

Verfassungsrechtliche Betrachtungen zur Wirkung einer aktiven Wahlenthaltung bei der Wahl zum Deutschen Bundestag

Clemens Stewing

I. Einleitung

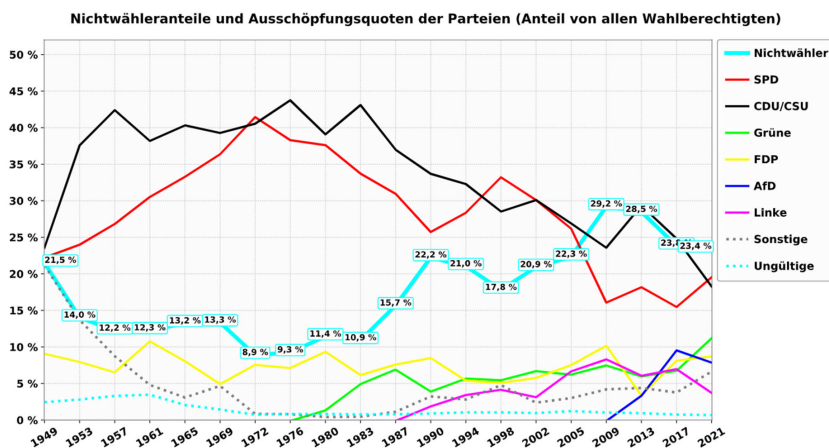
Das Wahlrecht zum Deutschen Bundestag gibt andauernden Anlass zu Diskussionen und Reformvorschlägen. Schwerpunkte sind dabei neben den eher technischen Randthemen wie z.B. Wahltermin-Bündelung, Briefwahl-Aufwertung oder Auslandswahl immer wieder materiell ergebnisrelevante Dauerthemen wie die Absenkung des Wahlalters, die gleichberechtigte Repräsentanz von Frauen und Männern, die Verlängerung der Legislaturperiode und die Verkleinerung des Parlamentes. Zuletzt¹ hat der Bundestag am 17.3.2023 eine Wahlrechtsanpassung beschlossen, um die Zahl seiner Mitglieder von aktuell 736 auf 630 Abgeordnete zu begrenzen. Eher mit der Folge von Absichtserklärungen, nicht aber als wirklicher Anlass für eine Änderung des Wahlrechtes, wird nach Wahlen regelmäßig die geringe Wahlbeteiligung bemängelt und thematisiert. Die Quote der Nichtwähler hat bei Wahlen zum Deutschen Bundestag – mit Schwankungen – tendenziell stetig zugenommen.²

Als Gründe für die abnehmende Wahlbeteiligung werden angeführt ein mangelndes politisches Interesse bzw. eine mangelnde Identifikation mit den jeweils antretenden Parteien. Andere angeführte Gründe (soziale Umstände, Protest als Motiv etc.) sind Untergruppen der o.g. Hauptgründe mangelnden Interesses oder mangelnder Identifikation.

1 Zur vorletzten Änderung v. 19.11.2020 vgl. BVerfG, Urt. v. 29.11.2023 – 2 BvF 1/21.

2 Dazu *Stark u.a.*, Wahlurne ohne WählerInnen – eine Analyse der Ursachen für Nichtwahl in Deutschland, in: Kahrs (Hrsg.), Wahlenthaltung: Zwischen Abwendung, Verdrossenheit und Desinteresse, Berlin 2017, S. 11 ff.

Bundestagswahlen in Deutschland von 1949 bis 2021



Quelle: Wikipedia, „Nichtwähler“, Historie der Wahlergebnisse in Deutschland (zit. aus: Der Bundeswahlleiter/Die Bundeswahlleiterin, Statistiken, dort abger. 28.1.2021)

Derjenige, der bei einer Bundestagswahl nicht gültig seine Stimme für eine Partei oder eine Person abgibt, enthält sich der Wahl oder gibt eine ungültige Stimme ab.³ Innerhalb dieser wahltechnisch weitgehend anonymen und nur durch Wahlforschung analysierbaren Gruppe ist jedoch zu unterscheiden: Die Nichtwählergruppe, die aus politischem Desinteresse nicht oder aus wahltechnischer Unfähigkeit ungültig wählt, muss politisch bzw. praktisch unterrichtet und dazu angehalten werden, zu wählen bzw. dieses gültig zu tun. Dieses kann nur appellativ erfolgen, denn es gibt weder eine Wahlpflicht noch einen „Anspruch“ der Volksgemeinschaft bzw. des

3 Nachfolgend wird nur auf die Wahlen zum Deutschen Bundestag abgestellt. Hier ist die Möglichkeit der Stimmenthaltung nicht gegeben, § 30 BWahlG. Dies gilt auch für die Wahlen zu den Landesparlamenten und – soweit ersichtlich – bei bundesdeutschen Kommunalwahlen. Dadurch unterscheiden sich die Parlamentswahlen von vielen anderen Wahlen, z.B. von Organen. Hier stehen auch häufig keine Alternativen zur Wahl, und es besteht die Möglichkeit der ausdrücklichen Enthaltung. Trotz der Beschränkung des Untersuchungsrahmens auf die (Personal-)Wahlen zum Deutschen Bundestag können argumentativ Parallelen zu Wahlen innerhalb kollegialer Entscheidungsorgane gezogen werden; vgl. hierzu umfassend Thiele, Regeln und Verfahren der Entscheidungsfindung innerhalb von Staaten und Staatenverbindungen: Staats- und kommunalrechtliche sowie europa- und völkerrechtliche Untersuchungen, Berlin/Heidelberg 2008, S. 153.

Staates, dass gültig gewählt wird.⁴ Diejenigen aber, die bewusst nicht bzw. absichtlich ungültig wählen, bringen damit eine politische Einstellung zum Ausdruck. Handelt es sich um „konjunkturelle“, „taktische“ bzw. absichtlich einmalige Nichtwähler, so sind diese meist nicht politikfern,⁵ da sie zum Ausdruck bringen, dass sie mit dem sich aktuell zur Wahl stellenden politischen Angebot nicht einverstanden sind. Dauer-Nichtwähler hingegen zeigen meistens kein politisches Interesse an Wahlen oder demokratischer Teilhabe.⁶

Unabhängig von der dahinterstehenden Motivation ist die Wirkung einer ungültig abgegebenen Stimme bzw. einer Nichtwahl bei der Bundestagswahl die gleiche, denn nur die gültig abgegebenen Stimmen bestimmen das Wahlergebnis. Da es in Deutschland keine Mindestwahlbeteiligung bzw. eine von der Zahl der gültig abgegebenen Stimmen abhängige Abgeordnetenzahl gibt, ist die Parlamentsgröße unabhängig von der Wahlbeteiligung somit immer gleich. Man kann daher festhalten, dass die nicht abgegebene oder ungültige Stimme indirekt im Verhältnis der abgegebenen und gültigen Stimmen wirkt, zumindest jedoch keine Berücksichtigung findet. Das ist zwar z.B. auch in Frankreich so. Jedoch hat dort das sog. *vote blanc*, d.h. die bewusste Abgabe eines Stimmzettels, der unausgefüllt bleibt, eine starke Tradition, mit entsprechender Berücksichtigung in der politischen Diskussion.

Wahltechnisch ist die Berücksichtigung der politisch motivierten Wahlenthaltung – nur um die geht es nachfolgend, weil nur sie eine praktisch und in ihrer generellen Wahlaussage kategorisierbare und mit zunächst theoretischen Wahlfolgen zu versehende Wahlaussage darstellt – einfach zu erfassen, indem auf dem Stimmzettel die Wahlenthaltung als eine anzukreuzende Wahlentscheidung aufgeführt wird. Das macht selbstverständlich umso mehr Sinn, wenn anschließend diese Wahlentscheidung auch eine praktische Konsequenz hat, wäre jedoch in ggf. verfeinerter Form auch bereits ein Mittel der Wahlforschung.

Eine reife Demokratie sollte akzeptieren, dass sich ein Teil des Staatsvolkes uninteressiert an ihr zeigt, zumal die Alternative einer Wahlpflicht an

4 Im Gegensatz zu Abgeordneten oder anderen Mitgliedern von Organen, Gremien bzw. anderen Vertretern, bei denen eine Stimmpflicht aus der herausgehobenen und zumeist freiwilligen Stellung begründet werden kann – und früher auch stärker vertreten wurde, vgl. Thiele, Entscheidungsfindung (Fn. 3), S. 418 – ist eine Stimmpflicht zu bundesdeutschen Parlamenten nicht mehr gegeben.

5 Kahrs, Zur Einführung, in: ders. (Hrsg.), Wahlenthaltung (Fn. 2), S. 3.

6 Kahrs, Einführung (Fn. 5), S. 3.

der Gesinnung des desinteressierten Wählers nichts ändern würde. Eine reife Demokratie sollte sich jedoch fragen, ob sie den Umstand zulassen darf, dass es eine Wählergruppe gibt, die eine wahltechnisch erfassbare politische Wahlmeinung zum Ausdruck bringt, und dass dem faktisch aber überhaupt nicht Rechnung getragen wird, indem dieses Verhalten das Wahlergebnis in keiner Weise beeinflusst. Das Argument, man könne durchaus wählen gehen, schiebt den Umstand auf eine formalistische Ebene und berücksichtigt nicht Motivationslagen der Nichtwähler. Es verleugnet die Tatsache, dass auch eine bewusste Nichtentscheidung eine Entscheidung ist. Von einer Verfälschung des Wahlergebnisses zu sprechen, weil die ungültig bzw. nicht abgegebene Stimme im Verhältnis der abgegebenen und gültigen Stimmen wirkt, ist zwar möglicherweise zu weitgehend; zumindest jedoch die Ableitung des Parlamentes, „für“ das Volk zu sprechen, ist unpräzise, was aber kaum thematisiert wird – anders als z.B. bei politischen Vorstandswahlen, bei denen die Zahl der Enthaltungen als Maßstab für die politische Rückendeckung der Kandidaten deutlicher zum Ausdruck gebracht wird.⁷ Indem die Feststellung getroffen wird, die Nichtwahl beeinflusse das Wahlergebnis nicht, wird faktisch bewirkt, dass der Nichtwähler das Ergebnis der Wahl goutiert. Damit wird seinem Wahlverhalten keine eigenständige Bedeutung zugemessen, womit ihr die repräsentative Qualität aberkannt wird. Ein Aspekt dieses Arguments kommt im Minderheitsvotum zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts v. 29.11.2023 zum Ausdruck, wonach die Wahlberechtigten in der Lage sein müssen, die möglichen Konsequenzen ihrer Stimmabgabe – und das bedeutet im Umkehrschluss auch ihrer Nichtwahl – für die Zusammensetzung des Parlamentes beurteilen zu können.⁸

Aber ist es damit auch rechts-, resp. verfassungswidrig, politisch motivierte Wahlenthaltungen zu ignorieren, oder ist es eher eine politische Forderung, dem sog. aktiven Nichtwähler auch eine wahlbeeinflussende Wirkung zuzubilligen? Der vorliegende Beitrag thematisiert den verfassungsrechtlichen Rahmen hinsichtlich der Wirkung von Wahlenthaltung.

7 Vgl. auch Art. 54 GG für die Wahl des Bundespräsidenten, wonach – zumindest in den ersten beiden Wahlgängen – Enthaltungen wie Nein-Stimmen wirken.

8 Abweichende Meinung der Richter *König, Müller und Maidowski*, 2 BvF 1/21.

II. Bundesverfassungsgericht, BVerfG 2 BvC 5/11

Das Bundesverfassungsgericht hat allerdings bereits am 18.10.2011 entschieden, dass sich aus dem Grundsatz der freien Wahl nicht ableiten lässt, es bestehe ein Anspruch auf Einräumung der Möglichkeit, auf dem Stimmzettel eine Neinstimme abzugeben oder sich dort der Stimme ausdrücklich zu enthalten. Zur Begründung führt das Gericht an, dass es bei der Bundestagswahl darum gehe, die Abgeordneten des Bundestages positiv zu bestimmen, und dass ein solches Vorgehen aus wahltechnischen Gründen das „ohnehin schon aufwendige und schwierige Verfahren der Auszählung und Feststellung des Wahlergebnisses“ verkompliziere.⁹ Damit hat sich das BVerfG in dieser Entscheidung allein auf die Ebene des einfachen Wahlrechts bzw. der Wahltechnik gestützt. Verfassungsrechtliche Erwägungen wurden nicht angestellt.

Diese Entscheidung gibt erneut Anlass zu einer kritischen Würdigung, denn mehr als 10 Jahre nach der Entscheidung und seitdem weiter zunehmender Wahlenthaltung drängt sich wieder eine eingehendere Beschäftigung mit der Fragestellung auf.

III. Rechtsgeschichtliche und verfassungsrechtliche Einordnungen

Eine indirekte und praktikable Berücksichtigung von Wahlenthaltungen war bereits in § 30 Reichswahlgesetz vom 27.4.1920 vorgesehen, indem die Anzahl der Abgeordnetensitze an die Zahl der positiv abgegebenen Stimmen geknüpft war:

„Jedem Kreiswahlvorschlag werden soviel Abgeordnetensitze zugewiesen, daß je einer auf 60.000 für ihn abgegebene Stimmen kommt. Stimmen, deren Zahl für die Zuteilung eines oder eines weiteren Abgeordnetensitzes an einen Kreiswahlvorschlag nicht ausreicht (Reststimmen), werden, soweit sie auf verbundene Wahlvorschläge gefallen sind, dem Wahlverbandsausschusses und, soweit sie auf Wahlvorschläge gefallen sind, die nur einem Reichswahlvorschlag angeschlossen sind, dem Reichswahlausschusses zur Verwertung überwiesen.“ Die nicht abgegebene bzw. ungültige Stimme hatte somit – freilich undifferenziert – eine Wirkung.

Den Rahmen für die nachstehenden Erörterungen gibt Art. 38 GG. Allgemein ist vorwegzuschicken, dass der Verfassungsgrundsatz des Art. 38

9 BVerfG, Beschl. v. 18.10.2011 – 2 BvC 5/11, Rn. 6-8.

Abs.1 GG auch stets im Lichte der politischen Lebenswirklichkeit zu interpretieren ist – was sich gegebenenfalls auch auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes vom 18.10.2011 auswirken sollte.

Diese politische Lebenswirklichkeit hat sich seit den Anfängen der Bundesrepublik erheblich gewandelt. Hierzu gehören eben auch die Tatsachen, dass die Wahlbeteiligung weiter abnimmt, und dass eine stetige Ausdifferenzierung der Parteienlandschaft zu beobachten ist, bis hin zu Splitterparteien und Protestbewegungen. Dieses erfordert nicht nur eine politische Rücksichtnahme, sondern auch die Wahrnehmung durch die Verfassung. Hierzu hilft insbesondere ein Blick auf die verfassungsrechtlich vorgesehene Sperrklausel von maximal 5 %, hinsichtlich der es sich umgekehrt zunächst nicht erschließt, dass eine Gruppe, die auf eine Größenordnung von ca. 15 % der wahlberechtigten Bürger geschätzt wird – eben die Gruppe der sog. „aktiven Nichtwähler“¹⁰ – auf die Folgen der Wahl keinen Einfluss hat.

Betreffend die Frage nach den Grenzen von Differenzierung und Pauschalierung bei der Konkretisierung der wahlrechtlichen Verfassungsprinzipien sind zu benennen der aktive Wähler, der bewusst am Wahlgang teilnimmt, der „aktive“ Nichtwähler, der bewusst nicht wählt bzw. ungültig wählt und der Nichtwähler, der unbewusst nicht bzw. ungültig wählt. Das Bundesverfassungsgericht zieht die Grenze zwischen Wählern und Nichtwählern; die Frage hingegen ist, ob sie zwischen den Wählern und „aktiven“ Nichtwählern einerseits und sonstigen Nichtwählern andererseits zu ziehen ist. Vorwegzuschicken ist, dass aus rein wahlpraktischer Sicht der aktive Nichtwähler dadurch eindeutig zu identifizieren ist, dass ihm auf dem Wahlzettel die Möglichkeit der positiven Entscheidung, sich der Wahl zu enthalten, gegeben wird; wie mit dem so gewonnenen Wissen umzugehen wäre, ist eine andere Frage. Nicht hingegen greift das Argument, die Berücksichtigung der „aktiven“ Nichtwähler sei zu undifferenziert, weil sie die „Demographie der Wahlenthaltung“ nicht berücksichtigt, wonach also die Gruppe der Nichtwähler in sich weder homogen ist noch relativ das Wahlergebnis widerspiegelt; denn die hinter einem bestimmten Wahlverhalten liegende Motivation spielt bei Wahlen generell keine wahltechnische Rolle, und sie kann es aus rein wahlpraktischen Gründen auch nicht.

10 Sperriger, aber verfassungsrechtlich treffender wäre übrigens die Bezeichnung „bewusste *Nein*-Wähler“.

Die vollständige Nichtberücksichtigung von Nichtwählern bzw. Enthaltungen ist eine teilweise Besonderheit der bundesdeutschen Parlamentsdemokratie. Andere politische¹¹ Wahlsysteme demokratischer Ausgestaltung – seien es politische oder zivile Institutionen – kennen den Umgang mit und die Berücksichtigung von Enthaltung durchaus:

- Bei Wahlen des Bundesrates bedarf es ausnahmslos der Mehrheit aller Stimmen („absolute Mehrheit“ in jedem Fall, Art. 52 Abs. 3 S. 1 GG). Enthaltungen wirken je nach Abstimmungsinhalt wie eine Nein-Stimme.
- Bei Bundestagsabstimmungen bedarf es der Mehrheit der abgegebenen Stimmen („relative Mehrheit“, Art. 42 Abs. 2 S. 1 GG).
- Bei der Wahl des Bundespräsidenten bedarf es in den ersten beiden Wahlgängen der Mehrheit der Wahlberechtigten („absolute Mehrheit“ in den ersten beiden Wahlgängen, Art. 54 Abs. 6 S. 1 GG).
- Beim sog. konstruktiven Misstrauensvotum des Art. 67 GG ist der neue Bundeskanzler positiv zu bestimmen aus dem wichtigen Grund, eine handlungsfähige Regierung zu erhalten.
- Gem. Art. 238 Abs. 4 AEUV stehen Stimmenthaltungen anwesender Mitglieder der Einstimmigkeit von Ratsbeschlüssen nicht entgegen.

Aus dieser kurzen Aufzählung lassen sich zwei Schlussfolgerungen ziehen: Erstens ergibt sich, dass Enthaltungen in demokratischen Abstimmungen in zwar unterschiedlicher Weise, aber überwiegend eine tatsächlich auf den Wahlausgang sich auswirkende Bedeutung beigemessen wird. Die völlige Nichtberücksichtigung von Enthaltungen bei deutschen Parlamentswahlen ist damit im Hinblick auf die Vielzahl anderer Wahltypen eher die Ausnahme. Zweitens ist das Argument der Handlungsfähigkeit, welches in der vorgenannten Verfassungsgerichtsentscheidung als wichtige Begründung dafür durchscheint,¹² dass die Abgeordneten des Bundestages *positiv* zu bestimmen seien, unabhängig davon, ob es *praktisch* überhaupt trägt, kein durchgängiges Prinzip. Das konstruktive Misstrauensvotum des Art. 67 GG trägt als Argument deshalb nicht, weil es dort um einen personell-digitalen Vorgang geht, nämlich um die Frage, einen Bundeskanzler zu haben oder nicht.

Das Argument, die Wahl verlange eine positive Entscheidung, erfordert zunächst einen Blick auf die Konsequenzen, die daraus gezogen werden,

11 Zu zivilrechtlichen Wahlsystemen vgl. z.B. §§ 133 Abs. 1 AktG, 47 Abs. 1 GmbHG, 52 Abs. 2 GmbHG, 16 Abs. 2 GenG, 43 Abs. 2 GenG.

12 BVerfG, Beschl. v. 18.10.2011 – 2 BvC 5/11, Rn. 7.

wenn überhaupt die Möglichkeit eines negativen Wahlentscheids – sei es durch die Möglichkeit auf dem Stimmzettel, sich zu enthalten oder gegen einen Wahlvorschlag zu stimmen – eingeräumt wird; denn diese Möglichkeit selbst wäre ohne Konsequenzen zunächst nur ein Mehr an Erkenntnis, weil der Anteil der aktiven Nichtwähler tatsächlich konkret quantifiziert werden könnte anstatt ihn zu schätzen oder über Wahlumfragen annähernd zu ermitteln. Eine Möglichkeit, aus der Erfassung des Anteils aktiver Nichtwähler Konsequenzen zu ziehen, wäre, den Bundestag entsprechend zu verkleinern. Nur in diesem Fall wäre überhaupt – in Anlehnung an das konstruktive Misstrauensvotum des Art. 67 GG, und auch nur theoretisch – denkbar, dass bei einer entsprechenden Zahl von Enthaltungen bzw. Neinstimmen überhaupt kein handlungsfähiger Bundestag gewählt wird.¹³

Erstens erscheint dieses Risiko jedoch als vernachlässigbar gering – denn dann würden bereits anarchische Zustände herrschen –, und zweitens ist die Frage der *Wirkung* einer bewussten Enthaltung vorliegend noch weder thematisiert noch anhängig. Selbstverständlich sollte das hier vorgetragene Anliegen nicht wirkungslos sein. Die Frage der verfassungsrechtlichen Wirkung der Möglichkeit einer bewussten Enthaltung und der Möglichkeiten einer einfachgesetzlichen Ausgestaltung dieser Wirkung ist jedoch ein späteres Thema, das hier nur angeschnitten werden kann.¹⁴

Die Größe des Bundestages muss sich aus dem Wahlergebnis ergeben, wobei die Bemessung der absoluten Größe eine Ermessensentscheidung des Gesetzgebers ist, in der relativen Größe jedoch das Wahlergebnis widerspiegeln muss. Rn. 7 der zitierten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, wonach es für die Mandatsverteilung im Bundestag unerheblich ist, wie groß der Anteil der Stimmenthaltungen oder „Nein“-Stimmen an der Gesamtzahl der ungültigen Stimmen ist, ist keine juristische Begründung und beschreibt nur die verfassungsrechtliche Frage.

Im Hinblick auf die Unterscheidung zwischen dem der Wahl fernbleibenden und dem bewusst sich der Stimme enthaltenden Nichtwähler lassen sich Parallelen ziehen zu dem Umgang von Gremien bzw. Kollegialorganen mit Stimmenthaltung und Abwesenheit. Bereits oben wurde fest-

13 Das Risiko einer intentional herbeigeführten Beschlussunfähigkeit eines Parlamentes entsprechend der Obstruktion in Gremien/Kollegialorganen (s. Weber, Die Beschlussfassung der Volksvertretung, Würzburg 1951, S. 21 f.) besteht mangels Quorums für die Parlamentswahl selbst nicht und wäre aus wahlstatistischen Gründen praktisch unmöglich.

14 Dazu unten a.E.

gestellt, dass für Entscheidungen teilweise auf *abgegebene* Stimmen, gleich ob Ja-, Nein- oder Enthaltungsstimmen, abgestellt wird. M.a.W. wird der Abwesenheit (von Stimmen) eine andere Bedeutung beigemessen als anwesenden (und sich enthaltenden) Stimmen. Dieser Gesichtspunkt hängt eng mit der Frage zusammen, ob Stimmenthaltungen eine Stimmabgabe darstellen oder nicht.¹⁵ Die Kernproblematik in dieser Frage resultiert daraus, dass das Motiv des Abstimmenden für die aus der Enthaltung abzuleitende Abstimmungs-Wirkung nicht erkennbar ist. Dem verantwortungsbewusst mit Ja/Nein Abstimmenden ist es vor dem Hintergrund seines – unbekannten – Motivs schlimmstenfalls egal, ob das zur Wahl stehende Ergebnis positiv, negativ oder unentschieden ausfällt. Das Motiv-Spektrum des sich Enthaltenden umfasst z.B. Taktik, Gleichgültigkeit oder – im Fall von mehreren Wahlalternativen im Gegensatz zu einfachen Ja-/Nein-Entscheidungen – die Ablehnung aller Vorschläge.¹⁶

Zöge man eine Parallele von diesen, für Gremien/Kollegialorgane angestellten Erwägungen zu Parlamentswahlen, so entspräche die Abwesenheit im oben genannten Sinne dem Fernbleiben von der Wahl und die bewusste, durch Ankreuzen einer auf dem Stimmzettel explizit ermöglichten Nein-Stimme der Stimmenthaltung. Der Motivationslage würde in diesem Fall weitaus differenzierter Rechnung getragen als bei genereller Nichtberücksichtigung aller nicht positiv abgegebenen Stimmen.

IV. Die wahlrechtlichen Verfassungsprinzipien des GG

Die in diesem Zusammenhang heranzuziehenden wahlrechtlichen Verfassungsprinzipien sind die Grundsätze der freien Wahl und der Wahlgleichheit sowie das Repräsentationsprinzip. Dem Legitimationsprinzip, verankert in Art. 20 Abs. 2 GG, ist genüge getan, wenn Herrschaftsgewalt und Herrschaftsausübung durch Wahl oder Abstimmung auf das Volk zurückgeführt werden können, d.h. durch das Volk legitimiert sind.¹⁷ Die Ausge-

15 Vgl. *Jellinek*, Kabinettsfrage und Gesetzgebungsnotstand nach dem Bonner Grundgesetz, DÖV 1949, 381; *Lambrecht*, Die Stimmenthaltung bei Abstimmungen und die Nein-Stimme bei Wahlen: Ausübung, Bewertung und Abgrenzung zu anderen Abstimmungs- und Wahlmöglichkeiten, Frankfurt a.M. 1988, S. 120.

16 Wie hier im Ergebnis *Thiele*, Entscheidungsfindung (Fn. 3), S. 437 f.

17 *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I: Grundbegriffe und Grundlagen des Staatsrechts, Strukturprinzipien der Verfassung, 2. Aufl., München 1984, S. 604.

staltung dieses zwar nicht nur programmatischen, jedoch nur begrenzt operablen Verfassungsgrundsatzes übernimmt u.a. Art. 38 Abs. 1 GG.

Der Grundsatz der freien Wahl schützt die unbefangene Ausübung der Wahl, indem der Bürger zunächst als Wähler seine Wahl ohne äußere Beeinflussung aktiv (positive Stimmabgabe bzw. Abgabe einer ungültigen Stimme) oder passiv (Nichtwahl) treffen kann. In diesem Sinn berührt die in diesem Beitrag angesprochene Problematik den Gleichheitsgrundsatz nicht. Der Grundsatz schützt jedoch auch vor einer unzulässigen Einengung des Wahlangebotes im Sinne eines freien Wahlvorschlagsrechtes. Hierzu kann die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes vom 9.3.1976¹⁸ angeführt werden, wonach die gesetzlich erzwungene Verengung des Wahlrechts auf die Auswahl zwischen den von den politischen Parteien aufgestellten Wahlkreiskandidaten als eine Mediatisierung der keiner Partei angehörigen Bürger durch den Grundsatz der freien Wahl nicht mehr gerechtfertigt ist. Eine Monopolisierung des Wahlvorschlagsrechtes bei den politischen Parteien verstößt danach auch gegen die Freiheit der Wahl. Die dort aufgestellten Grundsätze müssen im übertragenen Sinne auch für das Wahlangebot im Ganzen gelten, denn es macht vor diesem Hintergrund möglicherweise keinen Unterschied, ob das Wahlrecht bezogen auf einzelne Parteien/Kandidaten oder auf die Parteienlandschaft im Ganzen betroffen ist. Ob die Freiheit der Wahl in diesem Sinne dadurch beeinträchtigt wird, dass einer Enthaltung keine Wirkung zugemessen wird, kann allerdings bezweifelt werden.

Unter dem Oberbegriff der durch Art. 38 GG geschützten Freiheit der Wahl spielt vorliegend die Ausgestaltung einer gesetzlichen Wahlpflicht eine Rolle. Dieser Begriff unterliegt einem fortschreitenden verfassungsrechtlich geprägten Verständniswechsel. Während eine Wahlpflicht noch in der Weimarer Zeit in einigen Landesverfassungen vorgesehen war, findet man sie in den reifen Demokratien aktuell nicht. Auch die Reichsverfassung kannte sie nicht rechtlich verpflichtend, setzte sie aber noch faktisch voraus. Aus diesem Grundverständnis mag die generelle Schlussfolgerung resultieren, dass die Wahlenthaltung für den Wahlausgang formell wie materiell irrelevant sein soll, besser ausgedrückt: ignoriert wird; wer nicht wählt, verliert danach seine Legitimation, irgendwelche Forderungen im Hinblick auf seine Repräsentation durch die Gewählten zu stellen. Im Laufe

18 2 BvR 89/74.

der Zeit wird die Bejahung einer Wahlpflicht kritischer gesehen¹⁹ mit dem Argument, dass einem subjektiven Recht, etwas zu tun, auch regelmäßig umgekehrt das Recht zugrunde liegt, dieses nicht zu tun. Diese Entwicklung zeichnet erstens vor, jene indirekten Wirkungen in den Blick zu nehmen, die die Wahrnehmung des Rechtes, etwas nicht zu tun, zeitigt; und des Weiteren, der Nichtwahrnehmung des Rechtes ggf. auch tatsächliche Wirkungen zuzumessen. Andererseits darf die Entwicklung nicht so weit gehen, dass der Nichtwahl quasi wählende Bedeutung zugemessen wird, in dem absurden Sinne, dass ein fiktiver oder gemutmaßter Wahlausgang gezeichnet wird.

Indem die Verfassung aber die Wahlpflicht ablehnt, erhebt sie die Enthaltung zu einem Bestandteil repräsentativer Demokratie. Sie muss daher die Wahlenthaltung davor schützen, ihrer Wirkung beraubt zu werden; ob sie umgekehrt indirekt „sanktionieren“ darf, indem sie denjenigen, der bewusst nicht wählt, ignoriert, kann daher bezweifelt werden.

Es geht vorliegend nicht nur um die Frage der Freiheit der Wahl, sondern insbesondere auch um die der Gleichheit der Wahl. Hierauf geht das Bundesverfassungsgericht²⁰ jedoch nicht begründend ein. Der Grundsatz der Gleichheit der Wahl erfasst den gesamten Wahlvorgang von der Aufstellung der Bewerber über die Stimmabgabe und Auswertung der abgegebenen Stimmen bis zur Zuteilung der Abgeordnetensitze. Hier misst das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber nur einen eng bemessenen Spielraum für Differenzierungen zu, was umgekehrt bedeutet, dass sich auch Pauschalierungen an dem strengen Grundsatz messen lassen müssen.

Der Grundsatz der Wahlgleichheit besagt, dass jede (wirksam und positiv) abgegebene Stimme den gleichen Einfluss auf das Wahlergebnis haben muss. Dass der Gleichheitsgrundsatz nur für wirksam abgegebene Stimmen gelten kann, liegt auf der Hand. Erstaunlich ist jedoch, dass die wesentliche Voraussetzung dafür, dass der Gleichheitsgrundsatz überhaupt erst Wirksamkeit entfalten kann, nämlich das Vorliegen einer Stimme, in das Ermessen des Gesetzgebers gestellt wird. Es erschließt sich nicht, dass nicht infrage gestellt wird, warum eine aktiv und bewusst zum Ausdruck gebrachte Enthaltung, die zumindest eine Willensäußerung bzw. Stimme im Wortsinn darstellt, ohne weiteres vom Gleichheitsgrundsatz ausgeschlossen ist, zumal – zwar im Rahmen der bundesdeutschen Besonderheit einer gemischten Mehrheits- und Verhältniswahl, aber immerhin auch als Prinzip verständ-

19 BVerfGE 7, 63 (69).

20 BVerfGE 7, 63 (69).

lich – eben auch der gleiche Erfolgswert jeder Stimme gefordert wird. Das wird jedoch verständlich, wenn man sich klarmacht – was für alle hier erörterten Wahlrechtsgrundsätze gilt –, dass das ganze System demokratisch-politischer Willensbildung und seiner verfassungsrechtlichen Grundlagen und Verfahrensanweisungen aufgebaut ist auf der aktiven Willensbildung der Individuen der Volksgemeinschaft. Passivität kommt in dem System nicht vor, was naturgemäß so sein muss, weil in der Demokratietheorie mit der Abwesenheit eines Volkswillens schlecht Staat zu machen ist. Allerdings misst das Bundverfassungsgericht der Gleichbewertung aller Staatsbürger bei der Wahlausübung eine hohe Bedeutung zu. Es mag daher zwar im Ermessen des Gesetzgebers liegen, zu bestimmen, wie der Einfluss einer konkreten Wahläußerung sich in der Wahl manifestiert, nicht aber, ob. Die Forderung nach einer positiven Stimmabgabe ist daher zwar an sich gerechtfertigt, schließt jedoch aktive Enthaltungen ein.

Repräsentation i.S.d. Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG wird als Ausgestaltung des Legitimationsprinzips verstanden, d.h. als die operable Umsetzung des Volkswillens in politisch geordnete, staatslenkende Aktionen. Dieses umfasst insbesondere den Aspekt der Vertretung des gesamten Volkes durch jeden einzelnen Abgeordneten, womit die Form der Willensableitung angesprochen ist.²¹ Vor diesem Hintergrund wird im Rahmen des Repräsentationsprinzips herkömmlich der Wortlaut des Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG interpretiert.

In einem weiter gefassten Sinne kann man den Begriff der Repräsentation vom eigentlichen Wortlaut kommend jedoch auch im Hinblick auf den repräsentativen Charakter des Parlamentes hin deuten. Dieser Aspekt wird gemeinhin im Rahmen des Art. 21 GG unter dem Begriff des Repräsentativsystems²² als Organisationsform der Willensbildung des Volkes diskutiert. Dieser Gesichtspunkt der Repräsentation ist berührt insoweit, wie er das Wie der Repräsentation betrifft. Das Parlament leitet seine Legitimation zwar aus einer Wahl ab, die Frage ist jedoch, ob noch von einer Repräsentanz des Volkes im verfassungsrechtlichen Sinne gesprochen werden kann, wenn ein messbarer Teil des Volkes zum Ausdruck bringt, sich nicht von den zur Wahl stehenden Repräsentanten vertreten zu fühlen. Auch hier

21 Vgl. *Meyn*, Kontrolle als Verfassungsprinzip: Problemstudie zu einer legitimationsorientierten Theorie der politischen Kontrolle in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes, Baden-Baden 1982, S. 234 ff; *Oppermann*, Zum heutigen Sinn der parlamentarischen Repräsentation DÖV 1975, 763 ff.

22 Siehe *Scheuner*, Das repräsentative Prinzip in der modernen Demokratie, in: Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit – Festschrift für Hans Huber zum 60. Geburtstag, Berlin 1961, S. 222 ff.

ist die Entwicklung der abnehmenden Wahlbeteiligung anzuführen, die diese Unterscheidung zu einer tatsächlichen Bedeutung reifen lässt.²³ In der parlamentarischen Demokratie ist die Parlamentswahl das primäre Mittel der Partizipation. Sie ist die vorherrschende Form der Repräsentation des Volkswillens. Repräsentation des Volkswillens ist zwar ein schillernder Begriff, jedoch als Verfassungselement einer Demokratie unverzichtbar. Trotz allem Rufen nach Pluralismus muss das Ergebnis von Repräsentation ein funktionsfähiges Gemeinwesen bleiben, womit die Gleichsetzung von Repräsentation als Identität von Volks- und Staatswillen ein nicht zu erreichendes Ziel ist. Repräsentation im Wortsinne trifft es vielmehr, indem er nicht einen unerreichbaren Idealtypus, sondern einen Wirkmechanismus beschreibt.

Der Begriff der Repräsentation ist in diesem Zusammenhang ungeeignet, eine verfassungsrechtliche Begründung für oder gegen eine nähere Ausgestaltung der Wirkung einer Wahlenthaltung zu begründen. Er stellt nur die denkbare Verknüpfung zwischen Volkswillen und Staatswillen dar, überlässt die nähere Ausgestaltung aber der Verfassung,²⁴ wobei die Skala in der parlamentarischen Demokratie praktisch von starken plebiszitären Elementen bis hin zu reinen Mehrheitssystemen reicht. Man kann insoweit von einer Dreistufigkeit der Wahlrechtsausgestaltung sprechen. Die parlamentarische Demokratie ist eine Form der Repräsentation; fehlt es an dieser, verdient die Staatsform die Bezeichnung nicht. Konkrete Schlussfolgerungen für die Recht- bzw. Verfassungsmäßigkeit einer Wahlform lassen sich nur in Extremfällen treffen. Auf der Ebene der Verfassungsprinzipien lassen sich diese Ableitungen treffen; hier ist die Abgrenzung zur dritten Ebene, ihrer Ausformung durch das Wahlrecht auf Gesetzesebene, von Bedeutung.

Man mag einwenden, die bloße Verknüpfung von Wahlenthaltung und Größe des Parlamentes sei oberflächlich und würde damit wesentliche Ursachen der Wahlenthaltung und ihre Defizite betreffend die Erfüllung von Repräsentation nicht beheben. Das ist teilweise richtig, allerdings hat sich auch das Verständnis von Wahl und Demokratie in den vergangenen Jahrzehnten geändert. Die Stichworte lauten „Mediendemokratie, Zuschau-

23 Vgl. *Badura*, Staatsrecht: Systematische Erläuterung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl., München 1996, S. 386 m.w.N.

24 *Badura*, Staatsrecht (Fn. 23), S. 386.

erdemokratie, Ritualdemokratie“.²⁵ Dahinter steht auch die Wahl als singuläres Ereignis, das es aus Sicht der Politiker/Kandidaten zu überstehen gilt, um in der Zeit zwischen den Wahlen Politik bestenfalls nur noch erklären zu müssen. „Die Wahlen programmieren nicht die Politik, die Politiker orientieren sich in ihrem Handeln nur bedingt an den Wahlergebnissen“.²⁶ Wahlenthaltung gilt es in diesem Zusammenhang allenfalls am Wahlabend zu bedauern, sie selbst hat keine bzw. weniger Bedeutung für die persönliche Zukunft des einzelnen Politikers als das Wahlergebnis im engeren Sinne.

Der Kern des Repräsentationsprinzips besteht in der Konkretisierung des Willens des einzelnen Individuums der Volksgemeinschaft und seine Überführung in staatliche Maßnahmen, Verfahren und Regeln mittels eines verbindenden Verfahrens- und Ordnungsrahmens. Der individuelle Wille eines Einzelnen spielt dabei nur insoweit eine Rolle, wie er zu einem überwiegenden gemeinsamen Willen einer Gruppe der Volksgemeinschaft führen kann. Der verbindende Verfahrens- und Ordnungsrahmen muss die Übereinstimmung des überwiegenden Willens einer Gruppe der Volksgemeinschaft mit staatlichen Maßnahmen, Verfahren und Regeln ermöglichen, wenngleich nicht garantieren. Die Ausgestaltung der Repräsentation obliegt der Verfassung und kann inhaltlich – etwa durch plebiszitäre Elemente – oder zeitlich – etwa durch längere oder kürzere Wahlperioden – dem Willen des Individuums durchaus eine stärkere oder weniger direkte Bedeutung zumessen.

Dem Nichtwähler in einem den Volkswillen vermittelnden Verfahrens- und Ordnungsrahmen unter diesem Gesichtspunkt eine Bedeutung zuzuweisen, erscheint auf den ersten Blick wesensfremd, weil das Repräsentationsprinzip zunächst einen positiven Willen unterstellt und nicht die Abwesenheit eines solchen. Andererseits sind auch Nichtwähler Teil der demokratischen Volksgemeinschaft. Das Repräsentationsprinzip wiese demnach eine Lücke auf, wenn nicht auch diese Wählergruppe Berücksichtigung im o.g. verbindenden Verfahrens- und Ordnungsrahmen fände.

Diese noch oberflächlichen Betrachtungen machen deutlich, dass sich der Begriff der Repräsentation in seiner mangelnden Konkretheit als Handlungsanweisung für die vorliegende Fragestellung nicht eignet, gleichwohl

25 Jörke, (Nicht-)Wählen in der Postdemokratie, in: Kahrs (Hrsg.), Wahlenthaltung (Fn. 2), S. 29 (32).

26 Jörke, (Nicht-)Wählen (Fn. 25), S. 33.

jedoch der Eindruck nicht von der Hand zu weisen ist, dass das Prinzip als Idee betroffen ist.

V. Wahlpraktische Schlussfolgerungen

Was aber bedeutet es praktisch, wenn ein verfassungsrechtliches Gebot argumentiert wird, den Stimmen „aktiver“, „bewusster“ Nichtwähler ein stärkeres Gewicht zu verleihen? Angesichts der in diesem Beitrag zum Ausdruck gekommenen Tendenz des Verfassers bedarf diese Frage erstens einer eingehenderen verfassungsgerichtlichen Befassung; zweitens kann das Ergebnis durchaus chargieren, möglicherweise auch im Laufe der Zeit bei sich verändernden Enthaltungsquoten.

An erster Stelle steht zunächst die rechtlich-statistische Erfassung der bewussten Enthaltungen. Diese Forderung ist aus Sicht des Verfassers angesichts der beachtlichen Enthaltungsquoten schon kaum mehr eine verfassungsrechtliche Frage, sondern eine Forderung nach demokratischer Hygiene, und sie dient zudem einer besseren politischen Aufklärungsarbeit. Sie ist technisch und ohne finanziellen oder sonst nennenswerten Aufwand dadurch zu erfüllen, dass auf dem Stimmzettel die Möglichkeit der Enthaltung gegeben ist.

Die verfassungsrechtlich und praktisch weitaus diffizilere Frage ist die nach dem wahltechnischen Umgang mit dem Ergebnis. Wird die Frage des verfassungsrechtlichen Gebots der Berücksichtigung der aktiven Enthaltung in Bezug auf das Wahlergebnis bejaht, gewinnt der Hinweis des Bundesverfassungsgerichts Bedeutung, wonach eine solche Berücksichtigung das „ohnehin schon aufwendige und schwierige Verfahren der Auszählung und Feststellung des Wahlergebnisses“ verkompliziere.²⁷ Inwieweit solche Überlegungen im Rahmen verfassungsrechtlicher Erwägungen angemessen erscheinen, mag dahingestellt bleiben, und am Rande sei erwähnt, dass auch die nicht unerheblichen weiteren Verkomplizierungen des Wahlrechts durch die Wahlrechtsreform 2020 das Bundesverfassungsgericht nicht abgehalten haben, die Reform verfassungsrechtlich zu goutieren.²⁸ Dass in diesem Zusammenhang die bloße Erfassung einer bewusst abgegebenen Nein-Stimme das Verfahren weiter verkomplizieren würde, erschließt sich nicht. Im Kern ist ein auf dem Wahlzettel vorgehaltenes Nein-Feld wie eine

27 BVerfG, Beschl. v. 18.10.2011 – 2 BvC 5/11, Rn. 8.

28 BVerfG, 2 BvF 1/21.

weitere Partei zu sehen, für deren Aufnahme das Wahlrecht ebenfalls ganz erhebliche Verfahrensvorkehrungen trifft. Tatsächlich wäre im Rahmen eines reinen Verhältniswahlrechts auf Basis einer Listenwahl die verhältnismäßige Einkürzung der Listen, so wie es aktuell in Abhängigkeit vom – positiven – Stimmenanteil der antretenden Parteien auch schon geschieht, unproblematisch möglich. Es spricht jedoch nichts dagegen, dieses auch im bundesrepublikanischen Mischsystem aus Mehrheits- und Verhältniswahl zu tun, indem z.B. die Gruppe der persönlich gewählten Abgeordneten unangetastet bleibt, die der über Listen gewählten Abgeordneten jedoch im Verhältnis der positiven Stimmen zu den bewussten Enthaltungen gekürzt wird. Es stellen sich Detailfragen wie z.B. die, wie mit Enthaltungen im Bereich der persönlich gewählten Wahlkreisabgeordneten umzugehen ist – wenn hier überhaupt eine Enthaltungsmöglichkeit gewährt wird; oder wie mit Ausgleichs- oder Überhangmandaten umzugehen ist. Diese Fragen stehen jedoch nach der Erörterung der Grundsatzfrage an und können nicht die Antworten darauf beeinflussen.