



**Innenausschuss**

**A-Drs. 16(4)592 F**

Möllner Straße 10  
D-18109 Rostock

Telefon: (0381) 498-8170

Telefax: (0381) 498-8172

E-mail: [heinrich.lang@uni-rostock.de](mailto:heinrich.lang@uni-rostock.de)

Homepage: [www.sozial-gesundheitsrecht.de](http://www.sozial-gesundheitsrecht.de)

Rostock, den 4. Mai 2009

### **Schriftliche Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung des Innenausschusses des Deutschen Bundestages am 4. Mai 2009 in Berlin**

#### **I. Problemstellung**

Das BVerfG hat mit Urteil<sup>1</sup> vom 3. Juli 2008 entschieden, dass § 7 Absatz 3 Satz 2 in Verbindung mit § 6 Absätze 4 und 5 des Bundeswahlgesetzes (BWahlG) die Grundsätze der Gleichheit und der Unmittelbarkeit der Wahl verletzt, soweit hierdurch ermöglicht wird, dass ein Zuwachs an Zweitstimmen zu einem Verlust an Sitzen der Landeslisten oder ein Verlust an Zweitstimmen zu einem Zuwachs an Sitzen der Landeslisten führen kann. Das damit umschriebene Phänomen wird üblicherweise als negatives Stimmgewicht (NSG) oder inverser Erfolgswert bezeichnet.

Für die infolgedessen erforderliche Änderung des Wahlrechts hat das Gericht dem Gesetzgeber bis spätestens 30. Juni 2011 Zeit gegeben<sup>2</sup>. Denkbar – und vom Gericht ausdrücklich und ohne weiteres für zulässig erachtet – sind Änderungen, die das Wahlssystem als Ganzes betreffen (also etwa die Einführungen eines reinen Mehrheitswahlrechts, eines reinen Verhältniswahlrechts, eines Grabensystems etc.), möglich sind aber auch gleichsam Binnenänderungen auf Grundlage des derzeit geltenden Wahlrechts, die sich innerhalb des Systems eines perso-

<sup>1</sup> BVerfG, 2 BvC 1/07 vom 3.7.2008, bverfg.de.

<sup>2</sup> Zu den Gründen für diese langes Fristsetzung sogleich.

nalisierten Verhältniswahlrechts handeln. Der vorliegend zu beurteilende Entwurf ist der letzten Gruppe zuzurechnen.

## **II. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 3. Juli 2008**

### **1. Wesentlicher Urteilsinhalt**

NSG sieht das Urteil des BVerfG (2 BvC 1/07 und 2 BvC 7/07) zunächst als einen Verstoß gegen den Grundsatz der Wahlgleichheit an<sup>3</sup>. Es führt u.a. aus:

Der Effekt des negativen Stimmgewichts beeinträchtigte die Stimmgleichheit bei der Wahl zum Deutschen Bundestag in eklatanter Weise. Die Erfolgswertgleichheit fordere, dass der Erfolgswert jeder Stimme, für welche Partei sie auch immer abgegeben werde, gleich sei. Dies bedeute auch, dass sie für die Partei, für die sie abgegeben wurde, positive Wirkung entfalten können müsse. Ein Wahlsystem, das darauf ausgelegt sei oder doch jedenfalls in typischen Konstellationen zulasse, dass ein Zuwachs an Stimmen zu Mandatsverlusten führe oder dass für den Wahlvorschlag einer Partei insgesamt mehr Mandate erzielt würden, wenn auf ihn selbst weniger oder auf einen konkurrierenden Vorschlag mehr Stimmen entfielen, führe zu willkürlichen Ergebnissen und lasse den demokratischen Wettbewerb um Zustimmung bei den Wahlberechtigten widersinnig erscheinen<sup>4</sup>. Das Wahlsystem, auf dem die Mandatsverteilung beruhe, müsse grundsätzlich frei von willkürlichen und widersinnigen Effekten sein. Daher sei die Erfolgswertgleichheit verletzt, wenn die beabsichtigten positiven Wirkungen der Stimmabgabe in ihr Gegenteil verkehrt würden<sup>5</sup>.

Diese Beeinträchtigung der Gleichheit der Wahl durch das in § 7 Abs. 3 Satz 2 in Verbindung mit § 6 Abs. 4 und 5 BWG angelegte NSG könne nicht durch „zwingende“ Gründe gerechtfertigt werden und sei auch keine zwangsläufige Folge des geltenden Wahlsystems<sup>6</sup>.

§ 7 Abs. 3 Satz 2 in Verbindung mit § 6 Abs. 4 und 5 BWG verletze darüber hinaus auch die verfassungsrechtlich verbürgte Unmittelbarkeit der Wahl<sup>7</sup>. Denn der Wähler könne unter der Geltung der erwähnten Vorschriften schon nicht erkennen, ob sich seine Stimme stets für die zu wählende Partei und deren Wahlbewerber positiv auswirke, oder ob er durch seine Stimme den Misserfolg eines Kandidaten seiner eigenen Partei verursache<sup>8</sup>.

---

<sup>3</sup> Zu dessen Inhalt im Einzelnen sogleich im Text.

<sup>4</sup> BVerfG, 2 BvC 1/07 vom 3.7.2008, Absatz-Nr. 103, [www.bverfg.de](http://www.bverfg.de).

<sup>5</sup> BVerfG, 2 BvC 1/07 vom 3.7.2008, Absatz-Nr. 105, [www.bverfg.de](http://www.bverfg.de).

<sup>6</sup> BVerfG, 2 BvC 1/07 vom 3.7.2008, Absatz-Nr. 110, [www.bverfg.de](http://www.bverfg.de).

<sup>7</sup> Zu deren Inhalt ebenfalls nachfolgend im Text.

<sup>8</sup> BVerfG, 2 BvC 1/07 vom 3.7.2008, Absatz-Nr. 127, [www.bverfg.de](http://www.bverfg.de).

Die Entscheidung des BVerfG vom 3. Juli 2008 ist (für viele) überraschend gekommen, weil das Gericht zuvor – und in voller Kenntnis des bereits im Jahre 1997 in dem von der Landesregierung Niedersachsen geführten Normenkontrollverfahren gerügten und thematisierten NSG<sup>9</sup> – entschieden<sup>10</sup> bzw. dem Bundestag in Berichterstatterschreiben<sup>11</sup> signalisiert hatte, dass die NSG verfassungskonform seien.

## **2. Keine Verfassungswidrigkeit der Überhangmandate**

Das BVerfG scheut also – wie auch diese Entscheidung zeigt – deutliche Korrekturen seiner Rechtsprechung nicht, nicht einmal im besonders sensiblen Bereich des Staatsorganisationsrechts. Das BVerfG hat aber nur das Zusammenspiel von § 7 Absatz 3 Satz 2 in Verbindung mit § 6 Absätze 4 und 5 BWahlG, nicht aber die Regelungen je für sich für verfassungswidrig erklärt. Die Entscheidung des Gerichts lässt sich also nicht als Absage an Überhangmandate verstehen, sie bleiben nach wie vor zulässig, verfassungsrechtlich bemakelt ist nach dem Urteil vom 3. Juli 2008 allein der Effekt des NSG, der bei Bundestagswahlen im Zusammenhang mit Überhangmandaten auftreten kann.

## **3. Regelungsauftrag und verfassungsrechtliche Vorgaben**

In Anbetracht der Komplexität der Materie und des Gebots richterlicher Selbstbeschränkung hat das BVerfG dem Gesetzgeber keine verbindliche Lösung vorgeschrieben, sondern vielmehr mehrere, selbstredend nicht abschließend gedachte Lösungsmöglichkeiten angesprochen, die den Effekt des NSG verhindern können. Der Gesetzgeber kann hiervon eine auswählen oder aber eine eigene Variante entwickeln.

Das BVerfG hat als Lösungsmöglichkeit insbesondere eine Neuregelung in Betracht gezogen, die

1. bei der Entstehung von Überhangmandaten oder

---

<sup>9</sup> BVerfGE 95, 335 ff.

<sup>10</sup> Vgl. Beschlüsse des BVerfG vom 22. Januar 2001 (2 BvC 1/99 und 2 BvC 5/99), wobei drei (Limbach/Hassemer/Sommer) der vier Richter, die noch 1997 in den zum Entstehen der Überhangmandate führenden Regelungen einen Verfassungsverstoß erkannten, diese Beschlüsse mit trugen.

<sup>11</sup> Vgl. das Berichterstatterschreiben des Richters Jentsch vom 16. Juni 2000, in dem es heißt: „...Der von Ihnen weiterhin beanstandete Umstand, dass eine Partei auf der Grundlage des geltenden rechts und unabhängig von der Frage möglicher Überhangmandate gerade deshalb mehr Sitze zuzuteilen sein können, weil sie in bestimmten Ländern weniger Stimmen erhalten habe, ist in der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesverfassungsgericht am 19. November 1996 im Verfahren 2 BvF 1/95 erörtert worden (vgl. BVerfGE 95, 336/346). Das Bundesverfassungsgericht hat in der Entscheidung dieses Verfahrens ausdrücklich festgestellt (BVerfGE 95, 335/362): Das geltende Bundeswahlgesetz leistet Gewähr, dass jeder Wähler mit seiner Erst- und Zweitstimme und deren Zusammenwirken die gleiche rechtliche Möglichkeit hat, auf das Wahlergebnis Einfluss zu nehmen (vgl. BVerfGE 11, 351/360).“

2. bei der Verrechnung von Direktmandaten mit den Zweitstimmenmandaten oder auch
3. bei der Möglichkeit von Listenverbindungen ansetzt.
4. Nicht ausgeschlossen, sondern entgegen mancher Literaturstimmen<sup>12</sup> ausdrücklich als verfassungsrechtlich zulässig angesehen hat das BVerfG darüber hinaus auch die Einführung eines reinen Mehrheits- oder eines reinen Verhältniswahlsystems bzw. die Wahl des Deutschen Bundestages nach dem Grabenwahlssystem.

Für welche Alternative man sich auch entscheidet, jedes dieser oder auch weiterer Möglichkeiten führt zu erheblichen Auswirkungen auf das Wahlsystem und damit auch auf die Parteienlandschaft in der Bundesrepublik.

Nicht zuletzt deshalb hat das BVerfG vor gleichsam übereilten Korrekturen gewarnt und den Gesetzgeber gerade nicht zu einer schnellstmöglichen Wahlrechtsänderung aufgefordert<sup>13</sup>. Es hat hierzu in seinem Urteil vom 3. Juli 2008 vielmehr wörtlich ausgeführt:

Die Normen des § 6 Abs. 4 und 5, § 7 Abs. 3 Satz 2 BWG, auf denen der Effekt des negativen Stimmgewichts beruht, sind Bestandteil eines komplexen Regelungssystems, nach dem die von einer Partei errungenen Sitze im Deutschen Bundestag berechnet werden. Die Behebung der Verfassungswidrigkeit dieser Normen betrifft nicht nur die Unterverteilung von Sitzen bei Listenverbindungen einer Partei, sondern das gesamte Berechnungssystem der Sitzzuteilung im Deutschen Bundestag. Selbst eine geringfügige Änderung des Bundeswahlgesetzes führt in der vorliegenden Konstellation möglicherweise zu weit reichenden strukturellen Veränderungen. Würde zum Beispiel der Verweis in § 7 Abs. 3 Satz 2 BWG gestrichen, würde das personale Element in einem zentralen Punkt verändert, weil nunmehr ein Direktmandat erst dann gewonnen wäre, wenn es von einer entsprechenden Anzahl von Zweitstimmen „gedeckt“ wäre.<sup>14</sup>

Und nachgerade beschwörend ergänzt das Gericht:

Der Effekt des negativen Stimmgewichts lässt sich daher nicht isoliert beheben, sondern erfordert grundlegende Vorarbeiten, die die verschiedenen Vor- und Nachteile in den Blick nehmen.

Ganz offensichtlich begreift das BVerfG das geltende Wahlrecht als kompliziertes Räderwerk, in dem vieles ineinander greift und Änderungen an einer Stelle sich an anderer Stelle auswirken können. Es gibt eben nicht eine große Stellschraube, an der der Gesetzgeber drehen und sicher sein kann, dass ein verfassungsgemäßes Wahlrecht dabei herauskommt.

Dies gilt besonders für Änderungen des Wahlsystems. Einige der vom BVerfG ausdrücklich für zulässig gehaltenen Wahlsysteme werden – wie erwähnt – als verfassungsrechtlich prob-

---

<sup>12</sup> Z.B. zweifelt H. Meyer, HStR III, § 45 Rn. 27 ff., 35 an der Verfassungskonformität des reinen Mehrheitswahlrechts im Zusammenhang mit Bundestagswahlen. Badura, in: BK, Art. 38 Rn. 50 spricht im Zusammenhang mit dem Grabensystem von einer halben „staatsstreichartigen politischen Entscheidung im Mantel des Wahlrechts, das den demokratischen Charakter des politischen Prozesses verfälscht.“

<sup>13</sup> So aber die Begründung des GesE, vgl. BT-Drucks 16/11885, S. 4 unter A.

<sup>14</sup> BVerfG, 2 BvC 1/07 vom 3.7.2008, Absatz-Nr. 141 und 142, [www.bverfg.de](http://www.bverfg.de).

lematisch angesehen. Schon deshalb erfordern sie einen breit angelegten gesellschaftlichen und wissenschaftlichen Diskurs. Es gilt aber auch für den hier zu beurteilenden Entwurf, der wie nachfolgend dargelegt wird, neben föderalen Verwerfungen auch verfassungsrechtliche Risiken birgt.

Demgegenüber ist aus meiner Sicht der Schaden bei einer Wahl nach dem alten, seit Jahrzehnten angewandten Wahlrecht gering. Selbstredend sind aufgrund der Entscheidung des BVerfG NSG verfassungswidrig. Das BVerfG hat dies mit zum Teil markigen Formulierungen festgestellt<sup>15</sup>, erwähnte aber nicht, dass NSG nur in einem relativ schmalen Fenster vorkommen können, wenn nämlich der angenommene Zu- oder Abwachs an Zweitstimmen so gering ist, dass er zwar mit Blick auf Mandate der Landesliste relevant ist, bei der sog. Oberverteilung zwischen den Parteien aber noch nicht zu Sitzverschiebungen führen kann.

Auch lässt sich nach meinem Dafürhalten nicht davon sprechen, „der bestehende Makel des Wahlrechts (sei) geeignet (..), das Wahlergebnis zu verfälschen und Mehrheiten manipulativ zu verschieben“<sup>16</sup>. NSG können zwar auftreten, es ist aber unvorhersehbar wo und in welchem Umfang sie auftreten. Sie können nur gleichsam retrospektiv festgestellt werden. Eine gezielte Manipulation ist (vom Sonderfall der Nachwahl abgesehen<sup>17</sup>) – das dürfte glaube ich Konsens sein – mit ihnen nicht möglich.

Möglicherweise mag die auf den ersten Blick großzügig bemessene Frist deshalb auch etwas bisher wenig Bedachtes signalisieren. Es könnte sein, dass die künftige Rechtsprechung des BVerfG im Wahlrecht – so wie es das Urteil zu den NSG anzeigt – weitaus strengere Maßstäbe anlegt als bisher, in weitaus stärkerem Maße bereit ist, auch tief und korrigierend in das Wahlrecht einzugreifen. Dann aber kann die Frist auch als Fingerzeig interpretiert werden, sich Zeit für eine durchgreifenden verfassungsrechtlichen Zweifeln entzogene Regelung zu lassen.

---

<sup>15</sup> Es hat z.B. davon gesprochen, der Effekt des NSG beeinträchtigt die Stimmgleichheit bei der Wahl zum Deutschen Bundestag in eklatanter Weise (BVerfG, 2 BvC 1/07 vom 3.7.2008, Absatz-Nr. 103, [www.bverfg.de](http://www.bverfg.de)), lasse den demokratischen Wettbewerb widersinnig erscheinen (ebenfalls Absatz-Nr. 103), die Wirkung des NSG sei willkürlich (Absatz-Nr. 117). Nähme man dies ernst, wäre es die Rechtsprechung des BVerfG auch, die das Zusammenspiel der Regelungen in § 7 Absatz 3 Satz 2 in Verbindung mit § 6 Absätze 4 und 5 BWahlG wie bereits erwähnt wurde in voller Kenntnis der NSG mehrfach passieren ließe, selbst auch.

<sup>16</sup> BT-Drucks 16/11885, S. 4 unter A. – Hervorhebung hinzugefügt.

<sup>17</sup> Und selbst dann kann sich das NSG auf lediglich ein Mandat bei Parteien auswirken, die Überhangmandate errungen haben.

### **III. Der verfassungsrechtliche Maßstab bei Wahlrechtsänderungen**

#### **1. Gleichheit der Wahl**

##### **a) Allgemeine Ausprägung**

Grundsätzlich lässt sich sagen, dass der Grundsatz der Wahlrechtsgleichheit in Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG in untrennbarem Zusammenhang mit dem Demokratieprinzip des Art. 20 GG steht. Diesem Zusammenhang wird die Forderung nach strikter Egalität entnommen, weswegen sowohl die Gleichheit der Bürger in der Wahl (Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG) als auch die Chancengleichheit der politischen Parteien (Art. 21 Abs. 1 i.V.m. Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG) in einem besonders formalen und strengen Sinne zu verstehen sind<sup>18</sup>. Der Grundsatz der Wahlrechtsgleichheit stellt deshalb Grundanforderungen an alle Wahlsysteme und verlangt eine strikte Gleichbehandlung der Wähler auf sämtlichen Stufen des jeweils für die Wahl vorausgesetzten Verfahrens<sup>19</sup>.

Das bedeutet zunächst, dass jeder Wähler die gleiche Anzahl von Stimmen haben muss, die abgegebenen gültigen Stimmen gleich gezählt werden müssen (Zählwertgleichheit) und jeder Stimme grundsätzlich die gleiche rechtliche Erfolgchance einzuräumen ist. Es bedeutet aber nicht, dass in jedem Fall auch zugleich der gleiche Erfolgswert in jedem Teilsystem garantiert sein muss. Sähe man das anders, verstieße die Einführung eines reinen Mehrheitswahlrechts gegen Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG, was aber nach weitgehend konsentierter Auffassung nicht der Fall ist.

Art. 38 Abs. 3 GG überantwortet dem Gesetzgeber, der dabei selbstredend an die Beachtung der Wahlrechtsgrundsätze gebunden ist, die Entscheidung für ein bestimmtes Wahlsystem, Mehrheits- oder Verhältniswahlrecht oder eben auch zugunsten einer Kombination beider Systeme zu. Die durch Art. 38 Abs. 3 GG dem Gesetzgeber verfassungsrechtlich auferlegte Pflicht zur Festlegung des Wahlsystems schließt eine Lücke im materiellen Verfassungsrecht<sup>20</sup>. Von daher kann die Wahl eines bestimmten Wahlsystems und sei es auch eines Mischsystems nicht verfassungsrechtlich bemakelt sein, sondern ist ihrerseits auch bei der Interpretation des einfachen Rechts zu beachten.

---

<sup>18</sup> BVerfGE 82, 322/337 f.; 95, 335/354, 377; 95, 408/417.

<sup>19</sup> BVerfGE 11, 351/360 f.; 95, 335/353, 369 f.

<sup>20</sup> BVerfGE 95, 335/349.

## **b) Ausprägungen der Wahlrechtsgleichheit in den unterschiedlichen Wahlsystemen**

### **aa) Im Mehrheitswahlrecht**

Bei der Mehrheitswahl wird das Wahlgebiet in so viele Wahlkreise eingeteilt, wie Mandate zu vergeben sind, wobei bei der absoluten Mehrheitswahl nur gewählt ist, wer mehr als die Hälfte der abgegebenen Stimmen auf sich vereinigt, während bei der relativen Mehrheitswahl die einfache Mehrheit genügt.

Obschon beim Mehrheitswahlrecht die Stimmen der jeweils unterlegenen Bewerber unberücksichtigt bleiben, hat sowohl das Bundesverfassungsgericht als auch das weit überwiegende Schrifttum das Mehrheitswahlrecht stets für verfassungsgemäß erachtet.

### **bb) Im Verhältniswahlrecht**

Bei der Verhältniswahl erfolgt die Verteilung der Mandate proportional zu den Stimmen, die die konkurrierenden Listen erhalten haben. Hier wird der Grundsatz der Wahlrechtsgleichheit nicht nur im Sinne des gleichen Zählwertes, sondern auch des gleichen Erfolgswertes verstanden. Das bedeutet, dass jede Stimme bei der Umsetzung der Stimmen in die Zuteilung von Parlamentssitzen berücksichtigt werden muss, wobei bereits die 5 %-Klausel eine Ausnahme von diesem Grundsatz darstellt.

### **cc) In so genannten Mischsystemen**

Der Gesetzgeber darf sich – wie erwähnt – auch für Systeme entscheiden, die Elemente der Mehrheits- mit solcher der Verhältniswahl kombinieren.

Dabei muss der Gesetzgeber allerdings, wenn er sich für ein Wahlsystem mit mehrheits- und verhältniswahlrechtlichen Elementen entscheidet, für eine systemkonforme Ausgestaltung zunächst innerhalb jedes Abschnitts Sorge tragen. Dabei bedingt die prinzipielle Zulässigkeit der Kombination von Verhältnis- und Mehrheitswahl, dass die Strukturprinzipien beider Systeme zur Geltung gebracht werden dürfen.

Der Gesetzgeber hat sich im Bundeswahlgesetz für ein Kombinationssystem entschieden, das durch die Beimengung mehrheitswahlrechtlicher Elemente ausgewiesen ist, die indessen nicht den Grundcharakter des Wahlsystems als Verhältniswahl in Frage stellen. Damit darf der Grundcharakter des Verhältniswahlrechts zwar nicht derogiert werden, d.h. aber nicht, dass bei Reibungsflächen zwischen den beiden Wahlsystemen stets und immer aus dem Verhältniswahlrecht entspringende Wertungen sich durchsetzen, das würde dem mehrheitswahlrechtlichen Teilelement, das in der Wahl der Wahlkreiskandidaten zum Ausdruck kommt, nicht gerecht.

Friktion zwischen beiden Teilsystemen sind vielmehr – im Verfassungsrecht ein gängiges Abwägungsinstrument – durch Konkordanzabwägungen zu bereinigen, d.h. jedes Teilwahlsystem ist soweit als möglich zur Geltung zu bringen und soweit als notwendig einzuschränken. Das schließt einseitige Lösungen, bei denen systemprägende Elemente des je anderen Systems vollständig ausgeschieden werden, aus.

Diese Konkordanzabwägungen dürften auch den tieferen Grund für die Grenzziehungen von Wahlgleichheitsbeeinträchtigungen in Mischsystemen darstellen, die das Bundesverfassungsgericht in seiner Rechtsprechung entwickelt hat:

1. Durchbrechungen sind möglich (Strukturprinzip des mehrheitswahlrechtlichen Teilsystems). bedürfen eines zwingenden Grundes (Schutz des Strukturprinzips des verhältniswahlrechtlichen Teilsystems).
2. Durchbrechungen dürfen nicht weiter gehen als es notwendig ist, um das je andere Strukturprinzip zu erhalten, dürfen aber so weit gehen, wie es die Existenz und Ausgestaltung des je anderen Teilsystems erfordern.

## **b) Unmittelbarkeit der Wahl**

Als weitere Verfassungsvoraussetzung, die an das Wahlrecht zu stellen sind, enthält Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG den Grundsatz der Unmittelbarkeit. Er bedeutet in gleichsam überkommener Interpretation, dass die Wähler das letzte und damit entscheidende Wort haben müssen. Das ist nur der Fall, wenn die Mitglieder der Volksvertretung direkt und ohne Zwischenschaltung von Wahlmännern gewählt werden. Zwischen Wähler und Kandidaten darf keine weitere Instanz mit Entscheidungsbefugnis (Ermessen) eingeschaltet werden<sup>21</sup>. Vom Beginn der Stimmabgabe an darf damit das Wahlergebnis nur noch von der Entscheidung der Wähler selbst abhängen<sup>22</sup>. Verfassungsrechtlich unzulässig ist deshalb eine reine Parteienwahl, das heißt eine Wahl, bei der die Wähler nicht die Abgeordneten, sondern Parteien wählen, die dann ihrerseits die Abgeordneten auswählen<sup>23</sup>. Unmittelbarkeit erfordert – so das BVerfG – aber auch ein Wahlverfahren, bei dem der Wähler vor dem Wahlakt erkennen kann, wer sich um ein Mandat bewirbt und wie sich die eigene Stimmabgabe auf Erfolg oder Misserfolg der Bewerber auswirken kann<sup>24</sup>. Eine Listenwahl ist deshalb nur zulässig, wenn die Bewerber den

---

<sup>21</sup> Badura, in: BK, Anh. Z. Art. 38: BWahlG, Rn. 27.

<sup>22</sup> Butzer, in: BeckOKGG, Art. 38 Rn. 12; BVerfGE 7, 77/84 f.

<sup>23</sup> Lang, Subjektiver Rechtsschutz im Wahlprüfungsverfahren, 1997, S. 54.

<sup>24</sup> BVerfGE 95, 335/350; Badura, in: BK, Anh. Z. Art. 38: BWahlG, Rn. 27.

Wählern bekannt und sie im Voraus starr festgelegt sind<sup>25</sup>. Die Parteien dürfen nach dem Ausscheiden von Abgeordneten nicht die Ersatzmänner frei bestimmen, die Reihenfolge der Listenanwärter ändern oder bei Erschöpfung der Liste von sich aus Ersatzleute nachschieben<sup>26</sup>. Ohne Nachwahl dürfen nur Ersatzleute nachfolgen, die als solche bereits am Wahltag mit gewählt worden sind<sup>27</sup>.

Das Gericht hat in seiner jüngeren Rechtsprechung dem in Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG normierten verfassungsrechtlichen Wahlrechtsgrundsatz der Unmittelbarkeit zudem auch die Forderung nach Transparenz in dem Sinne entnommen, dass der Wähler vor dem Wahlakt erkennen können müsse, welche Personen sich um ein Abgeordnetenmandat bewerben und wie sich die eigene Stimmenabgabe auf Erfolg oder Misserfolg des Wahlbewerbers auswirken kann<sup>28</sup>. Das Gericht ist für diese Interpretation von einem der tiefsten Kenner des Wahlrechts jüngst nicht ohne Berechtigung kritisiert worden<sup>29</sup>. Gleichwohl ist damit der Grundsatz der Unmittelbarkeit jedenfalls bis zu anderen Einsichten verbindlich so fixiert. Wie gezeigt wird, ist diese Interpretation nicht ohne Belang für die vorliegende Fragestellung.

#### **IV. Der Gesetzentwurf (BT-Drucks. 16/11855)**

Der vorliegende Gesetzentwurf<sup>30</sup> – nachfolgend GesE – zielt nach seinem § 7a Abs. 7 auf eine bundesweite Verrechnung von sog. internen Überhangmandaten ab. Würde eine Partei in einem Bundesland mehr Direktmandate erzielen als ihr nach Zweitstimmen zustehen würden, so soll den anderen Landesverbänden der Partei durch eine nachträgliche Erhöhung des zunächst nach § 7a Abs. 2 GesE errechneten Parteiquotienten eine entsprechende Anzahl Sitze im Bundestag abgezogen werden, bis die Sitzzahl nach der Unterverteilung der nach der Oberverteilung (§ 7 des GesE) entspricht. Zur Verhinderung einer Umgehung dieser Verrechnung müssten an sich alle Landeslisten einer Partei zwangsweise verbunden werden. Eine ausdrückliche Regelung dazu enthält der Entwurf nicht. Nach der Begründung geht der GesE ohne Weiteres davon aus, dass die Landeslisten verbunden sind<sup>31</sup>, begründet dies aber nicht in erster Linie normativ, sondern mit der Praxis, dass bisher kein Fall einer Erklärung nach § 7

---

<sup>25</sup> BVerfGE 47, 253/281.

<sup>26</sup> BVerfGE 7, 77/85 f.

<sup>27</sup> Vgl. BVerfGE 97, 317/323 ff.

<sup>28</sup> BVerfGE 95, 335/350; BVerfG, 2 BvC 1/07 vom 3.7.2008, Absatz-Nr. 126, [www.bverfg.de](http://www.bverfg.de).

<sup>29</sup> Nohlen, ZParl 2009, 179 ff.

<sup>30</sup> BT-Drucks. 16/11885 vom 11. Februar 2009.

<sup>31</sup> BT-Drucks. 16/11885, S. 5 unter Nummer 5 zu § 7.

Abs. 1 BWahlG aufgetreten sei<sup>32</sup>. Allerdings wird nach dem Entwurf § 29 BWahlG ersatzlos gestrichen.

Externe Überhangmandate sind nach dem vorliegenden GesE weiter zulässig (§ 7 Abs. 6), was in der Praxis aus derzeitiger Sicht allein bei der CSU relevant werden könnte<sup>33</sup>. Diesen Sonderfall löst der Entwurf freilich nicht. Der Entwurf scheint freilich Ausgleichsmandate als zulässig anzusehen. Diese sind indes nicht unproblematisch. Denn zum einen sind sie geeignet, zu einer nicht unerheblichen Vergrößerung des Bundestages beizutragen. Zum anderen können Probleme beim Ausscheiden eines Abgeordneten aus Ländern entstehen, in denen Überhangmandate angefallen waren.

## V. Bewertung

### 1. Regelungsziele

Als Regelungsziele nennt der GesE zunächst die Beseitigung der NSG sowie die Beförderung von Normenklarheit und Transparenz des nicht gerade leicht verständlichen Wahlrechts. Soweit mir mathematisch ersichtlich, wird ein Auftreten von NSG mit dem vorliegenden GesE verhindert. Am Rande sei freilich vermerkt, dass der Effekt des NSG auch an anderer Stelle auftritt, etwa bei Volksabstimmungen, wie bspw. jüngst beim Bürgerentscheid am 28. September 2008 in Berlin-Mitte zur Parkraumneuordnung.

Im Hinblick auf die erwünschte Normenklarheit und Verständlichkeit ist positiv zu bewerten, dass die unterschiedlichen Rechenschritte in § 7 und 7a GesE in einer logischen und gut nachvollziehbaren Reihenfolge abgearbeitet werden. Allerdings erscheint der Entwurf unter Klarheits- und Verständlichkeitsgesichtspunkten heraus aus meiner Sicht nicht nur im Hinblick auf § 7a (insbesondere dessen Absätze 5 und 7) noch diskussionswürdig<sup>34</sup>.

---

<sup>32</sup> Vgl. ebda.

<sup>33</sup> Alle anderen Parteien sind ca. 70 Mandate von einem externen Überhang entfernt.

<sup>34</sup> § 7a Abs. 5 etwa könnte man wie folgt formulieren: „Von der nach den vorstehenden Absätzen für die Landesliste einer Partei ermittelten Abgeordnetenzahl wird die Zahl der von der betreffenden Partei in den Wahlkreisen des betreffenden Landes errungenen Direktmandate abgezogen (Sitzzahl einer Landesliste)“. Dass die Direktmandate gemeint sind, ergibt sich aus der Begründung, vgl. BT-Drucks. 16/11885, S. 5 unter Nummer 6 (§7a). Nur am Rande sei vermerkt, dass § 7a Abs. 5 GesE die Sitzzahl einer Landesliste legaldefiniert, die im Falle interner Überhangmandate freilich wieder verändert wird. Zudem ist auch § 7a Abs. 7 GesE nicht gerade einfach formuliert. Intransparent und im Grunde irreführend ist weiterhin die Begründung unter A. (vgl. BT-Drucks. 16/1885, S. 4), denn § 7a Abs. 7 GesE sieht keine Korrektur der Überhangmandate auf Ebene der Oberzuteilung, sondern setzt bei der Verteilung der Sitze auf den einzelnen Landelisten, d.h. der Unterverteilung an.

## 2. Offene Fragen

Leider lässt der Entwurf aber im Interesse einer zeitnahen Reform des Wahlrechts zahlreiche Problemfelder des Wahlrechts, die z.T. in engem Zusammenhang mit den NSG stehen, unberücksichtigt.

Das NGS stellt nämlich nicht die einzige verfassungsrechtlich nicht unproblematische Regelung des geltenden Wahlrechts dar. Ich darf in diesem Zusammenhang auf das ungelöste Problem der sog. „Berliner Zweitstimmen“ hinweisen. Dazu enthält der vorliegende Entwurf keine Regelung. Zwischen beiden Phänomenen – also NGS und Berliner Zweitstimmen – mag kein unmittelbarer Zusammenhang bestehen; das BVerfG indes sieht negatives und doppeltes Stimmgewicht als durch den Gesetzgeber in einem Aufwasch zu lösendes Problem an. Anders wäre es nicht zu verstehen, dass das Gericht Anfang des Jahres (B v. 15. Januar 2009 – 2 BvC 4/04) eine explizit gegen die Berliner Zweitstimmen gerichtete Wahlprüfungsbeschwerde mit der Begründung als erledigt angesehen hat, an einer Entscheidung bestehe „aufgrund der Entscheidung des Senats zum so genannten negativen Stimmgewicht kein öffentliches Interesse mehr“. Das Gericht habe dem Gesetzgeber aufgegeben bis zum 30.6.2011, den Regelungskomplex zu ändern und Gleiches gelte für einen mit dem Phänomen „Berliner Zweitstimmen“ (etwa) verbundenen doppelten Stimmerfolg. Will man dem Senat hier nicht gleichsam Rechtsschutzverweigerung vorwerfen, wird offensichtlich, dass das BVerfG ganz offensichtlich von einer beide Probleme bereinigenden Reform ausgeht.

Zudem dürfte es dem Wähler nur schwer vermittelbar sein, unter Berufung auf den vermeintlich unhaltbaren Zustand, den Bundestag auf verfassungswidriger Grundlage zu wählen, eine ad hoc Korrektur des negativen Stimmgewichts anzustreben, das Auftreten des verfassungsrechtlich gleichermaßen bemakelten doppelten Stimmerfolgs aber auch bei der anstehenden Wahl ohne weiteres hinzunehmen. Das BVerfG jedenfalls geht – ich habe darauf mit nahezu wörtlichem Zitat hingewiesen, ohne weiteres davon aus, dass beides gleichermaßen geregelt werden soll.

Hinzu tritt ein weiterer Einwand gegen eine schnelle Regelung. Wie eingangs erwähnt lassen sich bei Wahlrechtsänderungen Modifikationen des bestehenden Wahlrechts von grundlegenden Änderungen im Wahlsystem unterscheiden. Einige der diskutierten und künftig zu diskutierenden Änderungen modifizieren das geltende Wahlsystem, andere gerade auch vom BVerfG im Urteil vom 3. Juli 2008 *expressis verbis* angesprochene (insbesondere das Mehrheitswahlrecht) betreffen die Entscheidung für ein bestimmtes Wahlsystem. Änderungen am System jedenfalls bedürften aus meiner Sicht einer umfassenden – wohl auch mit der Bevöl-

kerung diskursiv geführten – Auseinandersetzung, die ersichtlich nicht mehr vor der Wahl stattfinden kann.

Nicht wenige – vom BVerfG in seiner Entscheidung teilweise sogar ausdrücklich erwähnte – Lösungsalternativen (nicht nur der Übergang zum Grabensystem oder zum Mehrheitswahlrecht) sind vor der Wahl zum 17. Deutschen Bundestag gar nicht mehr zu realisieren. Ihre Diskussion – auch im Sinne gesellschaftlicher Akzeptanz – und sachgerechte Prüfung wird damit ohne Not vereitelt.

Nun könnte man entgegenhalten, es sei doch immerhin ein Schritt in die richtige Richtung und den Rest könne man nach der Wahl in Ruhe in Angriff nehmen. Ich möchte nur auf eines hinweisen. Die Rechtsprechung des BVerfG zum Wahlrecht ist in Teilen nicht mehr vorhersehbar, das hat die in offenem Widerspruch zu bisherigen Judikatur stehende, dies freilich nicht näher erläuternde, Entscheidung vom 3. Juli 2008 mit aller Deutlichkeit gezeigt. Der Schaden (in den Köpfen der Wähler) kann m.E. größer sein, wenn der Bundestag jetzt unter Zeitdruck eine Neuregelung mit nicht unerheblichen verfassungsrechtlichen wie verfassungspolitischen (Auswirkungen auf die Parteienlandschaft) Risiken schafft und dann einer etwa auf die „Wegnahme“ eines an sich gewonnenen Listenmandats oder auf die doppelten Stimmgewichte gegründete Wahlprüfungsbeschwerde Erfolg zukäme. Der Bundestag stünde dann erneut im Regen und müsse sich vorwerfen lassen, erneut kein verfassungsgemäßes Wahlrecht geschaffen zu haben.

### **3. Verfassungsrechtliche Risiken**

Wie eingangs bereits festgestellt, haben sämtliche Lösungsmöglichkeiten Auswirkungen auf die heutige Parteienlandschaft; dies gilt in gesteigertem Maße, wenn sogar Änderungen des Wahlsystems in Rede stehen. Indes weist auch der vorliegende, gleichsam wahlsystemkonforme, Entwurf aus meiner Sicht neben föderalen Friktionen auch nicht unerhebliche verfassungsrechtliche Risiken auf.

Zu kritisieren ist unter diesem Blickwinkel zunächst, dass föderale Belange – im Vergleich zur gegenwärtigen Rechtslage – benachteiligt werden. So kann es dazu kommen, ja ist geradezu unabdingbar verbunden mit dem im Entwurf gewählten Weg zur Beseitigung der NSG, dass eine Landesliste einer Partei für das schlechte Abschneiden bei den Zweitstimmen einer anderen Landesliste dieser Partei „büßen“ muss, indem ihr durch Erhöhung des Parteiquotienten nach § 7a Abs. 7 des GesE letztlich Mandate abgezogen werden und dieser Landesverband somit gleichsam „unverschuldet“ schwächer vertreten ist im Bundestag. Die Rücksichtnahme auf die bundesstaatliche Gliederung und auf die ihr folgende Organisation der Parteien auch

im Wahlrecht wurde vom BVerfG in seiner Entscheidung vom 3. Juli 2008 ausdrücklich als verfassungsrechtlich legitimiert angesehen<sup>35</sup>. Auch dieser Aspekt schien dem BVerfG so bedeutsam, dass der Senat ihn ausdrücklich in die Entscheidung aufgenommen hatte. Föderale Verwerfungen sollten daher nicht ohne Not – und schon gar nicht aus bloßen Zeitgründen – in Kauf genommen werden.

Die Berücksichtigung föderaler Elemente im BWahlG dadurch, dass die Struktur der Parteien und ihre Gliederung in Landesverbände beachtet werden, entspricht auch einem praktischen Bedürfnis bei der Durchführung der Wahl. Die Aufteilung in Landeslisten fördert zudem eine größere Überschaubarkeit des politischen Diskurses für die wahlberechtigten Bürger<sup>36</sup>. Erschwerend kommt hinzu, dass die zur Bundestagswahl antretenden Parteien ihre Kandidatenlisten bereits zusammengestellt und ihre Wahlkampfstrategien bereits festgelegt haben. Eine Änderung des BWahlG in Wahlkampfzeiten stellt somit einen Eingriff in diese geschützten Belange dar.

Zudem kann an dem vorliegenden GesE dessen Berechnungsmethode kritisiert werden. Nach Abs. 7 Abs. 5 GesE wird nach dem ersten Berechnungsdurchlauf geprüft, ob eine Landesliste mehr Direktmandate erzielt hat als ihr nach Zweitstimmen zustehen würde. Bereits nach diesem ersten Durchlauf steht die Zusammensetzung des Bundestags allerdings „vorläufig“ fest (§ 7a Abs. 5 definiert die so errechneten Sitze sogar legal als „Sitzzahl einer Landesliste“). Hat keine Landesliste „Überhangmandate“ erzielt, bleibt es bei dieser Zusammensetzung der Landeslisten und damit des Bundestages. Sind jedoch Überhangmandate zustande gekommen, wird die Berechnung erneut mit einem erhöhten Parteidivisor durchgeführt. Dabei wird dann einer entsprechenden Anzahl von Listenkandidaten ihr Mandat quasi wieder „entzogen“. Eine derartige Vorgehensweise dürfte die Kritik der verlustig gegangenen Kandidaten nach sich ziehen, dass eine derartige Verrechnung nicht verhältnismäßig sei, zumal das BVerfG Überhangmandate weder in seinem Urteil von 1997 noch in seinem Urteil zu den NSG vom 3. Juli 2008 für verfassungswidrig erklärt hat. Das verfassungsrechtliche Risiko besteht nun darin, dass sowohl Wähler in den betreffenden Bundesländern als auch „weggerechnete“ Kandidaten sich nicht mit bloßer Kritik begnügen könnten, sondern die Gültigkeit der Wahl im Einspruchs- bzw. Wahlprüfungsbeschwerdeverfahren unter Hinweis auf die Wahlrechtsgrundsätze des Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG in Frage stellen könnten.

---

<sup>35</sup> Vgl. BVerfGE v. 3.7.2008, Rn. 11 unter Verweis auf BVerfGE 95, 335 (350). Das BVerfG hat föderale Belange lediglich als nicht geeignet angesehen, durch das NSG bewirkte Beeinträchtigungen der Wahlrechtsgleichheit verfassungsrechtlich zu legitimieren.

<sup>36</sup> BVerfG, 2 BvC 1/07 vom 3.7.2008, Absatz-Nr. 114, [www.bverfg.de](http://www.bverfg.de).

Als möglicherweise verletzte Wahlrechtsgrundsätze gerieten dabei – vorbehaltlich einer im Rahmen der Anhörung nicht zu leistenden vertieften verfassungsrechtlichen Untersuchung – die Wahlrechtsgrundsätze der Gleichheit (Erfolgswertgleichheit) und der Unmittelbarkeit ins Visier.

Immerhin hat das BVerfG<sup>37</sup> in seinem die Frage der Nachfolge für einen ausgeschiedenen Wahlkreisabgeordneten, dessen Partei in dem betreffenden Land über Überhangmandate verfügt, betreffenden Beschluss vom 26. Februar 1998 in Leitsatz 2 ausgeführt, Ersatzleute halte die Landesliste nur im Rahmen der Abgeordnetenzahl bereit, die aufgrund des Zweitstimmenergebnisses für die Landesliste ermittelt worden ist. D.h.: Ersatzleute sind nur – aber eben auch – soweit gewählt und demokratisch legitimiert, wie es dem Zweitstimmenergebnis der Landesliste entspricht.

Mit diesem Gedanken – nur auf gleichsam umgekehrter Basis – lässt sich die Situation der Listenkandidaten beschreiben, die zum Zuge kämen, wenn es keine Überhangmandate gäbe. Sie sind durch die im ersten Durchlauf gefundenen Rechenergebnisse und ihre Listenplatzierung an sich demokratisch legitimiert, d.h. gewählt und verlieren diesen Status wieder wegen der in anderen Bundesländern entstandenen Überhangmandate. Auch wenn man dies verfassungsrechtlich anders bewerten mag. Auf das verfassungsrechtliche Risiko und gfl. erfolgreiche Wahlanfechtungen muss hingewiesen werden.

Dass den angesprochenen Listenkandidaten ein Tort angetan wird, scheint auch der Entwurf zu spüren, denn nach ihm soll beim Ausscheiden eines Direktkandidaten, der ein Mandat aufgrund eines parteiinternen Überhangs innehatte, der Listenkandidat zum Zuge kommen, der sich auf dem ersten Verlustplatz derjenigen Landesliste befindet, die den Mandatsträger hätte stellen können, wenn kein parteiinternes Überhangmandat entstanden wäre. Das dem Listenbewerber nach der ersten Festlegung des Parteidivisors rechnerisch zustehende Mandat, das zur Vermeidung von Überhangmandaten gestrichen wurde, fällt ihm also wieder zu. Wahlanfechtungen anderer, nicht zum Zuge kommender Bewerber sind auch hier wahrscheinlich.

Es dürfte indes für das aus meiner Sicht verständliche Anliegen des Bundestages resp. seiner Abgeordneten, nicht dem Vorwurf ausgesetzt zu sein, man sei auf verfassungswidriger Grundlage gewählt worden, durchaus kontraproduktiv und schädlich sein, wenn entweder das nunmehr neu geschaffene Wahlrecht sofort neue und gar erfolgreiche Wahlanfechtungen produzierte (ein erhebliches verfassungsrechtliches Risiko sehe ich hier wie erwähnt insbesondere bei Anfechtungen zunächst zugeteilter und dann wieder entzogener Mandate) oder nach

---

<sup>37</sup> BVerfGE 97, 317 ff.

den jetzigen Änderungen nach der Wahl neue, wiederum nur das notwendigste aufgreifende Änderungen am Wahlrecht (z.B. hinsichtlich des sogleich zu behandelnden doppelten Stimmgewichte) erfolgen. Der Vorwurf der Flickschusterei dürfte dann unvermeidlich sein.

## **VI. Fazit**

Ich plädiere vor diesem Hintergrund für eine umfassende Reformdiskussion von ruhiger Hand, die verfassungsrechtliche Risiken minimiert und ohne Wahlkampfärm erfolgen kann. Eine Reform könnte – gleichsam groß angelegt – beim Wahlsystem oder innerhalb des bisherigen Wahlsystems an den einfachrechtlichen Ausgestaltungen des Wahlrechts ansetzen.

Wichtige und zwingend notwendige Reformoptionen jedenfalls sollten umfassend geprüft und erörtert, um mit Blick nicht zuletzt auf die Integrationswirkung der Wahl auch in einem breiten und länger angelegten gesellschaftlichen und wissenschaftlichen Diskurs Konsens zu erzielen. Zu relevanten Reformüberlegungen zähle ich – und das ist nicht enumerativ zu verstehen – die aus meiner Sicht erneut überdenkenswürdige Altersgrenze im Wahlrecht bis hin zur Debatte um das sog. Kinderwahlrecht. Vergleichbares gilt hinsichtlich des Ausländerwahlrechts, des Problems der sog. Berliner Zweitstimmen, der Diskussion um die Anhebung der sog. Grundmandatsklausel (§ 6 Abs. 6 S. 1 BWahlG) und nicht zuletzt dem nach wie vor vollständig defizitären (subjektiven) Rechtsschutz in Wahlangelegenheiten, der ein nun wirklich eklatantes rechtsstaatliches Skandalon darstellt.