

Schriften zum Öffentlichen Recht

---

Band 262

# Wahlfreiheit und Wahlprüfung

Von

Arnulf von Heyl



Duncker & Humblot · Berlin

ARNULF VON HEYL

**Wahlfreiheit und Wahlprüfung**

**Schriften zum Öffentlichen Recht**

**Band 262**

# Wahlfreiheit und Wahlprüfung

Von

Dr. jur. Arnulf von Heyl



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

Alle Rechte vorbehalten  
© 1975 Duncker & Humblot, Berlin 41  
Gedruckt 1975 bei Buchdruckerei Richard Schröter, Berlin 61  
Printed in Germany

ISBN 3 428 03312 4

D 21

## Vorwort

In auffälligem Gegensatz zur Fülle der Literatur zu den Ausgestaltungsmöglichkeiten und rechtlichen Grenzen der Wahlsysteme ist der Grundsatz der Wahlfreiheit bisher nur cursorisch behandelt worden. Die Wahlfreiheit ist als Schnittpunkt der objektiven Wahlrechtsgrundsätze und der individualrechtlichen Absicherung der Wählerposition der neutralen Punkt des Wahlrechts. Die ungeklärte sogen. „Drittwirkung“ der Wahlfreiheit gegenüber nichtamtlichen Wahlbeeinflussungen ist der Ausgangspunkt der folgenden Untersuchung.

Dabei erwies es sich als erforderlich, die Entwicklungslinien der Wahlprüfungspraxis nachzuzeichnen und unter Einbeziehung wahlsoziologischer und demokratietheoretischer Ergebnisse und Fragestellungen die normative Kraft dieses Wahlrechtsgrundsatzes zu entfalten und in einen dogmatischen Kontext zu stellen.

Die Arbeit lag im WS 1973/74 dem Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Tübingen als Dissertation vor. Der Text wurde für diese Veröffentlichung nur geringfügig geändert.

Mein besonderer Dank gilt Herrn Prof. Dr. Dr. h. c. O. Bachof, der die Dissertation betreut und diese Veröffentlichung angeregt hat.

Musberg, im Juli 1974

*Arnulf v. Heyl*



## Inhaltsverzeichnis

<b>1. Gegenstand der Untersuchung und Gang der Darstellung</b> .....	11
1.1. Ausgangspunkt: Wahlen und Wahlfreiheit .....	11
1.2. Ausgrenzungen .....	15
1.3. Einschränkung rechtsvergleichender Fragestellungen .....	20
1.4. Methode .....	22
1.5. Zur Notwendigkeit der Einbeziehung sozialwissenschaftlicher Untersuchungen .....	37
<b>2. Die Wahlfreiheit im historischen Kontext bis 1918</b> .....	45
2.1. Zum Ertrag einer historischen Fragestellung .....	45
2.2. Die Wahlfreiheit bis zum Beginn der parlamentarischen Demokratie	46
2.3. Demokratie und Wahlfreiheit im 19. Jahrhundert .....	47
2.4. Politische Wahlen im Liberalismus .....	54
2.5. Die Konkretisierung des materiellen Wahlprüfungsrechts in der Wahlprüfungspraxis des Reichstags .....	58
2.6. Insbesondere: die sog. Wahlmanöver .....	66
2.7. Weitere Entwicklungslinien des materiellen Wahlprüfungsrechts bis 1918 .....	70
<b>3. Die Wahlfreiheit im veränderten Bezugsfeld nach der Staatsumwälzung 1918</b> .....	76
3.1. Kontinuität und Umbruch .....	76
3.2. Unzulässige Wahlbeeinflussungen .....	79
3.3. Sanktionsbeschränkung im Verhältniswahlrecht .....	83
3.4. Die Wahlrechtsgrundsätze der Weimarer Verfassung und die Wahlfreiheit .....	87
<b>4. Die Anknüpfung an die Wahlprüfungstradition der Weimarer Zeit im Zuge der Wiederherstellung der deutschen Staatlichkeit nach 1945</b>	92
4.1. Der Hintergrund der Denaturierung der Wahlen im Nationalsozialismus .....	92
4.2. Die neue Hervorhebung des Grundsatzes der Wahlfreiheit in den Länderverfassungen und dem Grundgesetz nach 1945 .....	94
4.3. Die Hervorhebung der Wahlfreiheit als Wahlrechtsgrundsatz im Grundgesetz .....	99
4.4. Die gemeindeutsche Verortung der Wahlfreiheit und die Kommunalwahlen .....	103
4.5. Die pragmatische Anknüpfung an die überkommene Wahlprüfungspraxis .....	108
4.6. Insbesondere: die Fortführung der Weimarer Techniken der Sanktionsbeschränkung .....	114
4.7. Die Fortführung der restriktiven Konkretisierung des materiellen Wahlprüfungsrechts in bezug auf die sog. Wahlmanöver .....	119



<b>5. Der Grundsatz der Wahlfreiheit und die Funktionen der Wahl</b> .....	<b>124</b>
5.1. Der Stellenwert einer Funktionenanalyse .....	124
5.2. Die Demokratisierung der Legitimitätsbeschaffung .....	129
5.3. Die Integrationsfunktion der Wahlen .....	133
5.4. Die Wahl als Kurationsakt .....	138
5.5. Die Programmfunktion der Wahl .....	144
5.6. Die Wahl als Entlastung und als Autonomiefiktion .....	153
5.7. Wahlkampf und Wettbewerbsordnung .....	159
<b>6. Die Wahlfreiheit im Verfassungsgefüge des Grundgesetzes</b> .....	<b>165</b>
6.1. Der Grundsatz der Volkssouveränität gemäß Art. 20 Abs. 2 GG ....	165
6.2. Das Mandat auf Zeit gemäß Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG .....	167
6.3. Wahlfreiheit und freies Mandat in der Parteiendemokratie .....	169
6.4. Die Wahlfreiheit als Schnittpunkt der Wahlrechtsgrundsätze des Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG .....	177
6.5. Der Doppelaspekt der Wahlfreiheit als objektiver Wahlrechtsgrund- satz und als subjektives öffentliches Recht .....	188
6.6. Die Gemengelage der Wahlfreiheit und der Grundrechte .....	194
<b>7. Folgerungen für das materielle Wahlprüfungsrecht</b> .....	<b>201</b>
7.1. Der Grundsatz der Wahlbestandssicherung .....	201
7.2. Folgerungen für die Wahlfehlerabgrenzung .....	207
7.3. Die sog. „einfachen Wahlbeeinflussungen“ und Wählertäuschungen ..	215
7.4. Die Einschränkung der wahlprüfungsrechtlichen Sanktion der Wahl- kassation trotz festgestellter Wahlfehler .....	222
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	<b>227</b>

## Abkürzungen

Allgemein gebräuchliche Abkürzungen sind im Verzeichnis nicht aufgeführt. Für juristische Abkürzungen wird ergänzend auf: Hildebert Kirchner, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 2. Aufl., Berlin 1968, hingewiesen.

<b>Bad.-Württ.</b>	= Baden-Württemberg
<b>BK</b>	= Kommentar zum Bonner Grundgesetz, Loseblattkommentar, Hamburg, Erstbearbeitung 1950 ff., Zweitbearbeitung 1964 ff. Diverse Bearbeiter
<b>BWVBl.</b>	= Baden-Württembergisches Verwaltungsblatt
<b>BWVGH</b>	= Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg
<b>E</b>	= Entscheidung
<b>FR</b>	= Frankfurter Rundschau
<b>FN</b>	= Fußnote
<b>HDSW</b>	= Handwörterbuch der Sozialwissenschaften
<b>MDH</b>	= Maunz, Theodor / Dürig, Günter / Herzog, Roman, Grundgesetz, Kommentar, 3. Aufl., Loseblattausgabe, München 1958 ff.
<b>NS</b>	= Nationalsozialismus
<b>NsDAP</b>	= Nationalsozialistische Deutsche Arbeiter-Partei
<b>PVS</b>	= Politische Vierteljahresschrift
<b>RN</b>	= Randnummer
<b>StuR</b>	= Staat und Recht
<b>VVN</b>	= Vereinigung der Verfolgten des Naziregimes
<b>WBE</b>	= Wahlbeeinflussung
<b>WPrüfG</b>	= Wahlprüfungsgericht



# 1. Gegenstand der Untersuchung und Gang der Darstellung

## 1.1. Ausgangspunkt: Wahlen und Wahlfreiheit

Im periodisch wiederholten Wahlvorgang vollzieht sich die politische Selbstorganisation des Volkes. Vermittelt durch die individuelle Wahlentscheidung des Staatsbürgers werden hierbei unterschiedliche Funktionsbereiche miteinander verknüpft. Ob man nun darin den Übergang von der Willensbildung des Volkes in die Staatswillensbildung sieht<sup>1</sup> oder das Aufeinanderstoßen der gesellschaftlichen und der politischen Sphäre<sup>2</sup>, in jedem Fall wäre zu erwarten, daß sich die juristische Dogmatik den grundlegenden Strukturproblemen des Wählens ausführlich widmet.

Demgegenüber fällt auf, wie wenig die aus der Souveränität des Volkes erwachsende Kreationsgewalt der Mandatserteilung auf Zeit als Grundlage des Staatsrechts methodisch erfaßt und durchgearbeitet ist. Während zu den Ausgestaltungsmöglichkeiten und rechtlichen Grenzen der Wahlsysteme und des Wahlverfahrens eine umfangreiche Literatur vorliegt<sup>3</sup>, sind die materiellrechtliche Einbettung des Wahlrechts und die Funktion des Wählens kaum erörtert. Auch die Rechtsprechung ist über eine in ihren vorsichtigen Ergebnissen meist überzeugende — methodisch jedoch unsichere — pragmatische Erledigung anstehender Streitfälle regelmäßig nicht hinausgekommen. Bemerkens-

---

<sup>1</sup> Die dichotomische Gegenübersetzung dieses Begriffspaares in BVerfGE 20, 56 ff. (98) wie auch schon in BVerfGE 8, 104 ff. (115) wird von *Häberle*, JuS 67, 64 ff. (65), zutreffend kritisiert. Abgesehen von gelegentlich formelhafter Übernahme dieses Begriffspaares wie z. B. bei *Windsheimer*, S. 39, wird in der Literatur meist der Prozeßcharakter dieses Willensbildungsganges deutlich unter Überwindung eines statischen Dualismus Staat / Gesellschaft. Außer dem Hinweis auf den Vorläufer *Smend*, S. 19 ff. (27) mag es an dieser Stelle genügen, *Schüle*, S. 37, zu erwähnen, der den gesamten Bereich der politischen Willensbildung in den Verfassungsraum einbezieht, sowie *E. Stein*, Lehrbuch, S. 71, der den Rückkopplungsprozeß herausarbeitet.

<sup>2</sup> So besonders deutlich bei *Luhmann*. Stellvertretend sei hier genannt: Gesellschaftliche und politische Bedingungen des Rechtsstaates, S. 96: „... ist die Freiheit der politischen Wahl ein Beispiel dafür, daß es möglich ist, gesellschaftliche Einflüsse auf das politische System einwirken zu lassen, ohne dessen Macht über die Gesellschaft, also dessen Funktion, zu beeinträchtigen.“ Auf die Problematik des engen Begriffs des Politischen bei *Luhmann* wird weiter unten noch einzugehen sein.

<sup>3</sup> Vor allem in Hinblick auf die Auseinandersetzung Mehrheitswahlrecht / Verhältniswahlrecht und die gesetzgeberischen Bestrebungen zur Einführung von Mischsystemen.

wert ist eine gewisse Parallele in der politologischen und wahlsoziologischen Literatur, die unter Vernachlässigung der erforderlichen Funktionenanalysen Korrelationen des Wählerverhaltens in den Mittelpunkt ihrer Untersuchungen zu stellen pflegt<sup>4</sup>. Da gerade Wahluntersuchungen in besonderer Weise die Notwendigkeit einer Verzahnung sozialwissenschaftlicher und rechtswissenschaftlicher Fragestellung verdeutlichen<sup>5</sup>, liegt der Versuch nahe, deren bisherige Isolierung bei einer dogmatischen Analyse des Wählens zu überwinden.

Als Grundanforderung demokratischer Willensbildung ist die Wahlfreiheit bisher regelmäßig nur cursorisch behandelt worden. Die Wahlfreiheit ist als Schnittpunkt der objektiven Wahlrechtsgrundsätze und der individualrechtlichen Absicherung der Wählerposition der neuralgische Punkt des Wahlrechts. Die ungeklärte sogen. „Drittwirkung“ der Wahlfreiheit gegenüber nichtamtlichen Wahlbeeinflussungen ist der Ausgangspunkt der folgenden Untersuchung<sup>6</sup>. Die Abgrenzung zulässiger und unzulässiger Wahlbeeinflussungen ist insoweit bisher in keiner Weise gelungen.

Bezüglich des mit der Wahlfreiheit in enger Beziehung stehenden Status der Freiheit der Parteien formuliert *Hesse* resignierend<sup>7</sup>:

„Soweit es sich dagegen um Einflüsse nicht-staatlicher Mächte handelt, vermag die Verfassung die Freiheit der Parteien nicht wirksam zu schützen. Gewiß gilt der Grundsatz der Parteifreiheit auch und gerade gegenüber jenen Mächten, die der Funktion der Parteien als Träger und Mittler eines freien Willensbildungsprozesses gefährlicher werden können als der Staat selbst. Aber es handelt sich insoweit unvermeidlich um eine *lex imperfecta*. Denn die Abgrenzung zwischen legitimer und den Prozeß freier Willensbildung störender Einflußnahme wie die Formen und Mittel illegitimer Ingerenz entziehen sich der rechtlichen Erfassung und vollends einer wirksamen Realisierung jenes Grundsatzes. Alles ist hier auf die eigene Widerstandskraft der Parteien, auf ihr Vermögen, selbst Einfluß zu üben, anstatt sich fremdem Einfluß zu unterwerfen, auf ihre Fähigkeit politisch zu führen, auf ihr Verantwortungsbewußtsein gestellt.“

<sup>4</sup> Als relativ willkürliche Auswahl seien hier genannt: *U. W. Kitzinger, Klingemann, Lazarsfeld/Berelson/Gaudet, Liepelt, Lipset, Vogel/Haungs*. Vor allem die Lazarsfeld-Studie hat als klassische Panel-Untersuchung die weitere Fragestellung weitgehend bestimmt.

<sup>5</sup> Vgl. *Oppermann*, S. XIII: Es „erscheint eine ausschließlich positivrechtliche Behandlung von Wahlfragen unter Ausschluß ihrer außerjuristischen Konsequenzen in diesem dem politischen Bereich so nahestehenden Sektor des öffentlichen Rechts noch weniger am Platz als sonst“.

<sup>6</sup> Während z. B. *Herb. Krüger*, S. 548, das Wahlrecht wegen seiner Staatsbezogenheit auf die streng technische Seite des Wahlvorgangs beschränkt sehen möchte, *G. Wolf*, S. 188 bzw. S. 193 seine Argumentation widersprüchlich ebenso auf bestehende wie auf mangelnde Drittwirkung stützt, verweisen andere Autoren ohne nähere Analyse nebenbei auf diese Drittwirkung: so z. B. *Maunz* in: MDH Art. 38 RN 47, 54. Vgl. weiter die Zusammenstellung bei *Jülich*, S. 90, FN 69.

<sup>7</sup> *Hesse*, VVDStRL 17, 11 ff. (29); ders., Grundzüge, S. 70.

Diese Sätze müßten Wort für Wort erst recht für die Wahlfreiheit gelten, nur mit der Maßgabe, daß hier das Vertrauen auf das Verantwortungsbewußtsein des beeinflussten Wählers noch problematischer erscheint<sup>8</sup>.

Gerade weil das Staatsrecht nicht aus einem einfachen Dualismus Staat/Gesellschaft verstanden werden kann, müßte das Problem der Außenlenkung von Meinungs- und Willensbildung als staatsrechtliches Kardinalproblem herausgearbeitet werden<sup>9</sup>. Im Parteienwettstreit des Wahlkampfes wirkt sich der Wandel der Kommunikationsstrukturen so deutlich aus, daß hier die traditionellen Lösungen und Abgrenzungen nicht mehr befriedigen. Dieses Problemfeld wird im Wahlprüfungsrecht im einzelnen deutlich.

Wegen der Verschiedenheit der Wahlprüfungsorgane und ihrer Verfahrensweise in den einzelnen politischen Körperschaften des Bundes und der Länder erscheint es sinnvoll, im folgenden das formelle Wahlprüfungsrecht nicht zu sehr in den Mittelpunkt zu stellen, wenn sich auch zahlreiche Berührungspunkte ergeben<sup>10</sup>.

Anders ist es hinsichtlich des materiellen Wahlprüfungsrechts, also der Rechtsgrundsätze, nach denen die für die Wahlprüfung zuständigen Stellen über die Gültigkeit einer Wahl zu entscheiden haben<sup>11</sup>. Dabei handelt es sich um die Normen, aus denen sich ergibt, wann ein Wahlfehler vorliegt und welche Folgen das für die Gültigkeit einer Wahl hat<sup>12</sup>. Das materielle Wahlprüfungsrecht ist nur ausgesprochen lückenhaft positiviert, insbesondere ist das Wahlprüfungsgesetz des Bundes v. 12. 3. 1951 als reines Verfahrensgesetz konzipiert, bei dessen Erlaß auf das damals noch ausstehende Bundeswahlgesetz verwiesen wurde. Die folgenden Bundeswahlgesetze haben es dann aber dabei belassen, im wesentlichen nur ungeschriebene Grundsätze als Prüfungsmaßstab heranzuziehen<sup>13</sup>.

---

<sup>8</sup> Der Bericht von *Hoppe* über einen Vortrag von *Barbey* in: DVBl. 67, 616 ff., 617 bringt folgendes zusammenfassende Zitat: „Die letztlich gefährlichen Beeinflussungen der Wähler — der Appell an das Unbewußte, die Weckung von Ressentiments, die Verachtung des rationalen Arguments, die Verhöhnung der Toleranz — lassen sich mit Rechtssprüchen nicht verhindern und nicht aus der Welt schaffen. Jede Wählerstimme ist das Ergebnis tausendfältiger, wechselseitiger Kommunikation.“

<sup>9</sup> *Faber*, S. 16.

<sup>10</sup> So z. B. bei der Frage nach der Rechtsschutz- und der Beanstandungsfunktion des Wahlprüfungsverfahrens.

<sup>11</sup> So die klassische Definition von *Ball*, S. 1.

<sup>12</sup> *K.-H. Seifert*, BWG, S. 337. *Ball* nimmt seinen falschen Ansatz, nur zu einer Vorfrage zu erklären, ob ein Wahlfehler vorliegt, später lediglich für die Frage der Abgrenzung unzulässiger Wahlbeeinflussungen wieder zurück: S. 2, 229.

<sup>13</sup> Zur Entstehungsgeschichte des Wahlprüfungsgesetzes im einzelnen die Nachweise bei *K.-H. Seifert*, DÖV 67, 231 ff. (234) und *F. Schäfer/Jekewitz*, Verfassung und Verfassungswirklichkeit 1968, S. 237 ff. (237).