

Abschrift

6

SCHOOR & KOLLEGEN
INTERVOKAT RECHTSANWÄLTE

SCHOOR & KOLLEGEN · Unter den Linden 10 · 10117 Berlin

Verfassungsgerichtshof Berlin

Per beA

Rechtsanwalt Julius S. Schoor
E-Mail: julius.schoor@intervokat.com

Rechtsanwalt Dr. Michael Adam
E-Mail: dr.michaeladam@intervokat.com

Unter den Linden 10 · 10117 Berlin
T | 030 700 140 100
F | 030 700 140 150

**Verfassungsgerichtshof
des Landes Berlin - Eingang:**
25. März 2022
..... Abschriften, Anlagen
Vorab per Fax eing.: 25.03.22
ESVP

Berlin, 25.03.2022.

Unser Zeichen: IRA 11106 A

Ihr Zeichen:

In den Wahlüberprüfungsverfahren.

Landeswahlleiterin Berlin
-154/21 -

Senator für Inneres
-156/21-

nehmen wir für unseren Mandanten, den gewählten Wahlkreisdirektkandidaten im Wahlkreis 1, Marzahn-Hellersdorf, Herrn Gunnar Lindemann, AfD, wie folgt Stellung:

A. Zum Vortrag der Antragsteller:

Mit den Wahlprüfungsanträgen der Landeswahlleiterin sowie des Innensensors wurde auch das amtlich festgestellte Wahlergebnis im Wahlkreis 1 von Marzahn-Hellersdorf angefochten.

Bankverbindung
IBAN DE 18 1001 0010 0925 6881 06
Postbank Berlin

Berufshaftpflichtversicherung
R+V-Versicherung
AG Raiffeisenplatz 1
65189 Wiesbaden

Steuernummer: 35/201/622-3
Finanzamt Pankow/Weißensee

Der Landeswahlausschuss hatte das amtliche Endergebnis der Wahl zum Abgeordnetenhaus vom 26.09.2021 am 14.10.2021 festgestellt. Danach wurde Herr Gunnar Lindemann, AfD, als Abgeordneter im Wahlkreis 1 von Marzahn-Hellersdorf direkt gewählt (Bl. 42 dA).

Die o.g. Einsprüche gegen diese Feststellung des Wahlergebnisses im Wahlkreis 1 von Marzahn-Hellersdorf berufen sich auf mutmaßliche Wahlfehler in den Wahlbezirken 10105, 10117, 10121 und 10122.

Zur Begründung einer Annahme von „Unregelmäßigkeiten“ wird im Wesentlichen die Niederschrift des Bezirkswahlausschusses vom 11.10.2021 herangezogen.

Sowohl die Landeswahlleiterin als auch der Innensenator tragen vor, dass in den genannten vier Wahlbezirken insgesamt 509 Erststimmen-Stimmzettel nicht an die Wähler ausgegeben worden seien. Die Stimmzettel seien jedoch in den Wahllokalen vorhanden gewesen. Die Fehler seien bemerkt worden, als sich Wahlberechtigte über die fehlenden Stimmzettel beschwerten. Deshalb sei in den „allermeisten“ Wahllokalen der Fehler korrigiert worden, so die Landeswahlleiterin.

Die jeweiligen Wahlvorstände haben die Anzahl der nicht ausgegebenen Stimmzettel anhand des Wählerverzeichnisses wohl rechnerisch ermittelt. Dies, so der Innensenator, weil die Abgabe von Erst- und Zweitstimme nicht gesondert dokumentiert wurde.

Die Landeswahlleiterin trägt vor, die nach ihrer Auffassung unterbliebene Ausgabe von 509 Erststimmwahlzetteln in den genannten vier Wahlbezirken des Wahlkreises 1 von Marzahn-Hellersdorf könne sich als „mandatsrelevanter“ Wahlfehler ausgewirkt haben, da der zweitplatzierte Wahlkreiskandidat, Herr Gordon Lemm (SPD), lediglich 70 Erststimmen weniger als Herr Lindemann (AfD) erlangt hatte.

Der Innensenator trägt ebenfalls ohne nähere Begründung vor, dass die Abgabe weiterer 509 Erststimmen „wahrscheinlich“ zu einem anderen Wahlergebnis im Wahlkreis 1 geführt hätte.

8

Belege für ihre Wahrscheinlichkeitserwägungen, mithin zur so genannten „Mandatsrelevanz“, legen beide Antragsteller nicht vor.

B. Rechtliche Würdigung:

1. Keine Beweise für die Nichtausgabe von 509 Erststimmen-Wahlzettel in den genannten Wahllokalen:

In der Niederschrift des Bezirkswahlausschusses von Marzahn-Hellersdorf vom 11.10.2021 finden sich folgende Anmerkungen:

- Wahlbezirk 10105: 190 Stimmzettel vom Wahlvorstand nicht ausgegeben
- Wahlbezirk 10117 99 Stimmzettel vom Wahlvorstand nicht ausgegeben.
- Wahlbezirk 10121 35 Stimmzettel vom Wahlvorstand nicht ausgegeben.
- Wahlbezirk 10122 185 Stimmzettel vom Wahlvorstand nicht ausgegeben.

Das ergibt 509 Stimmzettel. Als Grund der mutmaßlichen Nichtausgabe der Stimmzettel wurde aber lediglich vermerkt, dass die aufgenommenen Vorgänge nicht aufgeklärt werden konnten und dass es sich mithin bei den Schlussfolgerungen um „Bedenken“ handelt.

Folglich ist fraglich, ob die Feststellung, 509 Stimmzettel seien von den jeweiligen Wahlvorständen nicht ausgegeben worden, tatsächlich zutrifft oder ob lediglich die Feststellung belegt ist, dass insgesamt 509 Wähler in den verschiedenen Wahllokalen ihren Stimmzettel (Erststimme) nicht abgegeben haben.

Die Antragsteller gehen, auf Grund der Aktenvermerke des Bezirkswahlausschusses, übereinstimmend davon aus, dass 509 Stimmzettel für die Erststimme an Wähler nicht ausgegeben wurden. Dabei bleibt die Möglichkeit unberücksichtigt, dass Wähler es bewusst unterlassen haben können, ihre

Erststimme zu nutzen bzw. abzugeben. Immerhin räumen beide Antragsteller ein, dass die Abgabe der Stimmzettel nicht dokumentiert wurde.

Widersprüchlich erscheint, dass die fehlende Ausgabe der Erststimmzettel „häufig“ (so die Landeswahlleiterin) bei der Stimmabgabe bemerkt worden sei, weil sich die Wähler bei der Stimmabgabe über die fehlenden Stimmzettel beschwert hätten. In diesen Fällen muss aber angenommen werden, dass die Wahlhelfer Abhilfe geschaffen haben. Das wäre nach dem Vortrag der Antragssteller möglich gewesen, denn die Stimmzettel sollen ja in den Wahllokalen vorrätig gewesen sein.

Dieser Widerspruch wird von den Antragstellern ebenso wenig aufgeklärt, wie auch nicht in Betracht gezogen wird, dass Wähler sich zwar beschwerten, aber trotz der Beschwerde auf eine (noch mögliche) Stimmabgabe verzichteten.

Anders als es die Antragsteller darstellen, hat der Bezirkswahlausschuss die unterbliebene Ausgabe von Wahlzetteln nicht festgestellt, sondern nimmt die Nichtausgabe an, weil es eine Differenz zwischen der Anzahl der Wähler und der abgegebenen Anzahl von Erst- und Zweitstimmen gibt. Eine Annahme ist aber kein Beweis, dass 509 Wähler nicht in der Lage waren, ihre Erststimme abzugeben, ebenso wenig, dass die Stimmzettel nicht ausgegeben wurden.

2. Mangelnde Prüfung der Wahlzettelanzahl durch Wahlteilnehmer (Obliegenheitsverletzung):

Unabhängig von der unbelegten Behauptung, 509 Erststimmzettel seien nicht an Wähler ausgegeben worden, ist die Frage aufzuwerfen, welche rechtlichen Folgen einer Nichtausgabe von Stimmzetteln beizumessen ist, wenn die Wähler die Nichtausgabe entweder hinnahmen und/oder die Nichtausgabe der Stimmzettel nicht aktiv reklamierten.

Beide Antragsteller erkennen die „Mitverantwortung“ der Wahlberechtigten (Landeswahlleiterin) an sowie die „Obliegenheit, bei dem Empfang von Stimmzetteln auf deren Vollständigkeit und Richtigkeit zu achten“ (Innensenator), meinen aber, die Obliegenheitspflichten dürften „nicht überspannt werden“ (Innensenator). Mit der Ausgabe des Stimmzettelpakets sei der „Eindruck der Vollständigkeit vermittelt worden“ (Landeswahlleiterin).

Zu diesen unsubstantiierten Wertungen ist zu bemerken, dass die für die Bestimmung des Wahltages Verantwortlichen insgesamt vier Wahlen (AGH-Wahl, BVV-Wahl, Bundestagswahl, Volksentscheid) auf Sonntag, den 26.09.2021, gelegt hatten.

Hinzu kommt, dass bei der AGH-Wahl, entgegen der Modalitäten bei der Bundestagswahl, getrennte Stimmzettel für die Erst- und Zweitstimme für erforderlich gehalten wurden. Mithin sind die Wahlverantwortlichen, zu denen die Antragsteller selbst gehören, davon ausgegangen, dass die Wähler in der Lage sein werden, mit dem „Stimmzettelpaket“ eigenverantwortlich umzugehen. Insbesondere wurde den Wählern zugemutet, in der Wahlkabine darauf zu achten, die Wahlzettel für die verschiedenen Wahlen auseinanderzuhalten. Es sollte gerichtsbekannt sein, dass in Folge dessen am 26.09.2021 es zu einem ungewöhnlich langen Verweilen der einzelnen Wähler in den Wahlkabinen kam.

Zudem mussten die Wahlzettel vor dem Verlassen der Wahlkabine von den Wählern noch gefaltet werden, um eine geheime Wahl zu gewährleisten und die Zettel mussten dann in verschiedene Urnen eingeworfen werden. Mithin wurde den Berliner Wählern am 26.09.2021 unzweifelhaft einiges mehr an persönlicher Mitwirkung abverlangt, als üblich.

Fraglich ist daher, weshalb unter diesen Umständen die Nichtausgabe des Erststimmenwahlzettels im Wahlkreis 1 von Marzahn-Hellersdorf 509 Wählern verborgen geblieben sein soll, bzw. warum sollten 509 Wähler (in verschiedenen Wahllokalen!) einfach darauf vertraut haben, ein „Komplettpaket“ erhalten zu haben, so wie es die Antragsteller vortragen?

Wegen der zeitaufwändigen Wahlprozedur mussten die meisten Wähler am Wahltag lange vor und dann auch in den Wahllokalen vor dem eigentlichen Wahlvorgang anstehen. In den Wahllokalen waren Muster aller Wahlzettel ausgehängt worden. Die Wähler hatten also viel Zeit, sich diese Muster während der Wartezeiten anzuschauen. In vielen Wahllokalen haben zusätzlich Wahlhelfer den Wählern die „Zeit vertrieben“ und die Wahlzettel anhand der Aushänge den wartenden Wählern erklärt, wie der Unterzeichner es aus eigener Anschauung (in Pankow) berichten kann.

Daher muss angenommen werden, dass die Wähler Kenntnis davon hatten, dass sie für die Abgabe von zwei Stimmen (!) bei der AGH-Wahl auch zwei Wahlzettel (!) erhalten werden. Daher ist das Bewusstsein der Wähler, dass für die Abgabe der Erststimme ein gesonderter Stimmzettel benötigt wird, genauso zu unterstellen, wie deren Kompetenz festzustellen, dass dieser Stimmzettel (möglicherweise) im Einzelfall nicht ausgegeben wurde.

Wenn in dieser Situation Wähler die Aushändigung des Erststimmenwahlzettels nicht monierten/reklamierten, dann lässt das nur den Schluss zu, dass diese Wähler auf die Abgabe ihrer Erststimme zum Abgeordnetenhaus verzichteten. Auf die nähere Motivation (mangelndes Interesse, Zeitprobleme etc.) kommt es nicht an.

Andere Wähler, die das Nichtvorhandensein eines Stimmzettels gar nicht bemerkt haben sollten, haben indes gegen ihre Obliegenheitspflicht verstoßen, die Wahlunterlagen auf ihre Vollständigkeit hin zu überprüfen. Infolge des damit von diesen Wählern zu vertretenden Pflichtenverstoßes kann ein Wahlfehler der Nichtausgabe von Erststimmwahlzetteln nicht als Begründung einer Wahlwiederholung herangezogen werden.

3. Notwendige Feststellung der sog. „Mandatsrelevanz“:

Die Antragsteller behaupten im Hinblick auf das amtliche Ergebnis der Wahl im Wahlkreis 1 von Marzahn-Hellersdorf, es lägen mandatsrelevante

AL

Wahlfehler vor, da (mutmaßlich) 509 Stimmzettel nicht ausgegeben worden seien.

Dabei gehen beide Antragsteller in ihren Schriftsätzen zu Recht davon aus, dass die Feststellung einer ungültigen Wahl nur dann in Rede steht, wenn auf Grund der Unregelmäßigkeiten die reale Wahrscheinlichkeit eines anderen Wahlergebnisses und einer anderen Sitzverteilung im Parlament begründet ist.

Ein (beachtlicher) Wahlfehler liegt insoweit nur dann vor, wenn durch die geltend gemachte Rechtsverletzung die gesetzmäßige Zusammensetzung der zu wählenden Körperschaft berührt sein kann (vgl. BVerfGE 29, 154 [165]; 40, 11 [29]; 59, 119 [123]). Dabei darf es sich nicht nur um eine theoretische Möglichkeit handeln; sie muss eine nach der allgemeinen Lebenserfahrung konkrete und nicht ganz fernliegende sein (BVerfGE 89, 291 [304]); Vermutungen oder rein spekulative Annahmen genügen nicht (BVerfGE 122, 266 ff.).

Entgegen der Auffassung der Antragsteller liegt unter Berücksichtigung dieser Grundsätze selbst bei der Annahme, 509 Wahlzettel seien tatsächlich nicht ausgegeben worden, kein mandatsrelevanter Wahlfehler im Wahlkreis 1 von Marzahn-Hellersdorf vor.

Die Antragsteller tragen zwar zu Recht vor, dass der Erstplatzierte im Wahlkreis 1, Herr Gunnar Lindemann (AfD), gegenüber dem Zweitplatzierten, Herr Gordon Lemm (SPD), nur 70 Erststimmen mehr erlangte. Dieser Vorsprung könnte, rein rechnerisch betrachtet, bei einer Wahlwiederholung entfallen, wenn aus dem zur Verfügung stehenden Potential von 509 Stimmen mehr als 70 auf den Wahlkreiskandidaten Lemm entfallen und auf den Kandidaten Lindemann keine Stimmen.

Für diese Annahme besteht jedoch keine reale Wahrscheinlichkeit.

Zunächst einmal ist schon darauf hinzuweisen, dass sämtliche Direktmandate zur Wahl des Abgeordnetenhauses in den Wahlkreisen des Bezirks Marzahn-Hellersdorf stets die Kandidaten gewannen, deren Partei in dem

13

jeweiligen Wahlkreis auch die meisten Zweitstimmen auf sich vereinigen konnten.

In dem streitgegenständlichen Wahllokal 10115 entfielen auf die AfD insgesamt 27,5 % der Zweitstimmen, im Wahllokal 10117 24,7 % der Zweitstimmen, im Wahllokal 10121 29 % der Zweitstimmen, im Wahllokal 10122 25,8 % der Zweitstimmen. Auch in den anderen Wahlbezirken des Wahlkreises 1, die der Wahlanfechtung nicht unterliegen, erlangte die AfD eine signifikante Mehrheit der Zweitstimmen. Lediglich in den Briefwahlbezirken konnte die AfD keine Mehrheit erlangen. Die Briefwahl ist aber weder Gegenstand der Anfechtung, noch lassen sich daraus Rückschlüsse für den vorliegenden Fall ziehen.

Daher gibt es, bei Berücksichtigung des Zweitstimmenergebnisses der SPD im Wahlkreis 1 von Marzahn-Hellersdorf keinen Grund zur Unterstellung, dass der SPD-Kandidat, Herr Lemm, - die Abgabe weiterer 509 Erststimmzettel einmal unterstellt - den Wahlkreis anstatt des Bewerbers Lindemann gewonnen hätte.

Bei der gleichzeitig stattgefundenen Bundestagswahl war in den relevanten Wahlbezirken derselbe Personenkreis wahlberechtigt, wie bei der Abgeordnetenhauswahl. Hier gab es für Erst- und Zweitstimme nur einen Wahlzettel. Die AfD hat im Wahlkreis 1 bei der Bundestagswahl sowohl bei den Erststimmen als auch bei Zweitstimmen einen deutlichen Vorsprung vor den Parteien SPD und Linke erringen können.

Daher besteht auch bei Kenntnis und Bewertung dieses Wählerverhaltens kein Grund, von einem wahrscheinlichen Sieg des SPD-Kandidaten Lemm im Wahlkreis 1 auszugehen, jedenfalls ist keine „reale Wahrscheinlichkeit“ gegeben, dass Herr Lemm bei der Abgabe weiterer 509 Stimmen den Wahlsieg errungen hätte. Aber genau diese Einschätzung ist nach Meinung der Rechtsprechung erforderlich, um eine Mandatsrelevanz im Einzelfall anzunehmen.

AS

Auch das Ergebnis der ebenfalls am 26.09.2021 stattgefundenen Wahl zur Bezirksverordnetenversammlung von Marzahn-Hellersdorf spricht gegen die Annahme einer „realen Wahrscheinlichkeit“, dass der Kandidat der SPD den Wahlkreis 1 hat gewinnen können. Auch bei der BVV-Wahl, an der immerhin auch schon 16-Jährige sowie EU-Ausländer haben teilnehmen können, hat die Partei des Bewerbers Lindemann (AfD) im Wahlkreis 1 von Marzahn-Hellersdorf eine klare Mehrheit errungen.

Es bleibt daher festzustellen, dass selbst für den Fall, dass in den streitgegenständlichen Wahllokalen am 26.09.2021 bis zu 509 weitere Erststimmzettel ausgegeben und abgegeben worden wären, es auf Grund des festgestellten allgemeinen Wählerverhaltens keinesfalls wahrscheinlich ist, dass sich daraufhin ein Wahlsieg des Zweitplatzierten im Wahlkreis 1, Herr Gordon Lemm (SPD), eingestellt hätte. Im Gegenteil besteht viel eher die reale Wahrscheinlichkeit, dass sich das Wahlergebnis von Herrn Gunnar Lindemann (AfD) im Wahlkreis 1 dann noch verbessert hätte

4. Die Entscheidung, eine Wahl für ungültig zu erklären und eine Wahlwiederholung anzusetzen, setzt nach ständiger Rechtsprechung im Weiteren auch eine gesonderte Abwägung voraus, in der (unzweifelhaft) festgestellte Wahlfehler gegen die Interessen der/des Gewählten am Bestand der Wahl abgewogen werden.

Wie bereits ausgeführt, liegen keine ausreichenden Beweise/Belege vor, dass in den relevanten Wahlbezirken tatsächlich 509 Wahlzettel nicht an die Wähler ausgeteilt wurden.

Ungeachtet dessen überwiegt aber auch das Bestandsschutzinteresse des Gewählten am amtlichen Endergebnis, weil (wie ausgeführt) nicht anzunehmen ist, dass der Gewählte den Wahlkreis unter anderen Bedingungen nicht gewonnen hätte.

Selbst wenn man einen Wahlsieg des Zweitplatzierten Herrn Lemm (SPD) im Wahlkreis 1 einmal hypothetisch annimmt, hätte dieser „Sieg“ sich auf die Zusammensetzung des Abgeordnetenhauses von Berlin nicht ausgewirkt.

15

Denn unterstellt man die Nichtwahl unseres Mandanten im Wahlkreis 1 von Marzahn-Hellersdorf, wäre der AfD-Listenkandidat Nr. 12 in das Abgeordnetenhaus eingezogen und die Fraktionsstärke der AfD läge nach wie vor bei 13 Abgeordneten.

Bei der hypothetischen Wahl des SPD-Kandidaten Lemm als Abgeordneter des Wahlkreises 1 wäre hingegen der Bewerber der Bezirksliste der SPD, Herr Lehmann, nicht in das Abgeordnetenhaus eingezogen, sondern statt seiner Herr Lemm. Mithin bliebe auch in diesem Fall die Fraktionsstärke der SPD-Fraktion im AGH unangetastet.

Abseits dieser Hypothesen würde die Anordnung einer Wahlwiederholung im Wahlkreises 1 auch ein gewichtiges Problem im Hinblick auf die stets einzuhaltenden Grundsätze der freien, gleichen und geheimen Wahl schaffen:

Der zweitplatzierte Bewerber, Herr Gordon Lemm (SPD), wurde, nach der Wahl zum Abgeordnetenhaus, am 4. November 2021 zum Bezirksbürgermeister von Marzahn-Hellersdorf gewählt.

Es ist daher anzunehmen, dass Herr Lemm sich bei einer Wahlwiederholung gar nicht mehr zur Wahl stellen wird, denn das Amt des Bezirksbürgermeisters ist mit einem Mandat als Abgeordneter nicht vereinbar. Da allerdings im Fall der Wahlwiederholung die Wahlvorschläge der Parteien nicht neu bestimmt werden, ist selbst bei der hypothetischen Annahme einer erneuten Kandidatur von Herrn Lemm für das Abgeordnetenhaus nicht davon auszugehen, dass er seine Wahl annimmt. Damit würde eine vom erkennenden Gericht angeordnete Wahlwiederholung gegenüber der Ausgangswahl zu völlig anderen Bedingungen erfolgen.

Das gleiche Problem ist aber auch dann gegeben, wenn Herr Lemm das Mandat als Abgeordneter tatsächlich noch erringen wollte, da er zwischenzeitlich als Bezirksbürgermeister unter den Wählern in Marzahn-Hellersdorf eine Bekanntheit erlangt hat, die er vorher als Stadtrat nicht hatte.

Insofern ist in diesem Fall eine Veränderung der politischen Ausgangslage zu Lasten unseres Mandanten anzunehmen. Eine Wahlwiederholung würde

demnach nicht unter den gleichen Voraussetzungen/Bedingungen als am Wahltag des 26.09.2021, stattfinden können.

Diese tatsächlichen Veränderungen sind in einer Abwägungsentscheidung zu berücksichtigen und sprechen gegen die Anordnung einer Wahlwiederholung im Wahlkreis 1.

Letztlich muss im Rahmen dieser Abwägung auch berücksichtigt werden, dass unser Mandant, als ihm mitgeteilt wurde, er sei gewählter Abgeordneter, er auch das Spitzenmandat in der Bezirksverordnetenversammlung von Marzahn-Hellersdorf errungen hatte.

Unser Mandant musste, den besonderen Wahlvorschriften im Land Berlin nachkommend, auf das Kommunalmandat (bedingungslos) verzichten und tat dies auch. Der Verzicht auf das Mandat als Bezirksverordneter erfolgte allerdings in dem berechtigten Vertrauen, für eine weitere Wahlperiode als Abgeordneter des Abgeordnetenhauses gewählt zu sein.

In der Folge einer Wahlwiederholung könnte theoretisch unser Mandant sein Abgeordnetenmandat verlieren, ohne das er sein Bezirksverordnetenmandat wiedererlangen könnte. Der Gesetzgeber hat eine solche Konstellation nicht gesehen oder nicht in Betracht gezogen, sondern mit der von ihm geforderten bedingungslosen Erklärung wollte der Gesetzgeber allein verhindern, dass ein Mitglied der Exekutive zugleich Mitglied der Legislative im Land Berlin wird.

Der Gesetzgeber forderte von unserem Mandanten eine freie, faktenbasierte Entscheidung. Unser Mandant entschied sich für das Abgeordnetenmandat, weil er von seiner wirksamen Wahl ausging und ausgehen durfte. Von den Anfechtungen hatte er zu diesem Zeitpunkt keine Kenntnis.

Daher ist die Frage einer Wahlwiederholung auch unter diesem Vertrauensschutzaspekt zu entscheiden.

12

Es bleibt daher bei dem Antrag, die Einsprüche der Wahlleiterin sowie des Innensenators gegen die Wahl im Wahlkreis 1 von Marzahn-Hellersdorf zurückzuweisen.



Dr. Michael Adam
Rechtsanwalt