

Art. 21 Abs. 1 S. 1, Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG

Wahl zum Berliner Abgeordnetenhaus aufgrund zahlreicher Wahlpannen ungültig

VerfGH Berlin, Urt. v. 16.11.2022 – VerfGH 154/21 u.a., BeckRS 2022, 33528

Fall

Am 26.09.2021 fand neben den Wahlen zum Bundestag und zur Bezirksverordnetenversammlung sowie einem Volksentscheid in Berlin auch die Wahl zum Abgeordnetenhaus statt, dessen Gebiet 78 Wahlkreise umfasst. Die Wahlberechtigten konnten jeweils bis zu sechs Stimmen auf fünf Stimmzetteln abgeben. Pandemiebedingt galten Einschränkungen. Auf Rat der zuständigen Landeswahlleitung wurde die Zahl der Urnenwahllokale in Berlin im Vergleich zu 2016 um etwas mehr als 400 auf insgesamt 2.256 erhöht, die danach für durchschnittlich ca. 1.085 Wahlberechtigte zuständig waren. Ausgestattet waren sie mit durchschnittlich 2,36 Wahlkabinen. Es wurde eine durchschnittliche Verweildauer von drei Minuten pro Person angesetzt. Weitere Vorfeldmaßnahmen zur Sicherung des Wahlablaufs erfolgten nicht. Die Auslieferung der Stimmzettel wurde unterschiedlich geplant. Zum Teil erhielten die Wahllokale vor der Wahl nur eine Grundausstattung; die weiteren Stimmzettel sollten am Wahltag nachgeliefert werden.

Am Wahltag (Beginn: 8.00 Uhr) hatten viele Berliner Wahllokale nach einigen Stunden keinen vollständigen Satz von Stimmzetteln mehr. Die Nachlieferung gelang u.a. wegen des zeitgleichen Berlin-Marathons nicht rechtzeitig. Hierdurch kam es häufig zu Unterbrechungen der Wahl (insgesamt über 6.000 Minuten) mit erheblichen Wartezeiten. Vielerorts wurden nicht beide Stimmzettel oder für einen anderen Wahlbezirk vorgesehene Stimmzettel ausgehändigt. Von fehlenden bzw. falschen Stimmzetteln waren so bezüglich der Erststimme fast 6.000 und bezüglich der Zweitstimme mehr als 3.000 Wählende betroffen. Eine deutlich vierstellige Zahl gab zudem ihre Zweitstimme auf kopierten Stimmzetteln ab. Knapp über 1.000 Wahllokale waren über die gesetzliche Grenze von 18 Uhr hinaus geöffnet. Erste Prognosen in den Medien um 18 Uhr legten ein Kopf-an-Kopf-Rennen zweier Parteien nahe. Von allen Störungen zusammen waren im gesamten Berliner Wahlgebiet über 20.000 Zweitstimmenabgaben potenziell betroffen. Nach dem amtlichen Ergebnis der Abgeordnetenhauswahl betrug der Anteil der in Präsenz Wählenden ca. 40 % (2016: 47 %) der Wählenden.

Gegen die Abgeordnetenhauswahl hat die P-Partei Einspruch zum VerfGH Berlin erhoben und begehrt, die Wahl bzgl. der Erststimme in 22 Wahlkreisen und bzgl. der Zweitstimme im gesamten Wahlgebiet für ungültig zu erklären. Die Vorbereitung der Wahl und infolgedessen ihre Durchführung verletzen verfassungsrechtlich garantierte Wahlrechtsgrundsätze. Die Fehler seien auch mandatsrelevant, da – was zutrifft – jedenfalls in 19 Wahlkreisen die Zahl der Nichtwählenden mehr als doppelt so hoch sei wie die Stimmendifferenz zwischen Erst- und Zweitplatziertem und z.B. für die F-Partei bereits eine dreistellige Zahl an Zweitstimmen mehr zu Sitzverschiebungen zwischen ihren Bezirkslisten hätte führen können. Wie wird der VerfGH über die zulässige Wahlprüfungsbeschwerde entscheiden?

Bearbeitungsvermerk: Anstelle landesrechtlicher Vorschriften sind nur die entspr. Vorschriften des GG zugrunde zu legen. Es ist davon auszugehen, dass Stimmabgaben auf kopierten Stimmzetteln oder auf solchen für andere Wahlbezirke ungültig sind.

Leitsätze

1. Die Vorbereitung der Wahl muss daran ausgerichtet sein, die Wahlrechtsgrundsätze der Öffentlichkeit sowie Allgemeinheit und Gleichheit der Wahl zu wahren. Genügt die Vorbereitung der Wahl diesen Anforderungen nicht, leidet die gesamte Wahl an einem Wahlfehler.

2. Ob eine fehlerhafte Wahlvorbereitung sich auf die Durchführung der Wahl ausgewirkt hat, ist eine Frage der Mandatsrelevanz.

3. Aus dem Grundsatz der Öffentlichkeit der Wahl folgt, dass eine Wahl in Präsenz grundsätzlich für alle Wahlberechtigten möglich sein muss, die den Wunsch haben, in Präsenz zu wählen.

4. Eine den Grundsätzen der Allgemeinheit, Gleichheit und Öffentlichkeit der Wahl genügende Vorbereitung der Wahl setzt eine sachgerechte Prognose der Wahlleitung hinsichtlich der Zahl der Wahlberechtigten und der Wahldauer pro Wählendem und hierauf aufbauend die Ermittlung des Bedarfs an Wahlkabinen, Wahllokalen und Stimmzetteln voraus.

5. Die Ausgabe von Kopien von Stimmzetteln verletzt das Recht der Wahlberechtigten auf allgemeine und gleiche Ausübung ihres Wahlrechts sowie die Chancengleichheit der Parteien.

6. Nach 18 Uhr andauernde Wahlhandlungen in einer Vielzahl von Wahllokalen im gesamten Wahlgebiet trotz zeitgleicher Veröffentlichung erster Prognosen auf Grundlage von Nachwahlbefragungen verstoßen jedenfalls dann gegen den Grundsatz der freien Wahl, wenn dies auf systemischen Mängeln in der Vorbereitung der Wahl beruht.

7. Wahlfehler sind mandatsrelevant, wenn sie sich auf die Sitzverteilung ausgewirkt haben können. Eines exakten Nachweises der Auswirkungen auf die Sitzverteilung bedarf es nicht, vielmehr genügt eine potenzielle Kausalität.

Der Prüfungsmaßstab des VerFGH bzgl. der Abgeordnetenhauswahl ist insoweit angelehnt an jenen des BVerfG bei der Wahlprüfungsbeschwerde bzgl. der Bundestagswahl (vgl. §§ 40 Abs. 2 Nr. 8, 42 Abs. 1 Nr. 7 VerFGH Bln sowie § 48 Abs. 1 und 3 BVerfGG). Diese sind zwar nicht auf verfassungsrechtliche Fragen beschränkt, sondern erstrecken sich auch auf sonstige Wahlrechtsvorschriften, die hier jedoch nach dem Bearbeitungsvermerk nicht zu prüfen sind.

Da sich die in der Originalentscheidung herangezogenen Wahlrechtsgrundsätze aus der LVerf von Berlin inhaltlich mit jenen aus Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG decken, lassen sich die verfassungsrechtlichen Erwägungen insoweit grundsätzlich auch auf die Bundestagswahl übertragen.

Realistisch wären mindestens fünf Minuten.

Dass die Präsenzwahlquote tatsächlich geringer war, macht die aus Ex-Ante-Perspektive zu beurteilende Prognose nicht richtig, zumal es naheliegt, dass die Quote ohne die Fehler bei der Wahldurchführung höher ausgefallen wäre.

Lösung

Der VerFGH wird die Wahl zum Abgeordnetenhaus für ungültig erklären, soweit die hierauf gerichtete zulässige Wahlprüfungsbeschwerde begründet ist. Dies ist u.a. der Fall, soweit die Wahl Vorschriften der Verfassung verletzt (Wahlfehler), dadurch die Verteilung der Sitze beeinflusst wurde (Mandatsrelevanz) und dies zur Ungültigkeit der Wahl führt.

I. Es müsste zunächst ein **Wahlfehler** vorliegen.

„[52] ... **Wahlfehler sind alle Verstöße gegen Wahlvorschriften – einschließlich der Wahlrechtsgrundsätze – während des gesamten Wahlverfahrens.**“

1. Hier könnte bereits die **Vorbereitung der Wahl** an einem Wahlfehler leiden. Sie könnte die Grundsätze der Allgemeinheit, Gleichheit und Öffentlichkeit der Wahl verletzt haben.

„[52] Bereits die **Vorbereitung der Wahl muss daran ausgerichtet sein, die Wahlrechtsgrundsätze der Öffentlichkeit sowie Allgemeinheit und Gleichheit der Wahl zu wahren.**“

„[55] Die **Öffentlichkeit** der Wahl ist Grundvoraussetzung für eine demokratische politische Willensbildung ... Die Staatsform der parlamentarischen Demokratie ... verlangt, dass der Akt der Übertragung der staatlichen Verantwortung auf die Parlamentarier einer besonderen öffentlichen Kontrolle unterliegt ... Hieraus folgt das **verfassungsrechtliche Leitbild der Urnenwahl.** [54] Aus dem Grundsatz der Öffentlichkeit der Wahl ... folgt [insofern], dass eine Wahl in Präsenz grundsätzlich **für diejenigen Wahlberechtigten möglich sein muss, die den Wunsch haben, in Präsenz zu wählen.** [59] Der Grundsatz der **Allgemeinheit** der Wahl verbürgt die aktive und passive Wahlberechtigung. [60] [Er] gebietet, dass jeder und jede Wahlberechtigte eine vollständige und gültige Stimme abgeben kann ... Der Zugang ... muss zudem **unter zumutbaren, insbesondere vorhersehbaren und für alle ... grundsätzlich realisierbaren Bedingungen** erfolgen. Hierzu müssen die ... Behörden bei der Vorbereitung und Durchführung ... alle erforderlichen Vorkehrungen treffen. [61] Auch der Grundsatz der **Gleichheit** ... gebietet [dies]. [62] ... Wahlberechtigte, die nicht **beide Stimmen gültig abgeben können**, haben nicht den formal gleichen Einfluss auf das Wahlergebnis.

[63] [Die] ... Vorbereitung der Wahlen setzt [daher] eine **sachgerechte Prognose** der Landeswahlleitung hinsichtlich der Zahl der Wahlberechtigten und der Wahldauer pro Wählendem und hierauf aufbauend die **Ermittlung des Bedarfs an Wahlkabinen, Wahllokale und Stimmzetteln** voraus.“

Diesen Anforderungen ist die Wahlvorbereitung hier nicht gerecht geworden.

„[74] Die Prognose einer durchschnittlichen **Wahlzeit** von **drei Minuten** ... für die Abgabe aller Stimmen war ... **nicht realistisch.** Der Wahlvorgang war **überdurchschnittlich komplex** ... [Es] musste damit gerechnet werden, dass eine Vielzahl ... sich erst in der Wahlkabine konkret mit den Stimmzetteln beschäftigen würde ... [Hinzuzurechnen] war zudem die Zeit, die durch Einhaltung der Hygienevorschriften ... aufgewendet werden musste ... Die Registrierung war [zudem] ... **komplizierter und zeitaufwändiger** als bei den vergangenen Wahlen. [75] Darüber hinaus war der angesetzte Bedarf an **Wahlkabinen nicht ausreichend** ... [Er] reichte im Durchschnitt nur aus, um etwa 43 Prozent der Wahlberechtigten eine Präsenzabstimmung zu ermöglichen. [77] Mit einer solch geringen Anzahl an Präsenzwählenden durfte die Landeswahlleitung nicht rechnen ... Die Quote ... im Jahr 2016 betrug ca. 47 %.“

Somit verletzt die Wahlvorbereitung die Öffentlichkeit, Allgemeinheit und Gleichheit der Wahl, sodass bereits hierin ein Wahlfehler liegt.

2. Ferner könnte es auch bei der **Durchführung der Wahl** – infolge der fehlerhaften Vorbereitung – zu Wahlfehlern gekommen sein.

a) Mit Blick auf die dargelegten Anforderungen sind die Allgemeinheit und Gleichheit der Wahl verletzt worden, indem für eine Vielzahl von Personen die vollständige Stimmabgabe unmöglich war, weil sie **nicht alle Stimmzettel ausgehändigt** bekamen.

„[88] Der Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl wurde dadurch verletzt. [89] [Dies] verletzt überdies den ... Grundsatz der Gleichheit der Wahl. Die von fehlenden Stimmzetteln betroffenen Wahlberechtigten hatten **nicht den formal gleichen Einfluss auf das Wahlergebnis** wie die Wahlberechtigten, denen beide Stimmzettel ... ausgehändigt wurden.“

b) Dasselbe gilt, soweit einer Vielzahl von Wahlberechtigten wegen der Ausgabe für einen anderen Wahlkreis vorgesehener bzw. **falscher oder kopierter Stimmzettel** eine wirksame Stimmabgabe unmöglich war.

„[96] Da die auf falschen Stimmzetteln abgegebenen Erst- bzw. Zweitstimmen ungültig sind, kam die Ausgabe falscher Stimmzettel [insoweit] ... **faktisch einem ... Ausschluss von der Wahl ... gleich**. [98] Die Ausgabe der Kopien von Stimmzetteln ... verletzt [ebenfalls] ... das Recht ... auf allgemeine und gleiche Ausübung ihres Wahlrechts. [103] ... Die Ausgabe ungültiger Stimmzettel kommt [auch insoweit] **faktisch einem Ausschluss von der Wahl ... gleich**. [104] [Darin] liegt durch die **Veränderung der Reihenfolge der Wahlvorschläge** zugleich eine Verletzung ... der **Gleichheit der Wahl** sowie der **Chancengleichheit der Parteien** (... Art. 21 GG). Denn durch die Gestaltung der Stimmzettel kann die Wahlentscheidung beeinflusst werden ... [Hierdurch] werden **unterschiedliche Ausgabebedingungen für die Abgabe der Stimme** geschaffen.“

c) Zudem könnte ein Verstoß gegen die Allgemeinheit der Wahl aus Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG darin liegen, dass vielen Wahlberechtigten die Stimmabgabe durch **Unterbrechungen** während der Wahlzeit unzumutbar erschwert wurde.

„[106] ... Insgesamt sind Unterbrechungen ... von [über 6.000 Minuten] dokumentiert. Diese ... beruhen auf den wahlfehlerhaften Vorbereitungen. [107] [Hierdurch] ... war den betroffenen Wählenden eine **zumutbare Teilnahme an der Wahl unter vorhersehbaren und realisierbaren Umständen ... nicht möglich**. Zwar müssen Wählende Unzulänglichkeiten, die sich in zeitlich engem Rahmen halten, grundsätzlich in Kauf nehmen. Um solche handelte es sich hier jedoch nicht. Während der Unterbrechungen ... konnten anwesende Wahlberechtigte nicht wählen, **ohne dass absehbar war, ob und wann die Wahllokale wieder öffnen würden**.“

Demnach verletzen die Unterbrechungen die Allgemeinheit der Wahl.

d) Dasselbe könnte ferner daraus folgen, dass vielen die Stimmabgabe durch **erhebliche Wartezeiten** unzumutbar erschwert wurde.

„[109] ... Solche Wartezeiten verletzen jedenfalls dann das Recht auf allgemeine Ausübung des Wahlrechts ... , wenn sie ... **Folge einer an schweren systemischen Mängeln leidenden Vorbereitung der Wahl** sind.“

[110] Durch erhebliche Wartezeiten war den betroffenen Wahlberechtigten eine zumutbare Teilnahme an der Wahl ... nicht mehr möglich. Dem kann auch nicht die (abstrakte) Möglichkeit späterer Rückkehr ... entgegengehalten werden. Denn es war **unvorhersehbar, ob wiederkehrende Wahlberechtigte erneut erhebliche Wartezeiten in Kauf nehmen mussten**. [111] Diese Wahlhindernisse waren **verursacht durch die fehlerhafte Vorbereitung**.“

Somit verletzen auch die langen Wartezeiten die Allgemeinheit der Wahl.

Daneben war die Wahlvorbereitung fehlerhaft, weil die Landeswahlleitung entgegen Landesrecht nicht dafür gesorgt hatte, dass zu Wahlbeginn genügend Stimmzettel in den Wahllokalen vorhanden waren sowie insg. ihrer Koordinierungspflicht nicht gerecht geworden ist. Ob sich diese „**schweren systemischen Mängel**“ der Vorbereitung auf die Wahldurchführung ausgewirkt haben, ist eine Frage der Mandatsrelevanz.

Dass die Wahlhelfenden vor Ort Kopien als Stimmzettel herausgaben, um den Wahlberechtigten überhaupt eine Wahl zu ermöglichen, ist nach Ansicht des VerFGH nicht rechtserheblich. Allein die gute Absicht könne dies schon wegen der „**zwingend hoch formalen Anforderungen**“ nicht rechtmäßig machen.

e) Schließlich könnte eine Verletzung der **Freiheit der Wahl** darin liegen, dass die Wahlhandlung vielerorts im gesamten Wahlgebiet **nach 18.00 Uhr** andauerte trotz zeitgleicher Veröffentlichung erster Wahlprognosen.

Dies „[113] ... verstößt jedenfalls dann gegen den Grundsatz der **freien Wahl** ... , wenn dies ... **auf systemischen Mängeln in der Vorbereitung der Wahl beruht**. [114] Das Recht auf Freiheit der Wahl folgt aus [Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG]. [Danach] müssen alle Wählenden ihr Wahlrecht **ohne Zwang oder sonstige unzulässige Beeinflussung** von außen ausüben können ... Sowohl staatlicher als auch privater Wahlbeeinflussung sind von Verfassungs wegen Grenzen gesetzt. Die Freiheit der Wahl wird durch solche Maßnahmen beeinträchtigt, die objektiv tauglich und konkret wirksam sind, die Wählenden zu einem bestimmten Verhalten zu veranlassen, und die geeignet sind, ihre **Entscheidungsfreiheit** ... **ernstlich zu beeinträchtigen**.

Die Wahlhelfenden sahen sich gezwungen, die langen Wartezeiten und Unterbrechungen auszugleichen. Hätte man hingegen Wahlberechtigte nach 18 Uhr zurückgewiesen, hätte darin nach Ansicht des VerFGH eine Verletzung der Allgemeinheit der Wahl gelegen. Insofern seien Wahlfehler kaum noch zu vermeiden gewesen, was allein auf der fehlerhaften Wahlvorbereitung beruhe.

[119] Gemessen hieran stellt die Veröffentlichung der ... Prognosen ab 18.00 Uhr trotz andauernder Wahlhandlungen in zahlreichen Wahllokalen ... eine **erhebliche Einwirkung auf die Wählerwillensbildung** dar ... Die Wählenden, die noch nach 18.00 Uhr ... warteten, konnten ... bereits kurz nach 18.00 Uhr wissen, dass es zu einem ‚Kopf-an-Kopf-Rennen‘ der zwei stärksten Parteien kam. [120] ... [Von] der Öffnung nach 18.00 Uhr waren ... **fast die Hälfte** [der Urnenwahllokale betroffen] ... Die Wahlbeeinflussung war ... zwar primär durch Rundfunk und Fernsehen verursacht. Die ... Öffnungen nach 18.00 Uhr sind jedoch **auf die schwerwiegenden systemischen Mängel in der Vorbereitung** ... zurückzuführen.“

Somit liegt in der Öffnung von Wahllokalen nach 18 Uhr trotz erster Prognosen der Medien eine Verletzung der Freiheit der Wahl. Damit kam es bei der Vorbereitung und Durchführung zu **zahlreichen Wahlfehlern**.

II. Die Wahlfehler müssten **mandatsrelevant** sein.

„[123] Wahlfehler sind mandatsrelevant..., wenn sie sich auf die Sitzverteilung ausgewirkt haben können. Eines Nachweises der Auswirkungen ... bedarf es nicht, vielmehr genügt eine **potentielle Kausalität**. [126] ... Lässt sich infolge schwerwiegender Wahlfehler nicht mehr ausschließen, dass dadurch die Mandatsverteilung beeinflusst worden ist, so kann das ... die Gültigkeit der Wahl gefährden. Daraus folgt, dass die Anforderungen an die Feststellung einer möglichen Beeinflussung der Sitzverteilung **desto geringer sind, je schwerwiegender die Wahlfehler** das Demokratieprinzip beeinträchtigen. [127] ... [Hierbei] muss es sich um eine **nach der allgemeinen Lebenserfahrung konkrete und nicht ganz fernliegende Möglichkeit** handeln. [128] Der Zweck des Wahlprüfungsverfahrens ... verbietet es, bei der Prüfung der Mandatsrelevanz von nicht, nicht wirksam oder nicht unbeeinflusst abgegebenen Stimmen ein bestimmtes hypothetisches Wählerverhalten zur Verteilung der von Wahlfehlern betroffenen Stimmen zu unterstellen. Dies betrifft insbesondere die Orientierung an Wahlumfragen oder Wahlergebnissen ... Die Bedeutung des Wahlrechts wäre [ansonsten] entwertet. [131] Dieser Gedanke lässt sich auch auf die Stimmabgabe auf falschen oder Kopien von Stimmzetteln übertragen. [132] Wegen der Ermittlung der Sitze ... nach dem ... Verfahren der mathematischen Proportion ... **können bereits zahlenmäßig geringe Stimmenunterschiede die Sitzverteilung** ... beeinflussen.“

Hier lässt sich nach diesem Maßstab der potentiellen Kausalität die konkrete Möglichkeit einer Beeinflussung der Sitzverteilung durch die festgestellten Wahlfehler **insbesondere wegen ihrer Häufigkeit und Schwere** bejahen.

„[139] [Es] ... ist zunächst dokumentiert, dass wegen fehlender oder falscher Stimmzettel mindestens [fast 6.000] Wählende keine bzw. keine wirksame Erststimme und [mehr als 3.000] Wählende keine bzw. keine wirksame Zweitstimme

abgeben konnten. Weiterhin steht ... fest, dass eine ‚deutlich vierstellige Zahl‘ ... wegen Kopien ... **keine wirksame Stimme** abgeben konnte ... [sowie] darüber hinaus, dass das Wahlrecht einer Vielzahl von Wahlberechtigten wegen Unterbrechungen ... und einer Beeinflussung durch Prognosen verletzt wurde. Schließlich ... , dass eine unbekannte Anzahl weiterer Stimmen nicht, nicht wirksam, nur unter unzumutbaren Bedingungen oder nicht unbeeinflusst abgegeben werden konnte.

[184] Bei ordnungsgemäßer Vorbereitung und Durchführung ... wäre ... eine **andere Sitzverteilung konkret möglich** gewesen. Dies gilt ... für das Erststimmenergebnis in jedenfalls 19 der ... angegriffenen 22 von ... 78 Wahlkreisen, [sowie] für die in allen Wahlkreisen angegriffene Zweitstimme.“

1. „[186] Hinsichtlich des möglichen Einflusses auf die **Erststimmen** ist die potentielle Relevanz für sechs Wahlkreise ... von vornherein eindeutig. Hier ist nicht nur die Zahl der Nichtwählenden größer als die Stimmendifferenz zwischen Erst- und Zweitplatziertem. Hinzu kommt, dass die ... Zahl der von Wahlfehlern betroffenen Stimmen die Stimmendifferenz zwischen dem erst- und dem zweitplatzierten Bewerbenden übersteigt. [194] Für 13 der weiteren 16 angegriffenen Wahlkreise ... ist ... gleichfalls die potentielle Mandatsrelevanz festzustellen. Zwar überschreiten [hier] die ... von Wahlfehlern betroffenen Stimmen den Abstand zwischen Erst- und Zweitplatziertem nicht. [197] Doch ist in allen Fällen **die Anzahl der Nichtwählenden mehr als doppelt so hoch wie die Differenz zwischen dem gewählten Bewerbenden und der ihm nachfolgenden Person. Dies führt zu dem Schluss, dass die konkrete Möglichkeit einer Beeinflussung der Sitzverteilung besteht.** [206] ... [Im Übrigen besteht die] Besonderheit ... , dass in allen drei Wahlkreisen die Zahl der Nichtwählenden die Stimmendifferenz zwischen der erst- und zweitplatzierten Person nur relativ geringfügig ... übersteigt ... Ob ... für [diese] Konstellationen ... die Möglichkeit eines Einflusses auf die Sitzverteilung ... anders beurteilt werden muss, bleibt offen. Angesichts des Umstandes, dass für 19 Wahlkreise die potentielle Kausalität zu bejahen ist, kommt es ... auf eine Entscheidung dazu nicht mehr an.“

2. Hinsichtlich der **Zweitstimmen** steht fest, „[212] ... dass von den ermittelten Wahlfehlern **verteilt auf alle Wahlkreise ... über 20.000 Stimmabgaben potentiell betroffen** waren. [219] ... Selbst ... eine dreistellige Anzahl von Stimmen für die [F-Partei] ... könnte zu Sitzverschiebungen zwischen den verschiedenen Bezirkslisten ... führen. Allein diese Veränderung ... genügt ... [Die] Mandatsrelevanz ... fordert ... keinen Einfluss auf die Mehrheitsverhältnisse, sondern einen Einfluss auf die Sitzverteilung, der **auch bei einer Verschiebung von Sitzen innerhalb einer Partei vorliegt.**“

Damit sind die festgestellten Wahlfehler insgesamt auch mandatsrelevant.

III. Dies könnte auf **Rechtsfolgenseite** zur Ungültigerklärung der Wahl durch den VerFGH führen.

1. Die Entscheidung erfordert hierbei eine **Abwägung** der widerstreitenden verfassungsrechtlichen Aspekte des Demokratiegebotes. In den Blick zu nehmen sind insoweit das **Korrekturinteresse** und das **Bestandsinteresse**.

„[228] Die verfassungsrechtlichen Grundsätze des Wahlrechts und der Sicherstellung demokratischer Legitimation des Parlaments gelten nicht absolut ... Es besteht grundsätzlich ein Interesse an der Erhaltung einer einmal gewählten Volksvertretung. [229] [Es] ... ist stets zu prüfen, ob das Bestandsinteresse überwiegt.

[232] Es liegt [hier zwar] im öffentlichen Interesse, dass das Abgeordnetenhaus ... kontinuierlich arbeitsfähig ist. [233] Für die Erklärung der Ungültigkeit der Wahl ... sprechen [jedoch] folgende ... Gesichtspunkte: [234] Die **Integrität des Wahlergebnisses** ist durch die Schwere der Wahlfehler insgesamt **erheblich beschä-**

Insb. hiergegen richtet sich das **Sondervotum** der Richterin Prof. Dr. Lembke. Problematisch hieran ist, dass zu den – als Vergleichsmaßstab herangezogenen – Nichtwählenden auch jene Wahlberechtigten zählen, die gar nicht vorhatten zu wählen. Die Größe dieser Teilgruppe war jedoch nicht feststellbar. Wegen der Vielzahl und Schwere der flächendeckenden Wahlfehler hat der VerFGH dennoch die Mandatsrelevanz auch bzgl. der Erststimme bejaht. Auch die Lit. sieht diesen Punkt z.T. kritisch (vgl. etwa Wischmeyer JuS 2023, 286, 287 f.).

dig ... [Sie] verletzen die **Wahlrechtsgrundsätze in ihrem Kern**. [235] ... Hierbei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass ... ihre Ursache in einem **Organisationsverschulden** ... liegt. [236] ... [Es] ist daher maßgeblich einzubeziehen, dass die Wahlfehler insgesamt **Ausdruck eines systemischen Mangels der Wahlvorbereitung** ... sind. [237] Entscheidend ... ist ..., dass ... ein **erheblicher Vertrauensverlust** der Berliner Bürgerinnen und Bürger in demokratische Strukturen droht.“

Demnach überwiegt grundsätzlich das Korrekturinteresse gegenüber dem Bestandsinteresse.

2. Schließlich könnte dies sogar die Ungültigerklärung der Wahl bzgl. beider Stimmen im gesamten Berliner Wahlgebiet zur Folge haben.

„[228] ... Der hohen Bedeutung des Fortbestandes des gewählten Parlaments entspricht das **Gebot des geringstmöglichen Eingriffs** in den Bestand des Parlaments. [229] ... Die Ungültigerklärung einer gesamten Wahl setzt daher einen erheblichen Wahlfehler von solchem Gewicht voraus, dass ein Fortbestand der in dieser Weise gewählten Volksvertretung **unerträglich** erschiene. [239] ... Maßstab ... ist das Ziel des Wahlprüfungsverfahrens, eine **verfassungskonforme Zusammensetzung des Parlaments** zu erreichen. [242] ... Ist der Umfang der Wiederholungswahl so groß, dass sich das Gesamtergebnis der Wahl nicht mehr als **einheitliche Momentaufnahme des Volkswillens** darstellt, liegt kein mit den Wahlrechtsgrundsätzen und dem Demokratieprinzip vereinbares Wahlergebnis vor.“

Auch in diesem Punkt wird die Entscheidung im **Sondervotum** sowie z.T. in der Lit. (vgl. wiederum Wischmeyer JuS 2023, 286, 288) kritisiert. Befürwortet wird - jedenfalls bzgl. der Erststimme - eine Beschränkung der Ungültigerklärung auf die betroffenen Wahlkreise.

Nach diesen Maßstäben kann nur eine Ungültigerklärung der Wahl im gesamten Wahlgebiet ein verfassungskonformes Wahlergebnis bewirken.

„[240] Dafür spricht ... , dass sich ... die systemischen Fehler bei der Vorbereitung der Wahl mehr oder weniger stark auf die Durchführung der Wahl **im gesamten Wahlgebiet** ausgewirkt haben. [241] Eine Heilung der Fehler, z.B. durch Neuauszählung, ist vorliegend nicht möglich. Auch die Wiederholung eines Teils der Wahl kann die Legitimation des Parlaments ... nicht wiederherstellen. [243] ... [Hinzu kommt], dass **alle Zweitstimmen** ... sowie ein **substantieller Teil der Erststimmen** ... **von mandatsrelevanten Wahlfehlern betroffen** sind ... [sowie] dass andernfalls etwa ein Viertel der ... Wählenden sowohl Erst- als auch Zweitstimme neu abgeben dürfte, während etwa drei Viertel ... nur die Abgabe der Zweitstimme wiederholen dürfte. Das führte zu einer unangemessen großen Gestaltungsmacht mehr als eines Viertels. [244] Bei den Wahlfehlern handelt es sich [ferner] ... insgesamt um **schwere Demokratieverstöße** ... [Insofern] kann nur eine gesamte Wahlwiederholung die **Vertrauensbasis des demokratischen Staates** ... wiederherstellen.“

Ergebnis: Die zulässige Wahlprüfungsbeschwerde ist begründet. Der VerfGH wird die Wahl im gesamten Wahlgebiet für ungültig erklären.

Die Entscheidung wirkte ex nunc und hatte die Neuwahl am 12.02.2023 zur Folge. Einen hiergegen gerichteten Eilantrag beim BVerfG hatte dieses kurz zuvor mangels Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde in der Hauptsache abgelehnt (Beschl. v. 25.01.2023 – 2 BvR 2189/22, BeckRS 2023, 10418). Das BVerfG stelle keine zweite Instanz über dem LVerfG dar. Daher sei auch der Schutz des Wahlrechts in den Ländern grds. allein Ländersache. Dies gelte jedenfalls, solange die dortige verfassungsmäßige Ordnung – wie in Berlin – den Homogenitätsanforderungen des Art. 28 Abs. 1 GG genüge.

Ass. Henrik Gilles