

### **Abweichende Meinung**

Die Entscheidung der Mehrheit des Gerichts können wir nicht mittragen. Wir halten den Antrag für – grundsätzlich – begründet.

I. Die Ergebnisermittlung des Volksentscheids vom 18. Juli 2010 verstößt gegen den Grundsatz der Gleichheit der Wahl aus Artikel 6 Absatz 2 der Hamburgischen Verfassung (HV).

1. Der dort niedergelegte wahlrechtliche Gleichheitssatz verlangt, ebenso wie Artikel 38 Absatz 1 Satz 1 Grundgesetz (GG), zu dem die im Folgenden zitierten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts ergangen sind, dass allen Staatsbürgern das aktive und passive Wahlrecht in formal möglichst gleicher Weise gewährt wird (vgl. BVerfG 2 BvR 547/60 – BVerfGE 12, 73). Insbesondere muss allen Stimmen der gleiche Zählwert zukommen (vgl. BVerfG 2 BvR 562/91 – BVerfGE 85, 148).

Dieser Grundsatz ist im Sinne einer strengen und formalen Gleichheit zu verstehen. Dem Gesetzgeber verbleibt lediglich ein „eng bemessener Spielraum für Differenzierungen“, die stets eines rechtfertigenden, „zwingenden“ Grundes bedürfen (vgl. zuletzt: BVerfG 2 BvF 1/95 – BVerfGE 95, 335).

2. Die Ergebnisermittlung des Volksentscheids vom 18. Juli 2010 wird diesen Anforderungen nicht gerecht.

Die „Doppel-Ja“-Stimmen hätten nicht in das Wahlergebnis einbezogen werden dürfen. Da die zur Abstimmung gestellten Vorlagen, was das jeweilige „Ja“ angeht, in einem „Entweder-Oder“-Verhältnis standen (der Vertreter des Senats sagte am Schluss der mündlichen Verhandlung zu Recht: „Es standen zwei klare Alternativen zur Abstimmung.“), traf der Wähler, der mit „Doppel-Ja“ abstimmte, keine inhaltliche Entscheidung – anders als alle anderen denkbaren Voten (mit Ausnahme von „Ja-Nein“-Stimmen für eine der beiden Vorlagen): Er konnte nicht sowohl für die vierjährige wie zugleich für die sechsjährige Primarschule sein.

Es handelt sich somit um einen klassischen Fall unschlüssigen Verhaltens. „Doppel-Ja“-Stimmen sind daher ebenso ungültige Stimmen wie „Ja-Nein“-Stimmen für ein und dieselbe Vorlage. Sie hätten also bei der Ergebnisermittlung unberücksichtigt bleiben müssen. Eine Gleichbehandlung mit Enthaltungen, die ebenfalls verfassungsrechtlich problematisch wäre, verbietet sich: Als Enthaltung kann nur gewertet werden, was eine klare Meinungsäußerung ist, und zwar die folgende: Keine der beiden Vorlagen gefällt mir.

Die Gewichtung der „Doppel-Ja“-Stimmen bei der Ergebnisermittlung des Volksentscheids vom 18. Juli 2010 als gleichwertig mit allen anderen denkbaren gültigen Voten verstößt daher gegen den wahlrechtlichen Gleichheitssatz aus Artikel 6 Absatz 2 HV.

Zu ihrer von diesem Ergebnis abweichenden Meinung gelangt die Mehrheit des Gerichts letztlich denn auch nur, indem sie, wenn auch versteckt, diesen ungültigen Stimmen einen über den Abstimmungsgegenstand hinaus gehenden Wählerwillen beimisst. Dies ist allerdings reine Spekulation und alles andere als auch nur wahrscheinlich; vor allem aber ist es irrelevant. Das Wesen der Wahl wie auch der Abstimmung ist der Ausschluss jeder Interpretation von Ja oder Nein. Dies ist das kategoriale Element von Wahlen und Abstimmungen. Es handelt sich nicht um eine, wenn auch sehr entschiedene Meinungsäußerung sondern um eine Entscheidung. Deshalb führt eine objektiv nicht eindeutig erkennbare Entscheidung des Wählers unabwendbar zur Ungültigkeit.

II. Da mangels gezielter Auszählung lediglich die mögliche Maximal- bzw. Minimalanzahl der abgegebenen „Doppel-Ja“ Stimmen ermittelt werden kann, ist jedenfalls nicht auszuschließen, dass sich der beschriebene Abstimmungsfehler massiv auf das Ergebnis des Volksentscheids ausgewirkt hat.

Die Maximalanzahl möglicher „Doppel-Ja“-Stimmen entspricht der Zahl der für die unterlegene Bürgerschaftsvorlage abgegebenen „Ja“-Stimmen (217.969); theoretisch könnte jeder dieser Stimmen ein „Doppel-Ja“-Votum zugrunde liegen, das bei verfassungskonformer Ergebnisermittlung als ungültig zu werten gewesen wäre.

Mithin kann für keine der zur Abstimmung gestellten Vorlagen sicher bestimmt werden, ob die erforderliche Mindestanzahl an „Ja“-Stimmen auch ohne das Stimmgewicht der „Doppel-Ja“-Stimmen erreicht worden wäre. Ebenso wenig lässt sich beurteilen, wie sich eine verfas-

sungskonforme Ergebnisermittlung auf die Mehrheitsverhältnisse innerhalb der zur Abstimmung gestellten Vorlagen ausgewirkt hätte.

Daher kann nicht ausgeschlossen werden, dass das Ergebnis des Volksentscheids bei verfassungsrechtlich einwandfreier Ergebnisermittlung anders ausgefallen wäre.

III. Angesichts der fundamentalen Bedeutung des wahlrechtlichen Gleichheitssatzes, auf dessen Verletzung das Ergebnis der Abstimmung beruht, ist der Volksentscheid vom 18. Juli 2010 somit im Ergebnis ungültig, vorausgesetzt, die Zahl der „Doppel-Ja“-Stimmen ist ergebnisrelevant. Deshalb hätte zunächst die mündliche Verhandlung wieder eröffnet werden müssen und dann durch eine (erneute) Auszählung Beweis über die Zahl der „Doppel-Ja“-Stimmen erhoben werden müssen.

Über diesen von uns in der Beratung ausdrücklich erhobenen Einwand setzte sich die Mehrheit des Gerichts zu Unrecht hinweg.

Nesselhauf

Ganten-Lange

Dr. Willich

Wirth-Vonbrunn