

# Schlechtes Erbgut

Der neue Bundestag ist gewählt. Ob aber die Wahl des alten Bundestages gültig war, bleibt offen. Über die Frage zu entscheiden wäre Sache des Bundesverfassungsgerichts gewesen. Wie das Gericht wiederholt festhält, soll das Wahlprüfungsverfahren die gesetzmäßige Zusammensetzung des Parlaments gewährleisten. Doch von den gegen die Wahl vom 18. September 2005 erhobenen Wahlprüfungsbeschwerden ist eine unbehandelt geblieben. Sie hatte einen Verstoß gegen das Bundeswahlrecht geltend gemacht, ohne den die Zusammensetzung des letzten Bundestages zwingend anders ausgefallen wäre.

Es ging um den verschleierte gemeinsamen Wahlauftritt der damals noch nicht fusionierten Linkspartei.PDS und der WASG (Wahlalternative Arbeit und Soziale Gerechtigkeit). Die offiziell unter dem Namen der Linkspartei firmierenden Landeslisten hatten aufgrund interner Absprachen der beiden Vorsitzenden, Gregor Gysi und Oskar Lafontaine, eine größere Anzahl von Mitgliedern der (formell nicht angetretenen) WASG an aussichtsreicher Stelle platziert, ohne dass dies der Wähler erkennen konnte. Auf die dennoch vom Bundeswahlleiter zugelassenen Listen entfielen schließlich bundesweit 8,7 Prozent der Zweitstimmen, so dass beide Parteien mit ursprünglich insgesamt 51 Listenkandidaten, davon 11 Mitgliedern der WASG, in den Bundestag einziehen konnten. Dass aber beide Parteien durchaus abweichende Politikvorstellungen vertraten, zeigte sich schon damals und noch mehr in der Folgezeit: Die Fusion zu der einen Partei Die Linke gelang erst eineinhalb Jahre später im Juni 2007. Es spricht wohl viel für die Annahme, dass diese nachträgliche Parteigründung, und vor allem die Etablierung der Linken, in der deutschen Parteienlandschaft ganz wesentlich durch den Umstand befördert worden ist, dass sie schon längst über den Status und die Wirkkraft als Bundestagsfraktion verfügte.

Die Wahlprüfungsbeschwerde hatte das wahltaktische Vorgehen als rechtswidrig gerügt. Denn dem Bundeswahlrecht

Das Wahlprüfungsrecht ist dringend reformbedürftig. Zügiger Rechtsschutz gegen verbotene Listenvorschläge wie von Linkspartei und WASG ist geboten.

Von Hans-Detlef Horn  
und Wolfgang Löwer

war und ist das Verbot mehrparteiiger Wahllisten zu entnehmen. Dieses gilt für offen deklarierte Listenvereinigungen und erst recht für verdeckt-gemeinsame Wahlvorschläge. Listenvorschläge können immer nur von einzelnen Parteien unterbreitet werden. Die Regelung sichert das demokratische Gebot der Wahlvorschlagswahrheit und die Chancengleichheit der Parteien. Der Wähler darf nicht im Unklaren bleiben und schon gar nicht darüber getäuscht werden, welcher Partei die Kandidaten einer Wahlliste angehören; er muss sich darauf verlassen können, dass die Listenbewerber nicht einer anderen Partei angehören als derjenigen, die den Wahlvorschlag unterbreitet. Überdies wird die Einheitlichkeit für jede Partei geltende Fünf-Prozent-Sperrklausel unterlaufen, wenn der Listenvorschlag einer Partei in Wahrheit von mehreren Parteien stammt.

Doch wie schon der Bundeswahlleiter, so hatte auch der Bundestag die der Beschwerde zum Bundesverfassungsgericht vorangehende Wahlanfechtung, allerdings erst im Januar 2007, für unbegründet erachtet. Noch nie hatte ein Wahlanspruch in der bundesdeutschen Geschichte Erfolg. Im vorliegenden Fall war es aber auch die Vagheit der Begründung für die Zurückweisung, die nicht befriedigen konnte. Die weitgehende politische Homogenität zwischen den beiden Parteien, so wurde dargetan, habe es erlaubt, der Linkspartei.PDS auch die auf deren Liste

nominierten WASG-Mitglieder zuzurechnen. Doch das neu erfundene Kriterium ist unhaltbar. Es kann nicht auf das Ausmaß einer politischen Nähe ankommen. Wo wäre die Grenze? Und sollen darüber etwa die Wahlbehörden entscheiden, indem sie die parteifremden Listenkandidaten einer Gesinnungs- und Loyalitätsprüfung unterziehen? Das ist ganz offenkundig abzulehnen. Das Verbot mehrparteiiger Wahlvorschläge duldet keine Relativierung oder Ausnahme.

Welche Bauchschmerzen der Bundestag selbst mit seiner Auffassung hatte, erwies sich in fraprierender Weise kurze Zeit später. Derselbe Bundestag, der die Wahlanfechtung zuvor zurückgewiesen hatte, machte sich im März 2008 just deren Begründung zu eigen, um eine Ergänzung des Bundeswahlgesetzes zu verabschieden (Bundestags-Drucksache 16/7461). Seither ist expressis verbis geregelt, dass als Wahlbewerber einer Partei nur benannt werden kann, wer „nicht Mitglied einer anderen Partei ist“ (§ 21 Abs. 1 Satz 1 Bundeswahlgesetz). Die Gesetzesänderung bedeutete aber keine Rechtsänderung in der Sache. Sie erfolgte, wie auch der Bundestag hervorhebt, „unter dem Gesichtspunkt der Rechtsklarheit“, bestätigte also lediglich die Rechtslage, wie sie schon zuvor bestanden hatte. Damit waren zwar Nachahmungen für die Zukunft verhindert. Doch erübrigt das nicht die Feststellung, dass das Vorgehen der Linken unzulässig war. Aber dazu wird es wohl nicht mehr kommen. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts werden Wahlprüfungsbeschwerden regelmäßig gegenstandslos, wenn sich ein neuer Bundestag konstituiert hat.

Über den konkreten Fall hinaus zeigt der Vorgang, dass unser Wahlprüfungsrecht anachronistisch geregelt und reformbedürftig ist. Als „Verfassungserbgut“ (Max Fleischmann) folgt es drei Regeln: (1) Eine Wahlprüfung erfolgt erst nach der Wahl; (2) sie ist zunächst Sache des Bundestages (beziehungsweise der Landtage); (3) nachfolgenden Beschwerden gibt das Bundesverfassungsgericht nur statt, wenn sich ein festgestellter Wahlfehler nachweisbar konkret auf die Mandats-

verteilung auswirkt. Dieses Konzept wirkt heute „wie ein Fossil“ (Josef Isensee). Im 19. Jahrhundert stellte sich für die gewählten Volksvertretungen die Frage, wie sie die (monarchische) Exekutive aus Fragen der Zusammensetzung des Parlaments fernhalten konnten. Daher reklamierten sie die Wahl- und Mandatsprüfung als originäre Kompetenz für sich. Aber gut funktioniert hat die Wahlprüfung – weil letztlich vom Willen der Parlamentsmehrheit gesteuert – schon damals nicht. Daher war früh gefordert worden, die Wahlprüfung einem Verfassungsgericht anzuvertrauen.

Das Grundgesetz greift den Vorschlag zwar auf, belässt aber die primäre Entscheidungskompetenz dem Parlament. Wenn es aber zunächst der Volksvertretung obliegt, über die Gesetzmäßigkeit ihrer eigenen Wahl zu entscheiden, kann dies zum einen logisch erst im Nachhinein geschehen und schließt zum anderen praktisch die Bejahung einer Regelwidrigkeit aus. Für ein Rechtsmittel ist damit klar, dass es erst als zweiter Schritt in Betracht kommt und außerdem nur dann Erfolg haben kann, wenn der Wahlfehler konkrete Mandatsrelevanz hat – wie dies zuletzt bei den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zum negativen Stimmgewicht in Dresden und zum Einsatz von Wahlautomaten deutlich wurde. Damit hat es der Bundestag – das Gleiche gilt für die Landtage – in der Hand, zu welchem Zeitpunkt der Gerichtsweg überhaupt beschritten werden kann. Nimmt man dessen Zeitbedarf hinzu, werden Wahlprüfungsentscheidungen kaum noch die Legitimität der fortgeschrittenen Wahlperiode erschüttern können.

Dieses Ergebnis ist schon oft kritisiert worden. Lückenloser und effizienter Rechtsschutz gegen jede Form öffentlicher Gewalt, wie ihn das Grundgesetz garantiert, verlange auch rechtzeitigen Rechtsschutz. Davon könne aber keine Rede sein, wenn erst im Nachhinein oder – wie unser Beispiel zeigt – gar nicht richterlich entschieden werde. Schon gar nicht könne ein Wahlfehler im Vorhinein verhindert werden. Warum aber soll ausgerechnet im Wahlrechtsschutz der Rechtsschutz am schwächsten ausgeprägt sein?

Das Argument ist zwar juristisch nicht einfach durchzuhalten, weil das Wahlprüfungsrecht verfassungsrechtlich als Ausnahme vom effektiven Rechtsschutzgebot verstanden werden kann. Das Ergebnis ist aber für ein demokratisches Gemeinwesen schwerlich hinnehmbar.

Eine Reform würde Wahlfehler vor der Wahl und solche im Wahlvorgang unterscheiden können. Erstens: Wahlfehler vor der Wahl betreffen vor allem die Wahlvorbereitung, zum Beispiel welche Parteien für die Listenwahl zugelassen werden. Das hat wegen der Causa PDS/WASG bei der vorigen Bundestagswahl eine Rolle gespielt, aber ebenso im Vorfeld der jetzigen Wahl (etwa im Fall der „Pauli-Partei“). Um zu verhindern, dass eine zulässige Liste ausgeschlossen oder eine unzulässige Liste zugelassen wird, bedarf es eines präventiven Rechtsschutzverfahrens, das die Zulassungsentscheidungen der Wahlbehörden überprüft. Denkbar wäre ein spezieller Spruchkörper – zum Beispiel aus vier Präsidenten der Oberverwaltungsgerichte der Länder unter Vorsitz des Bundesverwaltungsgerichtspräsidenten –, der auf Antrag noch vor der Wahl die Entscheidung über die Listenzulassung kontrolliert. Derzeit weist das Bundesverfassungsgericht einstweilige Rechtsschutzanträge unter Hinweis auf die Nachgängigkeit der Wahlprüfung ab. Diese kommt aber zu spät, um möglichen Schaden von der Legitimation des Parlaments abzuwenden.

Zweitens: Die (verfassungs)gerichtliche Überprüfung von Fehlern im Wahlvorgang, d. h. bei der Durchführung der Wahl bis hin zur Ergebnissfeststellung, müsste ohne vorherige Prüfung durch die Volksvertretungen möglich sein. Die jetzige zweistufige Fehlerprüfung bedeutet für eine Frage, die sich nur dann zu entscheiden lohnt, wenn bald entschieden wird, einen zu großen Zeitverzug. Das sollte im Dienste der politischen Kultur und des Vertrauens in die Ordnungsgemäßheit der demokratischen Wahl alsbald zu einem Überdenken des Wahlprüfungsrechts veranlassen.

Professor Dr. Hans-Detlef Horn lehrt Öffentliches Recht an der Universität Marburg, Professor Dr. Wolfgang Löwer lehrt Öffentliches Recht an der Universität Bonn.