

An den
Verfassungsgerichtshof des Landes Berlin

Gegen die Entscheidung des Senats von Berlin über die teilweise Unzulässigkeit des Volksbegehrens „Mehr Demokratie beim Wählen“ erhebe ich namens der Vertrauenspersonen des Volksbegehrens und kraft beigefügter Vollmacht

Einspruch

mit dem Antrag, die angegriffene Entscheidung des Senats von Berlin gemäß § 55 Abs. 2 VerfGHG aufzuheben. Die vom 23. 10. 2008 datierte Entscheidung ist den Vertrauenspersonen des Volksbegehrens am 25. 10. 2008 zugegangen.

Begründung

1. Zur Vereinbarkeit der vorgeschlagenen Mehrmandatswahlkreise mit Art. 39 Abs. 2 der Verfassung von Berlin

Der Senat gibt zwei Begründungen für seine Annahme der Verfassungswidrigkeit von Mehrmandatswahlkreisen. Die Verfassung schreibe in Art. 39 Abs. 2 „inhaltlich“ die Mehrheitswahl einer Person im Wahlkreis vor. Er beruft sich dabei auf kurze Ausführungen in zwei Kommentaren zur Berliner Verfassung. Die zweite Begründung relativiert die erste, indem sie einräumt, der Wortlaut des Art. 39 Abs. 2 enthalte zwar eine entsprechende Vorschrift nicht. Der Mandatserfolg in einem Einerwahlkreis sei aber mit dem in einem Mehrmandatswahlkreis im Sinne der Rechtfertigung der Grundmandatsklausel durch den Ausweis eines regionalen Schwerpunktes nicht zu vergleichen, geschweige denn in einem Wahlkreis, in dem sieben Kandidaten zu wählen seien. Nur der regionale Schwerpunkt des Wahlerfolgs erlaube verfassungsrechtlich die Teilhabe am Wahlerfolg. Beiden Argumentationssträngen ist im Folgenden nachzugehen.

a. Schreibt Art. 39 Abs. 2 die Mehrheitswahl einer Person im Wahlkreis vor?

Der Wortlaut tut das jedenfalls nicht, wie der Senat in seiner Alternativargumentation zugibt. Art. 39 Abs. 2 BV enthält vielmehr nur eine Alternative für den Fall, dass für eine Partei „weniger als fünf von Hundert der Stimmen“ abgegeben worden sind. Und diese Alternative lautet, „dass ein Bewerber der Partei einen Sitz in einem Wahlkreis errungen hat.“

Der Sinn dieser Klausel kann nur richtig verstanden werden, wenn man die Systematik des gesamten Art. 39 BV in den Blick nimmt. Absatz 1 dieser Vorschrift garantiert nämlich unter anderem den Wählern eine gleiche Wahl. Die in Absatz 2 vorgesehene 5%-Klausel ist ein gravierender Eingriff in diese Wahlgleichheit, weil er Wählern einer Partei, die diese Grenze nicht erreicht, den Einfluss auf das Wahlergebnis versperrt, obwohl ihr Stimmgewicht für bis mindestens 6 Mandaten ausreichen könnte.¹ Dieser Eingriff in die Wahlgleichheit wird durch Absatz 2 gedeckt. Die Grundmandatsklausel wiederum ist eine Ausnahme von der Sperrklausel, öffnet also das Wahlrecht wieder mehr zur Wahlgleichheit, indem es Stimmen unter der Bedingung eines Wahlkreissieges einer Partei auch diesseits der zunächst angeordneten Sperrgrenze zu werten anordnet.

Absatz 2 rechtfertigt aber nicht nur den Eingriff in die in Absatz 1 versprochene Wahlgleichheit, sondern schließt schon von Verfassungen wegen Parteien, welche keines der beiden Erfordernisse erfüllt, von der Beteiligung an der Besetzung des Parlaments aus.

Es ist evident, dass Absatz 2 ganz oder teilweise nur Anwendung finden kann, wenn bestimmte Voraussetzungen durch das vorgesehene Wahlverfahren erfüllt sind. So kann bei einer reinen Verhältniswahl die Grundmandatsklausel nicht greifen, weil es keinen vom Wahlgebiet getrennten Wahlkreis gibt. Und bei einer Mehrheitswahl in Einerwahlkreisen ist die Sperrklauselalternative ohne Sinn.

Wer aus Absatz 2 schließen will, dass von Verfassungen wegen das Berliner Wahlrecht so gestaltet sein muss, dass die Norm und damit auch die Alternative anwendbar bleibt, muss zu dem Schluss gelangen, dass Berlin ohne Verfassungsänderung weder zum reinen Mehrheitswahlrecht noch zum reinen Verhältniswahlrecht übergehen könnte, obwohl die Verfassung zum zulässigen Wahlsystem schweigt. Oder anders gewendet, er müsse behaupten, Art 39 Abs. 2 BV lege, ohne davon zu sprechen, Berlin auf eine Kombination von Mehrheitswahl in Einerwahlkreisen und Verhältniswahl im Land fest. Aus der verfassungsrechtlichen Festlegung einer Alternative für zwei (mögliche) Gestaltungen des Wahlverfahrens, würde die verfassungsrechtliche Festlegung eines komplizierten Wahlsystems.

Das vertritt nur *Magen* in dem von Pfennig/Neumann herausgegebenen Kommentar², der von einer „Normierung“ des personalisierten Verhältniswahlrechts durch Art. 39 VvB spricht. Die „Normierung“ schließt er aus der gleichzeitigen „Festlegung“ der Sperrklausel und dem „Hinweis“ ihrer „Überwindung“ durch einen Wahlkreissitz. Ohne die Kombination von Verhältniswahl und Mehrheitswahl hätte Art. 39 Abs. 2 GG keinen Sinn. Erst aus dem Folgenden wird klar, dass *Magen* dabei mit „Mehrheitswahlrecht“ ausschließlich die Wahl in Einerwahlkreisen meint. Selbstverständlich behält Art. 39 Abs. 2 VvB aber seine Anwendbarkeit und damit seinen Sinn auch ohne „personalisierte Verhältniswahl“. Bei einer reinen Verhältniswahl fände nämlich die Sperrklausel und bei einer reinen Mehrheitswahl die Grundmandatsklausel unmittelbar Anwendung. Auf die grundlegende Vorfrage, ob ein Sachverhalt, auf den sich eine Verfassungsnormen bezieht, dadurch verfassungsfest wird, kommt *Magen* nicht.

In dem von *Hans-Joachim Driehaus* im Jahre 2000 herausgegebenen Taschenkommentar zur Verfassung von Berlin meint der Herausgeber zwar, die Berliner Verfassung verhalte sich nicht ausdrücklich zum Wahlsystem, um anzuschließen, Art. 39 Abs. 2 mache deutlich, dass der Verfassungsgeber „das sog. personalisierte Verhältniswahlrecht angewandt wissen will.“³

¹ Ein Stimmgewicht von 4,9% ergibt bei der Abgeordnetenmindestzahl 130 (§ 7 LWG) rechnerisch 6,37 Mandate.

² Dritte Aufl. 2000 Art. 39 Rn. 10.

³ Art. 39 Rn. 3.

Ob das nun heißen soll, nur dieses komplizierte Wahlsystem sei verfassungskonform - dann würde sich die Berliner Verfassung doch zum Wahlsystem verhalten, was der Autor vorher abgelehnt hat – oder auch nur, dass dies die Vorstellung oder auch der Wunsch des Verfassungsgebers war, bleibt offen. Nicht ohne Grund ist daher der Senat in seiner Entscheidung, in der er beide Kommentare zitiert, vorsichtig und nimmt sie nur mit einem „so im Ergebnis wohl“ in Anspruch (sub 3 a).

In der Senatsentscheidung nicht zitiert ist *Ernst R. Zivier*, der in seiner „Verfassung und Verwaltung von Berlin“⁴ zunächst behauptet, „Das Wahlsystem ist in der Berliner Verfassung ebenso wenig wie im Grundgesetz festgelegt. Es steht zur Disposition des einfachen Gesetzgebers“, der nur an die Wahlgrundsätze gebunden sei. Das hindert ihn aber nicht, zwei Sätze später zu konstatieren, „die Verfassung setzt ... den Bestand eines personalisierten Verhältniswahlsystems voraus“. Auch hier bleibt dunkel, ob in der „Voraussetzung“ zugleich ein Verfassungsbefehl, sie zu schaffen, gesehen wird. Zur weiteren Frage, ob ein „personalisiertes Verhältniswahlrecht“ nun zwingend gerade Einerwahlkreise voraussetzt, was es nach der Allgemeinheit der Formulierung gerade nicht tut, schweigt er.

Nicht zitiert wird in der Senatsentscheidung auch *Christian Graf v. Pestalozza*. Das ist besonders erstaunlich. Er hat nämlich dem Senat, vertreten durch die Innenbehörde, am 25. August 2008 unter dem Auftrag einer „gutachtlichen Stellungnahme zum Volksbegehren“ eine 28-Seiten starke „kursorische“ Begutachtung vorgelegt. Zum Thema des Verhältnisses der Verfassung zum Wahlsystem konstatiert er zunächst, „anders als manche andere Verfassungen äußert sich die Verfassung von Berlin nicht unmittelbar zu dem von ihr bevorzugten Wahlsystem“.⁵ Um anzuschließen: „Mittelbar und dennoch unmissverständlich verhält sich jedoch Art. 39 Abs. 2 VvB zu dem Thema.“ Er „setzt eine Kombination von Verhältniswahl und Mehrheitswahl voraus.“ Was heißt aber, „sich zum Thema verhalten“ oder „unmissverständlich voraussetzen“ wirklich? Für einen Verfassungsbefehl wäre das eine erstaunlich verhaltene Ausdrucksweise.

Pestalozza sieht aber das Problem, dass er bei Annahme eines Verfassungsbefehls zum Ausschluss eines reinen Mehrheitswahlrechts käme, was ihm offenbar nicht behagt und ihn zu der etwas merkwürdigen Überlegung bringt, ob man die Stimmen für die Kandidaten einer Partei in einem reinen Mehrheitswahlsystem nicht auch als Parteistimmen werten könne.⁶ Es fällt jedoch auf, dass er die ebenso spannende alternative Frage, ob Berlin nach der Verfassung zu einem reinen Verhältniswahlrecht übergehen könnte, ausblendet.

Pestalozza geht der Fragestellung aber nicht weiter nach, weil er zu dem naheliegenden Ergebnis kommt, dass der Vorschlag des Volksbegehrens jener Kombination von Mehrheitswahl und Verhältniswahl, die er aus Art. 39 Abs. 2 VvB entwickelt, jedenfalls „formal“, wie er betont, „sich im Rahmen des vom historischen Verfassungsgeber vorgestellten Mischsystems hält.“⁷

Lässt man die literarischen Äußerungen Revue passieren, so ist ihnen allen der Schluss von einer *auf einen Sachverhalt bezogenen* Verfassungsregel auf die Verfassungsregelung *des Sachverhalts* gemein, wenn man einmal auch die sehr unbestimmte Formel, die Verfassung

⁴ Dritte Auflage 1998 Rn. 41.23.1.

⁵ Rn. 31 des Gutachtens.

⁶ Es fällt schwer, hierin einen Sinn zu sehen. Da bei der reinen Mehrheitswahl in allen Wahlkreisen ein Kandidat gewählt ist, würde die Alternative des Art. 39 Abs. 2 VvB immer greifen.

⁷ Rn. 34 des Gutachtens.

verhalte sich zu etwas, als einen Verfassungsbefehl interpretiert. Täte man es nicht, ergäbe Art. 39 Abs. 2 VvB sowieso kein Argument gegen das Volksbegehren.

Der Schluss von der verfassungsrechtlichen Regelung eines Sachverhalts auf die verfassungsrechtliche Festlegung der Voraussetzungen der Anwendung der Regelung ist aber unzulässig. Wenn Art. 16 VvB das Briefgeheimnis für unverletzlich erklärt, kann daraus auch für die öffentliche Hand keine Verpflichtung zum Briefeschreiben abgeleitet werden. Eine völlige Umstellung auf elektronische Kommunikation würde der Garantie des Briefgeheimnisses seine Bedeutung nehmen, wäre aber nicht verfassungswidrig. Eine Verfassungsregel kann also in ihrer Bedeutung minimiert oder um ihre Bedeutung gebracht werden, ohne dass darin ein Verfassungsverstoß läge. Ebenso wenig kann aus der Regel des Art. 40 Abs. 1 VvB, wonach „eine Vereinigung von mindestens fünf von Hundert der verfassungsmäßigen Mindestzahl von Abgeordneten eine Fraktion (bildet)“ auf einen verfassungsrechtlichen Zwang zur Fraktionsbildung geschlossen werden. Die Abgeordneten sind frei, eine Vereinigung zu bilden. Dass sie es schon um der vielfältigen Vorteile wegen tun werden, steht auf einem anderen Blatt.

Selbstverständlich hat der Verfassungsgeber eine bestimmte Situation im Auge, wenn er Regelungen trifft. *Pestalozza* verweist zu Recht auf die Änderung des Wahlrechts im Jahre 1958, das von der reinen Verhältniswahl mit Sperrklausel, die es bis dahin nur gab, zum personalisierten Verhältniswahlrecht führte. Erst das machte es sinnvoll, zugleich Art. 39 Abs. 2 VvB mit seiner Sperrklausel um die Alternative der Grundmandatsklausel zu erweitern. Art. 39 Abs. 2 VvB bezog sich also durchaus auf das damals eingeführte und auch heute noch geltende Wahlsystem. Die Norm regelte es aber nicht in dem Sinne, dass sie es verfassungsrechtlich festschrieb. Sie schrieb vielmehr für dieses System bestimmte Konsequenzen für den Mandatserwerb vor. Dies war geboten, weil sonst der Einwand eines Verstoßes gegen die in Art. 39 Abs. 1 VvB garantierte Wahlgleichheit hätte erhoben werden können.

Sieht man sich die Formulierungen genauer an, fällt zusätzlich auf, dass Art. 39 Abs. 2 VvB nicht davon spricht, dass beim Verfehlen der Sperre von 5% eine Partei gleichwohl in das Abgeordnetenhaus einzieht, wenn sie in einem Wahlkreis „den Sitz“ erringt, sondern formuliert, wenn sie „einen Sitz in einem Wahlkreis“ erringt. Auf obligatorische Einerwahlkreise könnte, wenn der Schluss überhaupt erlaubt wäre, aus der Formulierung also sowieso nicht geschlossen werden.

b. „Kann der die Teilnahme an der Stimmverteilung rechtfertigende Mehrheitserfolg in einem Einerwahlkreis mit dem Gewinn eines Mandats in Mehrmandatswahlkreisen rechtlich nicht gleichgestellt werden“?

Die Senatsentscheidung bringt für den Fall, dass „man die Mehrheitswahl im Wahlkreis - und gemeint ist hier nach der vorangehenden Argumentation „im Einerwahlkreis“ - nach der Grundmandatsklausel der Verfassung von Berlin nicht als zwingend ansieht, weil der Wortlaut des Art. 39 Abs. 2 VvB dies nicht enthält,“⁸ ein neues Argument, dass nämlich „der die Teilnahme an der Stimmverteilung rechtfertigende Mehrheitserfolg in einem Einerwahlkreis mit dem Gewinn eines Mandats im Mehrmandatskreis rechtlich nicht gleichgesetzt werden kann.“ Das ist schwer verständlich, auch wenn man „rechtlich“ mit „verfassungsrechtlich“ übersetzt, weil es nur drauf ankommen kann. Denn wenn die Verfassung nach der Prämisse des Senats bei dieser Alternative keine Organisation nach Einerwahlkreisen vorschreibt, woher sollte dann die gleichwohl daran anknüpfende und danach bemessene Verfassungsanforderung kommen?

⁸ Sub 3a, dritter Absatz der Senatsvorlage; auch für das folgende Zitat.

Unabhängig davon ist auch im Einzelnen die Argumentation schwer nachzuvollziehen. Wenn man mit dem Senat die Rechtfertigung der Grundmandatsklausel gerade in der „Betonung eines regionalen Erfolges einer Partei in einem Wahlkreis“ sieht,⁹ dann entspricht dem „regional“ eher ein Mehrmandatswahlkreis denn ein Einerwahlkreis.¹⁰ Nimmt man den Extremfall eines Siebenmandatswahlkreises, dann müsste der Wahlkreis im Schnitt das Siebenfache an Wahlberechtigten gegenüber dem Einerwahlkreis aufweisen. Denn nach dem Volksbegehren werden weiterhin nur 78 Abgeordnete in Wahlkreisen gewählt und hat der Senat nach § 9 Abs. 2 des Volksbegehrens bei der Zuschneidung von Wahlkreisen, gemessen an den Wahlberechtigten, auf gleich große Wahlkreise zu achten. Er ist also erheblich größer als der Einerwahlkreis, umfasst ein siebenfaches Stimmgewicht und alle Kandidaten werden in Einzelwahl gewählt.¹¹ Die Wahl auch des letzten Kandidaten verlangt daher im Schnitt nicht unerheblich mehr an Stimmen als der Gewinn eines Einerwahlkreises.¹² Anders als bei diesem, kann man dabei glaubwürdiger von einem „regionalen“ Wahlerfolg sprechen, während der Gewinn eines Einerwahlkreises demgegenüber eher als „lokaler“ Erfolg zu werten ist. Das ist für den eigentlichen Grund der Privilegierung einer Partei über Direktmandate kein unwichtiges Faktum, wie zu zeigen sein wird.

Pestalozza bietet in seiner gutachtlichen Stellungnahme für den Senat eine etwas kompliziertere Ableitung an. Ausgehend von der Erkenntnis, dass jede Beschränkung der verfassungsrechtlich verbürgten Wahlgleichheit einer Rechtfertigung bedarf und bei der 5%-Sperrklausel in dem Schutz der Funktionsfähigkeit des Parlaments gesehen wird,¹³ breitet er die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Grundmandatsklausel aus.¹⁴ Ausgehend von einer über fünfzigjährigen Entscheidung zur Grundmandatsklausel, welche die Erhöhung der Grundmandatsklausel nach der zweiten Bundestagswahl 1953 von einem auf drei Wahlkreissiege thematisiert, zitiert er: „Die Erhöhung von einem auf drei Mandate im Bundeswahlgesetz gegenüber dem Wahlgesetz zum zweiten Bundestag erscheint schon deshalb gerechtfertigt, weil dadurch die Spanne zwischen den für die Beteiligten am Verhältnisausgleich alternativ erforderlichen Stimmzahlen erheblich vermindert wird.“¹⁵

Pestalozza versucht daraus ein eigenständiges Argument zu machen und kommt zu der Verallgemeinerung: „Eine Grundmandatsklausel verträgt sich mit der Verfassung m. a. W. nur, wenn zwischen dem, was für die Überwindung der 5%-Hürde notwendig ist und dem, was es für die Erringung eines Grundmandats (auf Bundesebene dreier Grundmandate) braucht, keine zu große Spanne klafft. Eine Spanne wird - weil nun einmal Verhältniswahl und Mehr-

⁹ Sub 3 a dritter Absatz der Senatsvorlage.

¹⁰ BVerfGE 6, 84, 96 spricht denn auch bei Einerwahlkreisen von „lokalen Schwerpunkten“, nicht von regionalen.

¹¹ Darauf macht auch die Stellungnahme des Landeswahlleiters zum Volksbegehren vom 30. August (Seite 7) aufmerksam: „Die im Gesetzentwurf vorgesehenen Mehrmandatswahlkreise sind Einzelpersonalvorschläge; die Parteien können auch mehrerer Bewerber und Bewerberinnen unabhängig voneinander aufstellen. Der personale Charakter der Wahlkreisvorschläge wird durch die Zulassung von Präferenzen sogar besonders unterstrichen.“

¹² Wenn man die Zahlen aus der Stellungnahme des Landeswahlleiters nimmt haben die jetzigen Wahlkreise im Schnitt 31.000 Wahlberechtigte. Bei einer Wahlbeteiligung von 70% ergibt das 21.700 Wähler. Wird der Wahlkreis mit 40% der Stimmen gewonnen – eine hohe Annahme –, so benötigt der Sieger 8.600 Stimmen. Würde er nur mit 30% der Stimmen gewonnen wären es 6.510 Stimmen. Die vom Landeswahlleiter angenommenen Siebenmandatswahlkreise hätten 200.000 Wahlberechtigte. Bei gleicher Wahlbeteiligung benötigte man für einen Sieg mit 40% 56.000 Stimmen, würden die sieben Kandidaten etwa gleichen Erfolg haben, benötigten sie immer noch ungefähr 20.000 Stimmen. Bei den in der Senatsvorlage als Maßstab genommenen 15% wären immer noch 21.000 Stimmen für einen Kandidaten nötig.

¹³ Gutachtliche Stellungnahme, Rn. 35.

¹⁴ Gutachtliche Stellungnahme Rn. 39.

¹⁵ BVerfGE 6, 84, 96.

heitswahl gemischt werden - hingenommen, aber sie darf nicht ohne zwingenden Grund allzu hoch werden.“¹⁶

Das ist eine erstaunlich kühne Schlussfolgerung. Über die verfassungsrechtlich zulässige „Spanne“ zwischen der Stimmenzahl, die für die Überwindung der Sperrklausel nötig ist, und der Stimmenzahl für die Erringung der Grundmandate besagt das Zitat des Bundesverfassungsgerichts nichts. Im Gegenteil hat es im Satz vorher noch erklärt, es stehe im Ermessen des Gesetzgebers „ein oder drei Direktmandate“ zu fordern. Das Gericht toleriert also die denkbar größte Spanne zwischen der Stimmenzahl beim Gewinn eines Direktmandats und der Stimmenzahl, die für den Sprung über die 5%-Hürde nötig sind. Es sagt nur, was einleuchtend ist, dass die Stimmenzahl für *ein* Grundmandat erheblich, nämlich im Schnitt um zwei Drittel niedriger ist, als die für drei Grundmandate notwendige Stimmenzahl. Schon die Überlegung, dass - um das Bundeswahlergebnis 2005 zu nehmen - man für 5% der Stimmen 2,364 Millionen Stimmen aufbringen muss, für den Gewinn dreier Wahlkreise aber meist erheblich weniger als 237.600 Stimmen,¹⁷ zeigt, wie absurd die Argumentation mit der Relation der nötigen Stimmen für die Überwindung der Sperrklausel und für die Erringung von drei Direktmandaten ist.¹⁸ Es geht dabei nicht um „Spannen“, sondern zahlenmäßig um Abgründe. Wenn *Pestalozza* schließt: „Eine Spanne wird - weil nun einmal Verhältnis- und Mehrheitswahl gemischt werden - hingenommen, aber sie darf nicht ohne zwingenden Grund allzu hoch sein“, so ist das angesichts der auch vom Bundesverfassungsgericht tolerierten immensen Spanne nicht zum Nennwert zu nehmen.

Im Übrigen hat die Argumentation gerade mit der zitierten Entscheidung BVerfGE 6, 84 ff. nichts zu tun. Sie stellt für die grundsätzliche Rechtfertigung einer Grundmandatsklausel als Alternative zur Sperrklausel gerade auf die „Parlamentswürdigkeit“ von Parteien ab, „weil sie sich in lokalen Schwerpunkten als politisch bedeutsam erwiesen und zugleich in besonderer Weise dem Anliegen der personalisierten Verhältniswahl entsprochen haben.“¹⁹ Die Legitimation liegt nicht in dem Stimmgewicht, mit dem eine Direktwahl gewonnen wird.

Die Folgerungen, die *Pestalozza* aus Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG zieht,²⁰ es verbiete sich, in die landesverfassungsrechtliche Regelung eine Spanne-Toleranz hineinzulesen, die über das vom Bundesverfassungsgericht akzeptierte Maß hinausgeht,²¹ sind durch die zitierte Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht nur nicht gedeckt, sondern beruhen auf einer groben Fehlinterpretation.

Legt man demgegenüber die doch sehr konstante Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Grundmandatsklausel zu Grunde, so ergibt sich folgendes Bild. Das Grundmandat als zweite Zugangshürde für die Parteien,²¹ um mit dem Zweitstimmengewicht im Wahlgebiet an der Verteilung der Sitze des Parlaments teilzunehmen, mäßigt den Verstoß gegen die Wahlgleichheit, die in der Sperrklausel liegt. Damit ist zwar eine mögliche, aber

¹⁶ Gutachtliche Stellungnahme Rn. 40.

¹⁷ Bei einem Sieg mit 40% benötigte man für drei Mandate 166.287 Stimmen. Es gab 47.288.456 gültige Zweitstimmen. 5% davon sind 2.364.422. Die 47.194.062 gültigen Erststimmen durch 298 zu verteilende Direktmandate ergeben pro Wahlkreis 158.369 Stimmen. Der Sieg ist bei der Hälfte + einer Stimme sicher (= 79.185 Stimmen); in der Regel liegt die Stimmenzahl des Gewinners, da sich die Stimmen auf mehr Kandidaten zu verteilen pflegen, aber erheblich darunter. Schon 40% sind für die meisten Sieger ein gutes Ergebnis, das sie nie erreichen werden.

¹⁸ Legt man die Zahlen aus der Stellungnahme des Landeswahlleiters zu Grunde, erforderte die Sperrklausel in Berlin bei einer 70%igen Wahlbeteiligung 84.630 Stimmen. Ein Direktmandat kann man bei 40%iger Zustimmung schon mit 8.680 Stimmen erzielen.

¹⁹ BVerfGE 6, 84, 96.

²⁰ Gutachtliche Stellungnahme Rn. 42.

²¹ Neben der Erreichung der 5% an Zweitstimmen.

nicht zugleich schon eine hinreichende Rechtfertigung für die Grundmandatsklausel gegeben; sie kann nämlich zu weiteren Ungleichheiten zwischen den von der Grundmandatsklausel begünstigten und den weiter ausgeschlossenen Parteien führen. Die Grundmandatsklausel bedarf daher einer eigenständigen Begründung. Bei deren Bewertung darf aber die Abmilderung des Eingriffs in die Wahlrechtsgleichheit in Rechnung gestellt werden.²²

Als hinreichenden Grund hat das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung das „Anliegen weitgehender integrativer Repräsentanz“²³ der politischen Kräfte im Parlament anerkannt. Damit hat es zugleich die Frage der Gewichtung dieses Anliegen und den Ausgleich gegenüber dem Belang der Funktionsfähigkeit des Parlaments, dem Gebot der Wahlrechtsgleichheit und der Chancengleichheit der Parteien“ grundsätzlich“ in die Hand des Gesetzgebers gelegt. Das Gericht achte den entsprechenden Spielraum (sc. des Gesetzgebers) und prüfe „lediglich, ob dessen Grenzen überschritten sind, nicht aber, ob der Gesetzgeber zweckmäßige oder rechtspolitisch erwünschte Lösungen gefunden hat.“ Beim Volksentscheid ist das Volk der Gesetzgeber.

Wenn der eigentliche Grund für die Zulassung der Zugangshürde „Grundmandat“ die integrative Repräsentanz der politischen Kräfte im Parlament ist, dann ist es jedenfalls nicht unzulässig, statt auf den Sieg in Einerwahlkreisen, der ja notwendig ein lokales Ereignis ist, auf die ebenfalls von Personen in Einzelwahlen erzielten Gewinne in regionalen Wahlkreisen zu setzen. Sie bestätigen eher als der Sieg in einem Einerwahlkreis, der beim geltenden Wahlrecht in Berlin ausreicht, eine *regionale* Bedeutung der Partei, für die der Wahlsieger antreten ist.

Im Übrigen ist die Auswahl der Mandatsgröße eines Wahlkreises nach § 9 Abs.2 des Volksbegehrens in die Hand des Senats gegeben. Dieses Ermessen ist notwendig, weil der Entwurf in § 9 Abs. 2 nicht nur verlangt, dass die Wahlkreise gemessen an den Mandaten und den Wahlberechtigten möglichst gleich groß sind, sondern zusätzlich, dass Wahlkreise Bezirksgrenzen nicht überschreiten dürfen. Beides limitiert das Ermessen nicht unerheblich und wird dazu führen, dass Wahlkreise mit weniger als sieben Mandaten vollständig oder doch fast vollständig überwiegen werden. Im Anhang der Stellungnahme des Landeswahlleiters²⁴ findet sich eine Skizze, wonach sich bei insgesamt 23 Wahlkreisen nur 2 Fünferwahlkreise, 5 Vierwahlkreise und 16 Dreierwahlkreise ergeben. Kleinere Mehrmandatswahlkreise können flexibler auf beide Anforderungen an die Abgrenzung reagieren. Dazu kommt, dass der Senat die Parteien zu repräsentieren pflegt, die keine Schwierigkeit mit der Sperrklausel haben. Daher kann er schon aus natürlichem Konkurrenzdenken kein Interesse an Siebenmandatswahlkreisen haben. Sie sind also so unwahrscheinlich, wie es ein Sieg in einem Einerwahlkreis mit 7% oder 8% der Stimmen wäre. Auch der ist nach geltendem Recht möglich, aber eben höchst unwahrscheinlich, da er eine sehr hohe Parteizersplitterung voraussetzte. Es ist evident, dass in einem solchen Fall der eigentliche Grund für die Zulassung der entsprechenden Partei mit ihren Zweitstimmen bei der Sitzverteilung nach § 18 LWG nicht gegeben wäre, da eine regionale Hochburg nicht besteht. Gleichwohl wird man darum die Alternative in § 18 LWG nicht für verfassungswidrig halten. Das Bundesverfassungsgericht formuliert unter Verweis auf frühere Entscheidungen das Problem so: „Der Gesetzgeber muss sich bei der Einschätzung und Bewertung nicht an abstrakt konstruierte Fallgestaltungen, sondern an der politischen Wirklichkeit orientieren.“²⁵

²² Das ist die Argumentation der vor allem auf BVerfGE 82, 322, 339 gestützten BVerfGE 95, 408, 419/420.

²³ BVerfGE 95, 408, 420, auch für das Folgende.

²⁴ Stellungnahme, letzte Seite.

²⁵ BVerfGE 95, 408, 418/419 unter Verweis auf BVerfGE 1,208, 259; 7, 63, 75; 82, 322, 344.

Tut man dies und orientiert sich nicht an den Extremfällen, drängt sich eher ein Argument auf, das aber für alle Mehrmandatswahlkreise gilt. In der Senatsvorlage heißt: „Das tatsächliche Gewicht des Gewinns eines Einerwahlkreises, der möglicherweise bei einer gleichstarken Konkurrenz bereits mit 20% bis 25% der Stimmen erreichbar ist, bezieht sich nach dem Grundanliegen der Mehrheitswahl auf die Wahlberechtigten des gesamten Wahlkreises.“²⁶ „Dies“ sei beim Mehrmandatskreis „von vorne herein“ nicht der Fall, weil zum Beispiel bei einem Siebenerwahlkreis ein Mandatsgewinn schon mit weniger als 15% erreichbar sei. Das „tatsächliche Gewicht“ bedeutet in dem beschriebenen Fall, dass 20% bis 25% der Wähler des Wahlkreises hinter dem Kandidaten stehen. Sie hat er mit einem auf ihn bezogenen Wahlkampf überzeugt. Nach den obigen Zahlen sind das bei einer 70%igen Wahlbeteiligung 4.882 Stimmen. In einem Siebenerwahlkreis verlangt bei entsprechender Wahlbeteiligung ein Sieg mit nur 12,5% 17.500 Stimmen. Geht man auf den sehr viel wahrscheinlicheren Fall eines Dreier- oder Vierermandatswahlkreises so wird die prozentuale Diskrepanz der notwendigen Stimmen für einen Wahlsieg erheblich kleiner.²⁷ Nun mag man darüber streiten, ob es nicht einfacher ist, in einem Einerwahlkreis die relative Mehrheit zu erreichen als in einem sehr viel größeren Wahlkreis eines von mehreren Mandaten. Zwei Erfahrungen sprechen dagegen: Kleinere Wahlkreise pflegen in der Regel homogener zu sein als größere, also auch eine homogenere politische Ausrichtung zu haben als diese, und die Wahlwerbung ad personam ist in ihnen viel einfacher als bei einer viel größeren Zahl an Konkurrenten.

Für das Privileg gegenüber der Sperrklausel ist dieser Einwand gegenüber dem Vergleich in der Senatsvorlage aber nicht ausschlaggebend. Entscheidend ist vielmehr, dass mit einem Mandatsgewinn in einem größeren Mehrmandatswahlkreis sehr viel eher und zuverlässiger der eigentliche Grund für die Privilegierung erfüllt wird, als in einem Einerwahlkreis, nämlich den Nachweis einer regionalen relevanten Stärke einer Partei. Nicht der Prozentsatz, mit dem gesiegt wird, ist entscheidend, sondern das Gewicht der hinter dem Sieg stehenden Stimmen. Sie signalisieren, um den Terminus einer frühen Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aufzugreifen, die „Parlamentswürdigkeit“ der Partei.

2. Unvereinbarkeit der Ersatzstimme mit dem Wahlrechtsgrundsatz der Unmittelbarkeit der Wahl?

Der Vorschlag des Volksbegehrens sieht in § 15 Abs. 1 Unterabschnitt 2 für die Wahl von Landeslisten zusätzlich zu den normalen Stimmen (Parteistimmen) eine Ersatzstimme für den Wähler vor, die nur realisiert wird, wenn eine Sperrklausel vorgesehen ist - was in Art. 39 Abs. 2 VvB der Fall ist – und wenn die Partei, der die vorrangige Wahl gegolten hat, mit ihren Parteistimmen die Sperre nicht überwunden hat. Der Sinn liegt also in einer unbedingten Wirkung der Wahlentscheidung, falls die präferierte Partei die Sperrklausel-Hürde verfehlen sollte. Aus dem Begriff der Ersatzstimme ergibt sich daher, dass sie nur einer anderen als der präferierten Partei gegeben werden kann. Die Ersatzstimme hat, falls sie gerechnet wird, nach § 17 Abs.2 des Volksbegehrens die Wirkung, dass die Stimmen, die der Wähler für die an der Sperrklausel gescheiterte Partei abgegeben hat, auf die mit der Ersatzstimme bezeichnete Partei übertragen wird. Der Wert dieser Übertragung bemisst sich allein nach dem Wert, den sie für die an der Sperrklausel gescheiterte Partei gehabt hätte.

²⁶ Sub 3 a dritter Absatz der Senatsvorlage; auch für das Folgende.

²⁷ Bei der Bürgerschaftswahl 2008 in Hamburg mit Drei- bis Fünfmandatswahlkreisen erzielt die FDP mit 4,8% fast 5% der Zweitstimmen und konnte gleichwohl in keinem der 17 Mehrmandatswahlkreise ein Mandat erreichen. Nach dem dortigen Wahlsystem hätten in einem Fünfmandatswahlkreis schon weniger als 10% der Stimmen gereicht. Nach dem Vorschlag des Volksbegehrens wären in Berlin jedoch 16,66% nötig. Die Gefahr, dass wegen der Grundmandatsklausel nun eine Fülle von Kleinparteien in das Abgeordnetenhaus einziehen würden, ist also sehr gering.

Die Senatsentscheidung sieht darin einen Verstoß gegen den Wahlrechtsgrundsatz der unmittelbaren Wahl. Sie beruft sich dafür auf die jüngste Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum negativen Stimmgewicht. Diese besagt freilich nur, dass der Wähler erkennen muss, „wie sich die eigene Stimmabgabe auf Erfolg oder Misserfolg der Wahlbewerber auswirken kann“ und dass „jede Stimme bestimmten oder bestimmbar Wahlbewerbern zugerechnet werden“ muss.²⁸ Beides ist auch bei der Ersatzstimme der Fall.

Die Senatsentscheidung behauptet denn auch die Verletzung dieses Postulats gar nicht. Vielmehr stellt sie ein eigenes auf, nämlich das Verbot einer bedingten Wahlentscheidung.²⁹ Dazu stellt sie die These auf, das Wesen des Wahlrechts verlange, eine „eindeutige, klare und unmittelbar wirkende Wahlentscheidung zu treffen“. Offensichtlich hegt sie die Hoffnung, dass „unmittelbar wirkende Wahl“ mit dem Wahlgrundsatz der „unmittelbaren Wahl“ identisch sei.

Das trifft nicht zu. Der Wahlrechtsgrundsatz der Unmittelbarkeit der Wahl enthält das Gebot einer unmittelbar wirkenden Wahl nicht. Mit hinreichender Klarheit kann man das in der vom Bundesverfassungsgericht im Urteil zum negativen Stimmgewicht zitierten Referenzentscheidung E 47, 253, 279 f. nachlesen: „Der Grundsatz der Unmittelbarkeit der Wahl verlangt, dass die Mitglieder einer Volksvertretung direkt ohne Einschaltung von Wahlmännern gewählt werden. Es schließt jedes Wahlverfahren aus, bei denen zwischen Wähler und Wahlbewerber nach der Wahlhandlung irgendeine Instanz eingeschaltet ist, die nach ihrem Ermessen den Vertreter auswählt und damit dem einzelnen Wähler die Möglichkeit nimmt, die zukünftigen Mitglieder der Volksvertretung durch die Stimmabgabe selbständig zu bestimmen.“ Das allein entspricht der Herkunft dieses Wahlgrundsatzes, der ursprünglich gegen die Zwischenschaltung von Wahlmännern gerichtet war und dann auf das Verbot jeglichen Einflusses Dritter auf die Wertung der Stimme ausgedehnt worden ist. Das ist mittlerweile Allgemeingut.³⁰ Im Urteil zum negativen Stimmgewicht hat der Senat zusätzlich das Phänomen des geltenden Bundestagswahlrechts darunter fallen lassen, wonach eine Stimme *für* eine Partei sich *gegen* diese auswirken kann. „Derartige Unwägbarkeiten“ hat es für unvereinbar mit dem Wahlrechtsgrundsatz der unmittelbaren Wahl erklärt.³¹ Die Ersatzstimme und ihre Wirkung fallen unter keine dieser Formen einer nicht unmittelbaren Wahl. Sie ist nicht „unwägbar“, hat sie Erfolg, so entsprechen sie und ihre Wirkung dem geäußerten Willen des Wählers.

Es fehlt weder an der Eindeutigkeit der Stimmabgabe noch an ihrer Klarheit. Und bedingte Wahlentscheidungen kennen die Wahlgesetze schon immer, so wenn beim Ausscheiden eines Abgeordneten aus dem Mandat ein Nachrücker seinen Platz einnimmt. Er gilt als mitgewählt, aber nur unter der Bedingung, dass er der Nächste in der Liste ist und dass ein Platz frei wird.

²⁸ BVerfG, Urteil vom 3. Juli 2008, DVBl. 2008, 1045, 1049/1050.

²⁹ Sub 3 b zweiter Absatz.

³⁰ Siehe nur *Wolfgang Schreiber*, Handbuch des Wahlrechts zum Deutschen Bundestag, 7. Auflage 2002, § 1 Rn. 10 oder *Martin Morlok* in Dreier (Hrsg.), Grundgesetzkommentar, 1998, Art. 38 Rn. 74 ff. oder *Hans Meyer* in Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, 3. Auflage 2005, § 46 Rn. 16 – 18. In BVerfGE 7, 63, 68 wird nachgewiesen, dass schon in der Weimarer Zeit der Grundsatz der Unmittelbarkeit der Wahl vom Verbot der Zwischenschaltung von Wahlmännern verallgemeinert worden ist auf das Verbot, „zwischen Wähler und Wahlbewerber nach der Wahlhandlung eine Instanz (einzuschieben,), die nach ihrem Ermessen die Abgeordneten auswählt und damit dem einzelnen Wähler die Möglichkeit nimmt, die zukünftigen Abgeordneten durch die Stimmabgabe selbständig zu bestimmen.“

³¹ DVBl. 2008, 1045, 1050.

Es fällt auch eine gewisse Inkonsequenz in der Stellungnahme des Senats auf. Während er bei der Ersatzwahl einen Verstoß gegen die Unmittelbarkeit der Wahl behauptet, weil die „Eventualität die Unmittelbarkeit der endgültigen Entscheidung (durchbricht)“³², hat er bei der „Übertragbaren Einzelstimmgebung in Mehrmandatswahlkreisen“ keine Bedenken, obwohl es auch um Eventualitäten und Stimmübertragungen geht.

Während der Landeswahlleiter keine Verfassungsbedenken gegen die Ersatzstimme anmeldet, glaubt *Pestalozza*, einen Verstoß gegen die Unmittelbarkeit der Wahl annehmen zu können,³³ weil die Stimme nur „bedingt“ ins Gewicht falle und die Bedingung „mit dem eigenen Wahlverhalten nichts zu tun“ habe. Das ist auch nicht annähernd ein relevantes Argument. Zum Beispiel fällt bei der normalen Mehrheitswahl eine Stimme nur unter der Bedingung ins Gewicht, dass sie mit genügend andern Stimmen, „die mit dem eigenen Wahlverhalten nichts zu tun haben“, die Mehrheit bildet. Bei der Verhältniswahl ist es nicht anders. Jede Stimme hat nur dann Gewicht, also Einfluss auf die Parlamentsbesetzung, wenn genügend andere Stimmen vorhanden sind, um gemeinsam den Wahlquotienten zu erreichen. Erst recht gilt das für die Bedingung, dass die anderen Stimmen für die Partei bis auf die eigene mindestens 5% der gültigen Stimmen insgesamt ausmachen müssen.

Die Ersatzstimme ist nur der Versuch, einen durch die Sperrklausel verursachten Eingriff in die Wahlgleichheit möglichst zu vermeiden und das heißt, der Wahlgleichheit und damit dem Stimmrecht jedes Einzelnen möglichst umfassend Geltung zu verschaffen. Das ist ehrenwert und nicht verfassungswidrig.³⁴ Es wäre doch merkwürdig, wenn die Verbreiterung der Wahlmöglichkeit verfassungswidrig wäre. Bei der Wahl zum Abgeordnetenhaus im Jahre 2006 wurden insgesamt 13,7% der Zweitstimmen an Parteien gegeben, die an der 5%-Klausel gescheitert sind. Es handelt sich immerhin um 190.000 Stimmen. Wenn man die Zahlen des Landeswahlleiters zu Grunde legt, wonach ein Berliner Bezirk durchschnittlich 200.000 Wahlberechtigte hat, sind das bei einer 70%igen Wahlbeteiligung 50.000 Stimmen mehr, als in einem Bezirk überhaupt abgegeben werden. Die Zahlen zeigen auch, dass die mit der Einführung der 5%-Klausel erhoffte Konzentration der Wähler auf größere Parteien nicht eingetreten ist. Die andere Hoffnung, ein Vielparteien-Parlament zu vermeiden, wird dagegen durch die Ersatzstimme nicht gestört, im Gegenteil wird die Legitimation der Parlamentsparteien durch ein höheres Stimmenaufkommen gestärkt.

3. Verstößt die Regel über die staatliche Teilfinanzierung gegen das Parteiengesetz des Bundes?

Dem Bund steht nach Art. 21 Abs. 3 GG das Gesetzgebungsrecht über das Parteienrecht zu. Auch wenn man mit der herrschenden Meinung und der Staatspraxis diese ausschließliche Gesetzgebungskompetenz nicht nur auf den Bundesbereich, sondern auch auf den Landesbereich bezieht, führt das nicht zur Kompetenzwidrigkeit der in Art. 1 Nr. 20 formulierten Änderung des § 23 LWG. Die Senatsentscheidung leitet sie aus einer Regel des Parteiengesetzes ab, wonach „für die staatliche Teilfinanzierung der Parteien allein die im endgültigen Wahlergebnis festgestellten Stimmen“ maßgeblich seien.³⁵

³² Sub 3 b zweiter Absatz.

³³ Freilich doch eher zaghaft: „Mit der Unmittelbarkeit der Wahl im beschriebenen Sinne läßt sich derartiges kaum vereinbaren“: Rn. 19 des Gutachtens.

³⁴ Es darf nur darauf verwiesen werden, dass bei den Bürgermeisterwahlen in London eine Ersatzstimme gibt. Falls kein Kandidat die absolute Mehrheit erreicht, werden Ersatzstimmen gewertet.

³⁵ Sub 3 c zweiter Absatz. Das Parteiengesetz kennt zwar Regeln, die für die Parteifinanzierung auf das endgültige Wahlergebnis abstellen. Sie betreffen aber nicht die Berechnung des Anspruchs auf staatliche Finanzierung im Einzelnen, sondern die Frage, welche Parteien überhaupt einen Anspruch auf Finanzierung haben. So

Mit den Ersatzstimmen nach § 17 des Volksbegehrens taucht aber ein Problem auf, dass primär wahlrechtlich und damit landesrechtlich und nicht parteirechtlich ist. Über die Frage der Gültigkeit einer Stimme nach Landeswahlrecht, entscheidet nicht das Bundesparteirecht, sondern ausschließlich das Landeswahlrecht. Die Gültigkeit der Stimme ist eine landesrechtliche Vorfrage des Parteienrechts des Bundes.

Es gibt in dem Entwurf des Volksbegehrens keine Regel, dass bei Eintritt des „Ersatzfalles“, also der Umschaltung auf die Ersatzstimme, die originäre Stimmabgabe für ungültig erklärt wird. Die originäre Stimme kann wegen Verfehlens der Sperrklausel keine Wirkung haben. Sie ist aber weiterhin gültig und nur unwirksam. Das hat sie mit allen Stimmen gemein, die einer unter 5% der Stimmen bleibenden Partei gegeben worden sind, ohne dass für diesen Fall Ersatzstimmen abgegeben worden wären. Selbstverständlich werden nicht nur bei der Auszählung, sondern auch im endgültigen Wahlergebnis die Stimmen für Parteien, die an der Sperrklausel scheitern, als gültige Stimmen behandelt. Da nun aber die Ersatzstimme im Falle ihrer Umsetzung auch gültig ist, hätte der Wähler mit seiner Stimmabgabe ein doppeltes Finanzgewicht, was gleichheitswidrig wäre.

Fasst man die in der Senatsentscheidung monierte Änderung des § 32 LWG als eine freilich nicht glücklich formulierte, aber nach der Begründung offensichtlich so gemeinte Korrektur dieses rechtswidrigen Ergebnisses auf, so ist ihr der Befehl zu entnehmen, im Hinblick auf die Parteienfinanzierung nur die primäre Stimme, nicht aber auch die Ersatzstimme als gültige Stimme im Sinne des § 18 PartG zu werten. Das ist eine wahlrechtliche und daher landesrechtliche Vorfrage des Bundesrechts und daher kompetenzmäßig zulässig. Sie ist zudem notwendig, weil sonst ein gravierender Gleichheitsverstoß vorläge.

wird in § 18 Abs. 3 Nr. 1 und 2 PartG die staatliche Teilfinanzierung einer Partei von jeder „für ihre Liste abgegebene gültige Stimme“ abhängig gemacht, und zwar ohne dass auf „die im endgültigen Wahlergebnis festgestellten Stimmen“³⁵ abgestellt würde. Das ist offenbar auch bewusst geschehen, weil im nächsten Absatz desselben Paragraphen zweimal als *allgemeine* Bedingung eines Mindestquorums der erzielten Stimmen für die in Absatz 3 Nr. 1 und 2 vorgesehenen Zahlungen die Formulierung auftaucht: gültige Stimmen „nach dem endgültigen Wahlergebnis“. Für die Überlegungen im Text ist diese Differenz aber vernachlässigbar, da Stimmen für eine die Sperrklauselhürde verfehlende Partei in jedem Fall, also auch im endgültigen Wahlergebnis, als gültige Stimme gewertet werden.