVerfG* in seiner die Verfassungskonformität des § 6 I 2 BWahlG nochmals feststellenden Grundsatzentscheidung vom 10. 4. 1997²¹ im Zusammenhang mit der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Überhangmandaten ab, ohne allerdings auf die „Anmahnung“ vom 23. 11. 1988 zurückzukommen. Schließlich ist der Ausnahmecharakter der Regelung des § 6 VI BWahlG zu beachten²².

4. Erscheint sonach eine Gesetzesänderung *verfassungsrechtlich nicht zwingend*, sollte der Gesetzgeber dennoch im Hinblick auf das durch besonders strenge Formalisierung geprägte Verfassungsprinzip der Wahlrechtsgleichheit i. S. des Art. 38 I 1 GG (§ 1 I 2 BWahlG)²³ den Appell des *BVerfG* aufgreifen und – nicht zuletzt aus Gründen der im Wahlrecht in besonderem Maße gebotenen Rechtsklarheit – für die Zukunft den hier in Rede stehenden Sperrklauselfall mit den in § 6 I 2 BWahlG ausdrücklich genannten Fällen gleichsetzen. Damit würde eine *Gleichbehandlung aller Split-*

15) *BVerfGE* 79, 161 (168) = NJW 1989, 1347. Zu § 6 I 2 BWahlG s. auch *BVerfGE* 5, 77 (82 f.) = NJW 1956, 1065; *BVerfGE* 7, 63 (73 f.) = NJW 1957, 1313; *BVerfGE* 95, 335 (363) = NJW 1997, 1553; *BVerfGE* 97, 317 (325, 330) = NJW 1998, 2892 = NVwZ 1998, 1060 L.

16) S. u. a. Die Welt v. 9. 10. 2002; General-Anzeiger Bonn v. 12. 10. 2002.

17) Auskunft des Sekretariats des Ausschusses für Wahlprüfung, Immunität und Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages.

18) Niederschrift über die 3. Sitzung des Bundeswahlausschusses am 9. 10. 2002, S. 6.

19) Auskunft des Bundeswahlleiters.

20) Vgl. Schreiber (o. Fußn. 2), § 6 Rdnr. 4 unter 2.1. Für analoge Anwendung Roth, in: *Umbach/Clemens*, GG, II, 2002, Art. 38 Rdnr. 97.

21) *BVerfGE* 95, 335 (362 f.) = NJW 1997, 1553. Vgl. ferner *BVerfGE* 97, 317 (325, 330) = NJW 1998, 2892 L = NVwZ 1998, 1060 L.

22) Vgl. Schreiber (o. Fußn. 2), § 6 Rdnr. 4 unter 2.1.; so auch Boettcher/Högner, *BWahlG/BWahlO*, 14./15. Aufl. (1994/1998), § 6 Rdnr. 7.

23) Hierzu näher Schreiber (o. Fußn. 2), § 1 Rdnr. 20; ders., in: *Friau/Höfling* (Hrsg.) (o. Fußn. 10), Art. 38 GG Rdnr. 80 ff.

ting-Sonderfälle erzielt, ein Ergebnis, das verfassungsnäher und verfassungs- und rechtspolitisch überzeugender als die geltende Rechtslage erscheint. Der aus dem Gebot der Wahlrechtsgleichheit folgende Grundsatz der Erfolgswertgleichheit der Wählerstimmen fordert allgemein, jedem Wähler die gleiche rechtliche Möglichkeit der Einflussnahme auf die Sitzzuteilung zu geben. Jede Wählerstimme muss den gleichen Zählwert und jeder Wähler die gleiche rechtliche Chance haben, auf das Wahlergebnis Einfluss zu nehmen²⁴. Dabei ist die Erfolgchancengleichheit der Wähler über die Erst- und die Zweitstimme als spezifischer Ausprägung der Wahlrechtsgleichheit unter dem Verhältniswahlssystem des Bundeswahlgesetzes so weit sicherzustellen, wie das Wahlsystem es zulässt. Da die Regelungen des § 6 I 2 BWahlG ihre Grundlage im Wahlsystem des Bundeswahlgesetzes der personalisierten Verhältniswahl haben und bei Stimmensplitting sich das Stimmengewicht generell dann erhöht, wenn ein bei der Direktwahl im Wahlkreis mit der Erststimme gewonnener Sitz nicht auf Sitze angerechnet wird, die auf Grund der Zweitstimmenwahl nach Landeslisten errechnet sind, sollte zur Gewährleistung einer möglichst optimalen rechtlichen Erfolgchancengleichheit aller Stimmen „splittender“ Wähler und einer konsequenten Ausgestaltung des Anrechnungsmodus auch in den Fällen, in denen eine Partei unter die Vorschrift des § 6 VI 1 BWahlG fällt, aber andererseits ein oder zwei Wahlkreissitze errungen hat, ausdrücklich gesetzlich eine Bereinigung der Zweitstimmenzahl angeordnet werden. Eine dahin gehende Regelung läge im Rahmen der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers und wäre mit den Strukturen des Wahlsystems des Bundeswahlgesetzes vereinbar. In allen Ausschlussfällen kommt den für den Erwerb der Direktmandate maßgebenden Erststimmen gleichermaßen Einfluss auf die personelle und parteipolitische Zusammensetzung des Parlaments zu.

Gründe, die sachlich zwingend eine differenzierte rechtliche Betrachtung der erörterten Sachverhalte und damit eine Beibehaltung des bisher auf zwei – in der Staatspraxis belanglose – Sonderfälle des Stimmensplittings beschränkten Anrechnungsverbot fordern, sind nicht ersichtlich. Die Tatsache, dass bezüglich der hier diskutierten Fallgestaltung nicht eine ex ante Betrachtung im Sinne der Entscheidung des BVerfG vom 10. 4. 1997 geschieht, sondern im Hinblick darauf, dass die Problemstellung erst nach der Auszählung der Stimmen und nach Feststellung des Wahlergebnisses erkennbar und dann eine neuerliche Auszählung notwendig wird (die dazu führt, dass die „gesplitteten“ Stimmen vom festgestellten Wahlergebnis abzuziehen sind), eine ex post Argumentation erfolgt, steht einer Gesetzesergänzung, wie sie zur Verhinderung eines doppelten Erfolgswertes der Erst- und Zweitstimmen vorgeschlagen wird, nicht entgegen. Eine zweite Stimmauszählung ist zwar aufwändig, aber andererseits durchaus leistbar.

Bei Abwägung aller Gesichtspunkte erscheint eine Ausweitung der Ausnahmeregelungen des § 6 I 2 BWahlG um die vorstehend erörterte weitere Stimmensplitting-Variante sachgerecht, sinnvoll und rechtlich möglich. In Betracht kommt – mit Wirkung für die nächste Wahlperiode – entweder eine Ergänzung des Wortlauts der Vorschrift oder die Einfügung eines neuen Satzes. Eine Gesetzeskorrektur mit einer Ausweitung des Zweitstimmen-Bereinigungsgebotes auf alle Fälle des Stimmensplittings, in denen der Wähler bereits mit der Erststimme den erfolgreichen Wahlbewerber unterstützt hat²⁵, mithin im Sinne einer Erhebung der Bestimmung zu einer allgemeinen Anrechnungsverbotnorm, ist angesichts der prinzipiellen Zulässigkeit des – „durch den im Demokratieprinzip wurzelnden Repräsentationsgedanken“²⁶ gerechtfertigten – Stimmensplittings verfassungsrechtlich nicht geboten.

5. Im Zusammenhang mit dieser Gesetzesänderung wird der Gesetzgeber zu prüfen haben, ob aus Gründen der Wahlrechtsgleichheit darüber hinaus eine Ergänzung des § 6 I 2 BWahlG dahin gehend veranlasst ist, dass die Zweitstimmen von Wählern, deren Erststimmen durch die Wahl eines parteigebundenen Wahlkreisbewerbers zum Entstehen von Überhangmandaten gem. § 6 V BWahlG beigetragen haben, bei der Berechnung des Sitzanteils einer anderen Partei, deren Landesliste sie mit der Zweitstimme gewählt haben, nicht zu berücksichtigen sind. Diese in der Literatur erhobene Forderung²⁷ erscheint indessen weder unter verfassungsrechtlichen noch unter rechtspolitischen Gesichtspunkten überzeugend²⁸.

IV. Sitznachfolge bei Grundmandaten i. S. des § 6 VI 1 BWahlG

Mit der unter III erörterten Thematik ist die weitere Frage verbunden, welche Rechtsfolge in einem derartigen Fall eintritt, wenn der (oder die beiden) Mandatsinhaber im Verlauf der Legislaturperiode stirbt oder sonst nachträglich aus dem Bundestag ausscheidet (etwa durch Mandatsverzicht gem. § 46 I 1 Nr. 4 i. V. mit § 47 I Nr. 4 BWahlG). Während die Mandatsnachfolge in den Fällen, in denen eine unter der 5%-Sperrklausel gebliebene Partei drei Direktmandate erlangt hat und damit gem. § 6 VI 1 BWahlG an der Zuteilung der Sitze auf die Landeslisten teilnimmt, in § 48 I 1 BWahlG im Sinne einer Ersatzberufung aus der betroffenen Liste geregelt ist, hat der Gesetzgeber für die hier angesprochene Fallgestaltung mit einem Direktmandat oder zwei Direktmandaten in der die Nachfolge aus dem Bundestag ausgeschiedener Abgeordneter regelnden Vorschrift des § 48 I und II BWahlG keine ausdrückliche Normierung getroffen. In der Literatur findet sich keine Stellungnahme zu dieser Sonderkonstellation der Mandatsnachfolge. Wahlpraxis und Rechtsprechung hatten bisher keinen Anlass zu einer Äußerung.

1. Nachdem gesetzlich nicht vorgesehen ist, dass für Wahlkreisbewerber Ersatzkandidaten aufzustellen sind, die am Wahltag mit Abgabe der Erststimme mitgewählt werden, um im Falle späteren Ausscheidens des erfolgreichen Wahlkreis-kandidaten an seine Stelle zu treten²⁹, liegt die Anwendung des § 48 I 1 BWahlG nahe und damit die Nachbesetzung aus der Landesliste derjenigen Partei, für die der Ausgeschiedene bei der Wahl aufgetreten ist. Die den Regelfall darstellende Ersatzberufung auf Grund gesetzlicher Listennachfolge scheidet hier jedoch aus, weil die betroffene Partei mit allen ihren Landeslisten von der Zuteilung von Listensitzen ausgenommen ist und damit auch die konkret in Betracht kommende Landesliste nicht zur Nachbesetzung eines erfolgreichen Wahlkreisbewerbers zur Verfügung steht. § 48 I 1 BWahlG setzt stillschweigend die Mitwahl von so genannten Nachrückern und die Teilnahme an der Sitzzuteilung voraus. Wird der Sitz eines Wahlkreisabgeordneten einer die Voraussetzun-

24) BVerfGE 95, 335 (353, 362 f., 370) = NJW 1997, 1553.

25) Vgl. Dittmann, ZRP 1973, 25 (26); s. auch Fuchs-Wissemann, DRiZ 1981, 325 (329).

26) Vgl. BVerfGE 95, 335 (362, 367) = NJW 1997, 1553. S. auch BVerfGE 79, 161 (167) = NJW 1989, 1347. Allg. zum Stimmensplitting Schreiber (o. Fußn. 2), § 4 Rdnrn. 3 ff. m. w. Nachw.

27) Winkler, Recht und Politik 1999, 244 (247), unter Hinweis auf H. Meyer, Wahlsystem und Verfassungsordnung, 1973, S. 242.

28) Näheres s. Schreiber, NVwZ 2002, 1 (6 unrer j bb).

29) Zur Mitwahl von so genannten Ersatzleuten/-personen/-kandidaten/-männern s. BVerfGE 97, 317 (321, 326) = NJW 1998, 2892 = NVwZ 1998, 1060 L; Grundlagen eines deutschen Wahlrechts. Bericht der vom BMI eingesetzten Wahlrechtskommission, 1955, S. 23 f., 68 f., 118; Schreiber (o. Fußn. 2), § 43 Rdnr. 3; ders., DVBl 1999, 345 (354); Seifert, Das BWahlG (Wahlgesetz zum zweiten Bundestag und zur Bundesversammlung) m. BWahlO und wahlrechtlichen Nebengesetzen, 1953, S. 116 f.

gen der Sperrklauselregelung nicht erfüllenden Partei frei, ist somit ein Rückgriff auf Listenplätze nicht möglich, mit dem Ausscheiden des Abgeordneten hat es sein Bewenden. Der Wortlaut der Vorschrift eröffnet keinen weiteren Anwendungsbereich, auch keine sinngemäße Anwendung.

2. Als weitere Möglichkeit der Neubesetzung des freigewordenen Direktmandats könnte die Durchführung einer so genannten *Ersatzwahl* (Wahl eines Nachfolgers des weggefallenen Abgeordneten für den Rest der Wahlperiode durch die Wählerschaft des betroffenen Wahlkreises mittels einer Stimme ausschließlich auf der Grundlage von Kreiswahlvorschlägen) in Betracht kommen. Diese Alternative hat der Gesetzgeber in § 48 II BWahlG vorgesehen, aber auf die beiden Sonderfälle beschränkt, dass der Ausgeschiedene als Wahlkreisabgeordneter einer Wählergruppe (die nach § 27 I 1 BWahlG keine Landesliste einreichen kann) oder einer Partei gewählt ist, für die im Land keine Landesliste zugelassen worden war. Danach kann allenfalls eine *analoge Anwendung* der Normierung auf den hier in Rede stehenden Fall erwogen werden. Eine entsprechende Handhabung der Bestimmung in der Wahlpraxis erscheint jedoch – ungeachtet der schon prinzipiellen Fragwürdigkeit der Heranziehung des Rechtsinstituts in Wahlrechtsfragen – im Hinblick auf die unter IV 1 dargelegte Rechtslage nicht angezeigt. Hinzu kommt, dass die „Parallelität“ der Fälle nicht zweifelsfrei ist (s. auch die Erl. unter III 3) und dafür, dass der Gesetzgeber im Zusammenhang mit der Regelung der Nachfolge auf Wahlkreis- und Listenmandate den Fall des § 6 VI 1 BWahlG übersehen hat und deshalb von einer Gesetzeslücke ausgegangen werden kann, Anhaltspunkte nicht ersichtlich sind. In diesem Zusammenhang ist auch darauf hinzuweisen, dass der Gesetzgeber in § 48 I 3 BWahlG die Möglichkeit der Nicht-Wiederbesetzung eines Sitzes durchaus geschen und akzeptiert hat (s. auch § 6 IV 4 BWahlG).

3. Ungeachtet dieses Prüfergebnisses eines ersatzlosen Ausscheidens aus dem Bundestag wird der Gesetzgeber zu überdenken haben, ob im Hinblick auf die *Repräsentationsausgabe* des Art. 38 I 2 GG, wie sie im Zweistimmensystem des Bundeswahlgesetzes hinsichtlich der Erststimme in den §§ 1, 4 und 5 BWahlG einfachrechtlich konkretisiert ist, und den *selbstständigen Charakter der Erststimme* in diesem Zweistimmensystem (Wahl nach Erwägungen der Persönlichkeitswahl) nicht doch eine *Wiederbesetzung des Wahlkreissitzes* erwogen werden sollte. Während der Wähler mit der Zweitstimme im Wege der Verhältniswahl die *parteiliche Zusammensetzung* des Bundestages bestimmt, nimmt er mit der Erststimme mittels Mehrheitswahl auf die *personelle Zusammensetzung* Einfluss. Die Hälfte der Parlamentsmitglieder (§ 1 II BWahlG) wird als Person und nicht als Exponent einer politischen Partei gewählt³⁰ (wenngleich dies nicht stets mit der Realität übereinstimmen dürfte). Dieses mehrheitswahlrechtliche Element des personalisierten Verhältniswahlsystems des Bundeswahlgesetzes (§§ 1 I 2, 4, 5) kann nicht nur solange Geltungskraft besitzen, wie der direkt gewählte, sich durch besondere Nähe zum Wahlkreis und eine intensives Vertrautsein mit den Problemen der im Wahlkreis lebenden Bürger auszeichnende Abgeordnete seinen Sitz innehat. Die Personenwahl hat vielmehr insoweit Dauerwirkung, als dann, wenn nach einem Ausscheiden des Mandatsträgers aus dem Bundestag eine Listennachfolge nicht in Betracht kommt, der direkt gewählte Abgeordnete zu ersetzen ist. Hierfür steht das Rechtsinstitut der Ersatzwahl zur Verfügung. Es ist kein Grund ersichtlich, warum die im Wahlkreis wahlberechtigten Bürger in dem hier erörterten Fall des § 6 VI 1 BWahlG den mit der Erststimme erzielten Erfolg einer Einflussnahme auf die personelle Besetzung des Parlaments, mit anderen Worten die persönlichkeitsbestimmte Grundlage ihres subjektiven aktiven Wahlrechts, mit dem

Ausscheiden „ihres“ Wahlkreisabgeordneten aus dem Bundestag verlieren sollten. Dies gilt umso mehr, wenn man die Folge bedenkt, dass die wahlberechtigte Bevölkerung in diesem Fall eventuell über mehrere Jahre bis zum Ende der Legislaturperiode eine direkte Repräsentation im Bundestag entbehren müsste und auch über eine Listennachfolge nicht unmittelbar vertreten würde. Eine entsprechende Feststellung des BVerfG in seiner Entscheidung vom 26. 2. 1998 zur Mandatsnachfolge in „Überhangländern“³¹ ist nicht übertragbar, da die Überhangmandatskonstellation des § 6 V 1 BWahlG mit der hier interessierenden Situation des Sperrklauselfalles gem. § 6 VI 1 BWahlG nicht vergleichbar ist.

4. Eine *Ergänzung der Ersatzwahlregelung* in § 48 II 1 BWahlG um den hier behandelten Ausnahmefall erweist sich als demokratische, sachgerechte, einfache (durchsichtige) und rechtspolitisch sinnvolle Lösung, wenn sie nicht sogar unter dem Gesichtspunkt der Wahlrechtsgleichheit gem. Art. 38 I 1 GG und dem Verfassungsgebot der Rechtsklarheit verfassungsrechtlich geboten ist. Damit würden alle Konstellationen gleich behandelt, in denen keine Nachfolge auf Bundestagsitze über Landeslisten stattfinden kann. Die Zahl der Mandatsträger nach Kreiswahlvorschlägen gem. § 1 II BWahlG würde zudem nicht unnötig verkürzt und die Gesamtzahl der Abgeordneten nach § 1 I 1 BWahlG während der Wahlperiode möglichst konstant gehalten. Eine solche Normierung läge im Rahmen des dem Gesetzgeber bei der Gestaltung des Wahlrechts gem. Art. 38 III GG zukommenden weiten Gestaltungsspielraums³². Die gesetzliche Normierung einer Neubesetzung des freigewordenen Direktmandats im Wege der Landeslistenachfolge wäre systemwidrig und inkonsequent.

5. Für den Fall, dass sich der Gesetzgeber zu einer Änderung des Bundeswahlgesetzes entschließen sollte, wird er zu entscheiden haben, ob die Neuregelung schon mit Wirkung für die laufende oder erst für die nächste Wahlperiode des Bundestages gelten soll. Für ein *alsbaldiges In-Kraft-Treten* spricht der Aspekt der Gewährleistung des demokratischen Gehalts des Wahlrechts und des Wahlsystems des Bundeswahlgesetzes³³ und damit schnellstmöglicher Herstellung materiell-gesetzlicher Richtigkeit und Gerechtigkeit mit klarer Handlungsanweisung für die Wahlpraxis. In verfassungsmäßig verbürgte Rechtspositionen von Parteien oder Fraktionen wird nicht rechtswidrig eingegriffen. Der Grundsatz des Vertrauensschutzes in den Bestand des geltenden Rechts und das Prinzip der Rechtssicherheit sind nicht in unzulässiger Weise tangiert.

6. Im Zusammenhang mit einer dahin gehenden Gesetzesänderung sollte in Auswertung der Entscheidung des BVerfG vom 26. 2. 1998, auch hier unter der Erwägung der Rechtsklarheit, § 48 BWahlG zusätzlich dahin ergänzt werden, dass in Ländern mit Überhangmandaten bei der Nachfolge eines verstorbenen oder sonst nachträglich aus dem Bundestag ausgeschiedenen Wahlkreisabgeordneten so lange keine Listennachfolge stattfindet, als in dem betreffenden Land noch ein Überhangmandat für die betroffene Partei besteht³⁴.

V. Ungültigkeit von Erst- und Zweitstimmen gem. § 39 I 1 Nr. 1 BWahlG

Nahzu bei allen Bundestagswahlen werden – wenn auch nur in vereinzelten Fällen, die zahlenmäßig beschränkt blei-

30) BVerfGE 95, 335 (352 f.) = NJW 1997, 1553; BVerfGE 97, 317 (327 unter bb) = NJW 1998, 2892 = NVwZ 1998, 1060 L.

31) BVerfGE 97, 317 (322, 327) = NJW 1998, 2892 = NVwZ 1998, 1060 L.

32) Vgl. BVerfGE 95, 335 (349) = NJW 1997, 1553.

33) Vgl. insoweit auch BVerfGE 89, 155 (171 f.) = NJW 1993, 3047.

34) S. insoweit auch Schreiber, DVBl 1999, 345 (353), und NVwZ 2000, 1 (7) m. w. Nachw.

ben, weil die Verschen schnell bemerkt werden, – sowohl bei der Urnen- als auch bei der Briefwahl irrtümlich Stimmzettel vertauscht; so auch zuletzt bei der Wahl am 22. 9. 2002, wo in drei Berliner Wahlkreisen von den zuständigen Behörden mit den Briefwahlunterlagen falsche Stimmzettel versandt wurden. Nach § 39 I 1 Nr. 1 Alt. 2 BWahlG sind die auf diesen Stimmzetteln abgegebenen Stimmen ungültig, wenn der Stimmzettel für einen anderen Wahlkreis gültig ist. Ungültig sind nach Satz 2 der Bestimmung sowohl die Erst- als auch die Zweitstimme. Der Gesetzgeber geht davon aus, dass im Rechtssinne kein amtlicher Stimmzettel vorliegt.

Im Hinblick darauf, dass der in Art. 38 I 1 GG (§ 1 I 2 BWahlG) verfassungsrechtlich verbürgte Grundsatz der *Allgemeinheit der Wahl* die vom Demokratieprinzip des Art. 20 I GG vorausgesetzte Egalität der Staatsbürger sichert und im gesamten Wahlverfahren zu beachten ist, kann die geltende Regelung nicht befriedigen. Aus dem Prinzip der allgemeinen Wahl folgt nicht nur, dass möglichst vielen Staatsbürgern die Möglichkeit der Wahlrechtsausübung zu eröffnen ist³⁵, sondern auch, dass dem Willen des Wählers in möglichst großem Umfang Geltung zu verschaffen ist. Deshalb liegt eine gesetzliche Regelung nahe, wonach in Fällen, in denen dem Wahlbürger Stimmzettel aus einem anderen Wahlkreis des betreffenden Bundeslandes ausgehändigt oder übermittelt worden sind und auf diesen die Stimmabgabe erfolgt ist, nur die Erststimme jeweils als ungültig zu bewerten ist. Während bei nicht amtlicher Herstellung des Stimmzettels (§ 39 I Nr. 1 Alt. 1 BWahlG) und bei Fehlen einer Kennzeichnung (§ 39 I Nr. 2 BWahlG) unzweifelhaft Mängel vorliegen, die zur Ungültigkeit beider Stimmen i. S. des § 4 BWahlG führen müssen, sind keine Gründe ersichtlich, wonach dies auch bei Benutzung eines für einen anderen Wahlkreis desselben Landes geltenden Stimmzettels gelten muss. Hier liegt ein amtlicher, vom Wähler nicht zu vertretender Fehler vor, der nur so weit zu einer Ungültigkeit der Stimmabgabe führen darf, als dies zwingend notwendig ist. Das ist aber hinsichtlich der Zweitstimme, welche die für die politische Zusammensetzung des Bundestages maßgebliche Stimme ist, oder mit den Worten des Verordnungsgebers die „maßgebende Stimme für die Verteilung der Sitze insgesamt auf die einzelnen Parteien“ (Anlage 26 zur Bundeswahlordnung), nicht der Fall. Im Rahmen seiner insoweit bestehenden Gestaltungsfreiheit sollte der Gesetzgeber daher die Regelung des § 39 I 1 Nr. 1 BWahlG in den Fällen der Benutzung eines für einen anderen Wahlkreis des Landes gültigen Stimmzettels durch Änderung des Absatzes 1 Satz 2 der Vorschrift auf die Ungültigkeit nur der Erststimme zurückzuführen³⁶.

VI. Versteigerung, Kauf und Verkauf von Wahlstimmen im Internet und anderen Medien

Im Zusammenhang mit der Wahl zum 15. Deutschen Bundestag haben sich die Wahlorgane, vornehmlich der Bundeswahlleiter, mit folgenden Geschehnissen befassen müssen, wobei keine abschließende Aufzählung der Fakten beansprucht wird:

– In einer Fernsehsendung im März 2002 rief der Moderator die Zuschauer, die nicht wählen wollen, zur Briefwahl auf und bat, die Briefwahlunterlagen nach Unterzeichnung des Wahlscheines an den Sender zu senden, wo dann Mitarbeiter die Stimmabgabe vornehmen und die Briefwahlunterlagen einschließlich des nunmehr gekennzeichneten Stimmzettels an die zuständige Stelle übersenden würden.

– Am 26. 8. 2002 veröffentlichte das weltweit größte Internetauktionshaus eBay ein Verkaufsangebot „Wahlberechtigung für die Bundestagswahl“ (mit Artikelnummer).

– Am 28. 8. 2002 erschien auf der Internet-Homepage des Nachrichtenmagazins „Der Spiegel“ (Spiegel Online) unter Bezugnahme auf ein konkretes Angebot von fünf Wahlberechtigten zum Verkauf von Stimmen zum Höchstgebot (mit Artikelnummer von eBay) ein

kritischer Beitrag von C. Matthäus unter der Überschrift „Wählerstimmen im Sonderangebot“, der zwei weitere Verkaufsangebote in der Plattform für Internet-Auktionen eBay aufzeigte.

– In seiner Internet-Homepage bot der Kieler Netzanbieter CASHVOTE.com in der Vorwahlzeit mit dem Slogan „Machen Sie Ihre Stimme zu barem Geld“ – unter Darlegung des Verfahrens im Einzelnen – die gewinnbringende Vermittlung von Wählerstimmen an (10 Euro nach erfolgreicher Vermittlung der Stimmen an einen Kaufinteressenten; per Online-Formular musste sich der Wahlberechtigte verpflichten, die von der Firma vermittelte Partei zu wählen; die angebotenen Wählerstimmen sollten einzeln oder in Paketen – 1000 Stimmen für 6250 Euro, 10000 Stimmen für 59900 Euro – an seriöse Interessenten weiter vermittelt werden).

– Nach einem Bericht der „Frankfurter Allgemeinen Sonntagszeitung“ bot ein „Akademiker“ am 31. 8. 2002 unter Chiffre in der „Frankfurter Rundschau“ in einer Kleinanzeige den Verkauf seiner Erst- und Zweitstimme für die Bundestagswahl gegen einen Arbeitsplatz an.

– Am 11. 9. 2002 erschien unter dem Briefkopf „Freie und Hansestadt Hamburg – Staatliche Pressestelle“ als „Kampagne gegen Wahlmüdigkeit“ eine gefälschte Pressemitteilung, in der eine „Initiative Demokratie International e. V.“ dazu aufrief, Briefwahlunterlagen an wahlinteressierte, aber nicht wahlberechtigte Personen, insbesondere ausländische Mitbürger, weiterzugeben, damit diese die Stimmabgabe vornehmen könnten. Einem Artikel aus der „taz hamburg“ vom 12. 9. 2002 ist zu entnehmen, dass die Initiative ihren Aufruf per Mail auch in anderen Städten verbreitet hat.

– In einer Reportage der Zeitung „Bild am Sonntag“ vom 16. 9. 2002 berichteten die Autoren R. Heinemann und K. Wissbar unter der Überschrift „Deutsche Wähler verkaufen ihre Stimme“ über die bislang bekannt gewordenen Fälle und das Ergebnis einer Emnid-Umfrage, wonach „jeder siebte Deutsche für bis zu 500 Euro seine Wählerstimme verkaufen würde“. Auch andere Zeitungen berichten über die Angebote, z. B. die „Frankfurter Rundschau“, die „Ostsee-Zeitung“ und die „Goslarsche Zeitung“, jeweils vom 16. 9. 2002, sowie die „Frankfurter Allgemeine Zeitung“ vom 17. 9. 2002.

Auch bei vorausgegangenen Landtagswahlen sind schon ähnliche Aktionen wahrgenommen worden, so im Jahr 2000 in Nordrhein-Westfalen. Man ist geneigt, die Angelegenheit einer „Kuriösitätensammlung“ zuzuordnen und als „Spielerei“ abzutun; aber sie ist nach Qualität und Quantität des Vorgehens und der Verhaltensweisen zu ernst, als dass man sie „zu den Akten“ schreiben könnte. Besonders anfällig scheint die Briefwahl zu sein, da nur hier der „Käufer“ sicher gehen kann, dass die von ihm gewünschte Partei auch gewählt wird.

1. Die aktuelle Rechtslage ist eindeutig: Das aktive Wahlrecht zum Deutschen Bundestag ist als fundamentales Recht auf Teilhabe an der Staatsgewalt auf Bundesebene unveräußerlich, unverzichtbar, weder abtretbar noch zur Ausübung übertragbar und duldet keine Stellvertretung. Es ist m. a. W. *höchstpersönlich* und damit der Disposition des Wahlbürgers entzogen; dies gilt für die Urnenwahl, für die Briefwahl und die Wahl mittels Wahlgeräten³⁷. Das in § 14 IV BWahlG ausdrücklich normierte Gebot der Höchstpersönlichkeit der Stimmabgabe enthält eine Konkretisierung der in Art. 38 I 1 GG festgeschriebenen Wahlrechtsgrundsätze, hier speziell der Prinzipien der unmittelbaren, freien und geheimen Wahl, und hat damit Verfassungscharakter. Der Verkauf von Stimmen ebenso wie der Stimmenkauf und die anschließende Stimmabgabe ist mit diesem Gebot der Höchstpersönlichkeit der Wahl nicht vereinbar. Unter Verletzung dieses Prinzips durch unberechtigte Personen abgegebene Stimmen sind, ohne dass dies ausdrücklich geregelt ist, ungültig. Das Verhalten aller an der Transaktion Beteiligten unterliegt, je nach Fallgestaltung, den Strafvorschriften der §§ 107 a (Wahlfälschung), 108 b (aktive und passive

35) Vgl. BVerfGE 59, 119 (125) = NJW 1982, 869.

36) S. auch Niederschrift über die 3. Sitzung des Bundeswahlausschusses am 9. 10. 2002 unter 4.

37) Zur Bedeutung des Grundsatzes der Höchstpersönlichkeit im Einzelnen s. Schreiber (o. Fußn. 2), § 14 Rdnr. 9. S. insoweit auch § 36 II BWahlG und §§ 56, 66 BWahlO.

Wählerbestechung) und 156 StGB (Falsche Versicherung an Eides Statt); der Versuch ist jeweils strafbar.

2. *Wahlmanipulationen* sind nie ganz auszuschließen, insbesondere nicht bei der Briefwahl, die bei der Bevölkerung zunehmend Beliebtheit erfährt. So haben bei den Bundestagswahlen 1998 16% und 2002 18% der Wähler ihre Stimmen per Briefwahl abgegeben³⁸. In seiner Grundsatzentscheidung vom 15. 2. 1967 zur Verfassungsmäßigkeit der Briefwahl hat das BVerfG³⁹ – im Hinblick auf die in Art. 38 I 1 GG verfassungsrechtlich verbürgten Grundsätze der Wahlfreiheit und des Wahlheimchimmnisses – die bei dieser Form der Stimmabgabe möglichen Manipulationsmöglichkeiten bei stringenter Regelung als grundsätzlich hinnehmbar beurteilt. In seiner zweiten Briefwahl-Grundsatzentscheidung vom 24. 11. 1981⁴⁰ hat das Gericht – unter Einbeziehung des ebenfalls in Art. 38 I 1 GG gewährleisteten Verfassungsgrundsatzes der Allgemeinheit der Wahl – dann dem Gesetzgeber und dem Verordnungsgeber aufgegeben, „auch künftig für eine bestmögliche Sicherung und Gewährleistung der Wahlrechtsgrundsätze zu sorgen“, „die bisherige Regelung und Handhabung der Briefwahl ständig in Anbetracht neu auftretender Entwicklungen, die unvorhergesehene Gefahren für die Integrität der Wahl mit sich bringen können, zu überprüfen“ und bei zu Tage getretenen Missbräuchen, die geeignet sein können, die Wahlrechtsgrundsätze mehr als unumgänglich zu gefährden, „die ursprüngliche Regelung im Wege der Nachbesserung zu ergänzen oder zu ändern“.

3. Diese Erkenntnisse des BVerfG sollten für den Gesetzgeber und den Verordnungsgeber angesichts der aufgezeigten Vorfälle Mahnung und zugleich Anlass sein, die einschlägigen Wahlrechtsvorschriften auf Nachbesserungsbedarf zu überprüfen. Nachgedacht werden könnte etwa über folgende Änderungen des Bundeswahlgesetzes und der Bundeswahlordnung:

- Aufnahme der Prinzipien der Unveräußerlichkeit des Wahlrechts und der Nichtübertragbarkeit der Stimmen in a § 14 BWahlG mit anschließender Übernahme der Neufassung der Vorschrift insgesamt in die Regelung des § 19 I BWahlO, b die Wahlbenachrichtigung – nach insoweit gebotener vorheriger „Entschlackung“ und Beschränkung auf das rechtlich Notwendige – (Anlage 3 zu § 19 I BWahlO) und c das Merkblatt zur Briefwahl (Anlage 12 zu § 28 III BWahlO)
- Ergänzung des § 39 BWahlG um eine ausdrückliche Regelung, dass der Verstoß gegen die Prinzipien des § 14 IV BWahlG (neu) zur Ungültigkeit der Stimmabgabe (beider Stimmen) führt
- Klarstellung in § 66 I BWahlO, dass die Übersendung des Wahlbriefes bzw. die Abgabe bei der zuständigen Stelle persönlich zu erfolgen hat.

Änderungen des Strafgesetzbuches erscheinen nicht veranlasst.

VII. Zusammenfassung

Angesichts der Erfahrungen bei allen vorausgegangenen Bundestagswahlen steht zu erwarten, dass auch bei der Wahl zum 15. Deutschen Bundestag wieder Mängel und Fehler bei ihrer Vorbereitung und Durchführung festgestellt werden. Sie werden wiederum Anlass sein, Korrekturen an den Wahlrechtsvorschriften vorzunehmen. Es wäre wünschenswert, wenn in die anstehenden Prüfungen auch die hier erörterten Probleme sowie bereits früher zur Diskussion gestellte Änderungen des Bundeswahlgesetzes und der Bundeswahlordnung⁴¹ einbezogen würden.

38) Vgl. Sonderheft zur Wahl zum 15. Bundestag am 22. 9. 2002 „Erste Ergebnisse aus der Repräsentativen Wahlstatistik für die Bundesrepublik Deutschland“, hrsg. vom Bundeswahlleiter (Stat. Bundesamt), S. 4.

39) BVerfGE 21, 200 (205 ff.) = NJW 1967, 924.

40) BVerfGE 59, 119 (125, 127) = NJW 1982, 869.

41) S. o. Fußn. 5.

Dr. Matthias Freund, Düsseldorf

Infrastrukturgewährleistung in der Telekommunikation*

Mit der Privatisierung des Telekommunikationssektors hat sich die ursprüngliche allumfassende Erfüllungsverantwortung des Staates auf eine Garantie- und Regulierungsfunktion reduziert. Ziel dieses Beitrags ist es, die neu entstandene staatliche Gewährleistungsverantwortung dogmatisch und inhaltlich näher einzugrenzen. Die Betrachtung erfolgt aus sowohl verfassungsrechtlicher als auch einfach-gesetzlicher Sicht.

I. Einführung

Bis in die 80er Jahre hinein ging man davon aus, dass es sich bei der Bereitstellung und Bewirtschaftung von Kommunikationsinfrastrukturen um ein so genanntes „natürliches Monopol“ handele¹. Die geradezu revolutionären Entwicklungen auf dem Gebiet der Telekommunikationstechnologie zwangen jedoch zu einem Umdenken. So wurde zunehmend in Frage gestellt, ob die nach öffentlich-rechtlichen Prinzipien organisierte Fernmeldewirtschaft den Anforderungen dieser Entwicklung würde gerecht werden können². Wie in den meisten anderen Industrienationen setzte sich daher auch in Deutschland die Erkenntnis durch, dass die innovationshemmende staatliche Regulierung abgebaut und durch unternehmerische Initiative in einem Wettbewerbsmarkt ersetzt werden müsse.

Die Reform des deutschen Post- und Telekommunikationswesens erfolgte, angestoßen durch europarechtliche Vorgaben³, im Zeitraum von 1989 bis 1998 in drei Schritten, so genannten Postreformen I – III⁴. Kernstück des neuen Rechtsrahmens ist Art. 87 f II 1 GG, der ein Gebot zur umfassenden Privatisierung⁵ und Liberalisierung des Post- und Telekommunikationswesens normiert. Obschon die Bemühungen um eine Privatisierung und Liberalisierung eindeutig den Schwerpunkt der Reformtätigkeit darstellen, hat sich der Gesetzgeber darauf nicht beschränkt. Um dem Auftreten von Versorgungslücken vorzubeugen, wurden vielmehr auch Vorkehrungen zur Gewährleistung einer hinreichenden Grundversorgung mit Telekommunikationsdienstleistungen getroffen. So wurde als zweiter Regelungsschwerpunkt der Postreform II der so genannte Infrastrukturgewährleistungsauftrag des Bundes gem. Art. 87 f I GG in die Verfassung eingefügt, nach dem der Bund im Bereich des Postwesens und der Telekommunikation flächendeckend angemessene und ausreichende Dienstleistungen zu gewährleisten hat.

Das Handeln des Staates zur Sicherstellung eines flächendeckend angemessenen und ausreichenden Versorgungs-

* Der Autor ist Rechtsanwalt in Düsseldorf.

1) *Hermes*, Staatliche Infrastrukturverantwortung, 1998, S. 316 ff.

2) *Stern*, DVBl 1994, 309; vgl. zu dieser Entwicklung auch *Eifert*, Grundversorgung mit Telekommunikationsdienstleistungen im Gewährleistungsstaat, 1999, S. 139 ff.

3) Ausgangspunkt war das im Jahre 1987 von der Europäischen Kommission vorgelegte Grünbuch zur Telekommunikation, KOM (87) 290 endg.; vgl. zum europäischen Rechtsrahmen eingehend *Holztagel/Enaux/Nienhaus*, Grundzüge des TelekommunikationsR, 2001, § 17.

4) Vgl. Poststrukturgesetz v. 8. 6. 1989 (BGBl I, 1026, so genannte Postreform I); Änderungsgesetz zum Grundgesetz v. 30. 8. 1994 (BGBl I, 2245) sowie Gesetz zur Neuordnung des Postwesens des Postwesens und der Telekommunikation v. 29. 6. 1994 (BGBl I, 2335, so genannte Postreform II); vgl. dazu *Königshofen*, ArchPT 1994, 39 ff.; der Erlass des Telekommunikationsgesetzes v. 25. 7. 1996 (BGBl I, 1120) wird teilweise zurechtend als Postreform III bezeichnet.

5) Art. 87 f II 1 GG sieht sowohl eine materielle Privatisierung (Aufgabenprivatisierung) als auch eine formelle Privatisierung (Organisationsprivatisierung) vor.