

Johann Hahlen
Staatssekretär a. D.

50389 Wesseling, den 28. April 2009
Am hohen Rain 52
Tel: 02236-322953
Fax: 02236-59047
Email: johann.hahlen.@[web.de](mailto:johann.hahlen@web.de)

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

zum Gesetzentwurf der Abgeordneten Volker Beck (Köln) und der Fraktion BÜNDNIS
90 / DIE GRÜNEN „Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Bundeswahlge-
setzes“ BT-Drs. 16 / 11885 vom 11. Februar 2009

Gliederung:

1. Zum Regelungsauftrag des Bundesverfassungsgerichts
2. Zum Gesetzentwurf BT-Drs. 16 / 11885
3. Andere Lösungsmöglichkeiten
4. „Baustelle Wahlrecht“
5. Schlußfolgerungen und Zusammenfassung

1 Zum Regelungsauftrag des Bundesverfassungsgerichts

1.1 Umfang des Regelungsauftrags

1.1.1 Der den Gesetzgeber bindende Regelungsauftrag ergibt sich aus dem Tenor des Urteils des Bundesverfassungsgerichts¹ vom 3. 7. 2008² in den beiden Wahlprüfungsverfahren 2 BvC 1/07 und 2 BvC 7/07 sowie aus dessen tragenden Gründen:

- Das BVerfG hat in Nr. 1 seines Urteilstenors festgestellt, daß § 7 Abs. 3 Satz 2 in Verbindung mit § 6 Abs. 4 und 5 des Bundeswahlgesetzes (BWG) in der Fassung des 17. Gesetzes zur Änderung des BWG vom 11. 3. 2005 (BGBl I S. 674) Art. 38 Abs. 1 Satz 1 des Grundgesetzes (GG) 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 BVerfG hat in Nr. 2 seines Urteilstenors den Gesetzgeber verpflichtet, spätestens bis zum 30. 6. 2011 eine verfassungsgemäße Regelung zu treffen.

Damit hat das BVerfG weder die Regelungen der § 6 Abs. 4 und 5 BWG und § 7 Abs. 3 BWG je für sich noch deren Zusammenwirken bei der Sitzverteilung bei einer Bundestags-

¹ Im Text mit BVerfG abgekürzt

² Im Text nach den Seiten des Umdrucks zitiert, auszugsweise abgedruckt z. B. in DVBl 2008 S. 1045 ff.

Wahl für verfassungswidrig erklärt³. Das ist bemerkenswert, weil sich aus dem Zusammenwirken der genannten Regelungen die Möglichkeit des Anfalls von sog. Überhangmandaten⁴ ergibt, was - weil vom geltenden BWG ohne Kompensation zugelassen - seit langem von einem Teil der Literatur⁵ als verfassungswidrig angesehen wird. Der 2. Senat des BVerfG, der - wie etwa seine Rechtsprechung zur staatlichen Parteienfinanzierung zeigt⁶ - deutliche Veränderungen seiner bisherigen Judikatur nicht scheut, hätte bei der Prüfung des negativen Stimmgewichts, das ja nur beim Anfall von ÜM auftreten kann, durchaus seine, die kompensationslosen ÜM im BWG tolerierende Entscheidung von 1997⁷ aufgeben können. Das Gericht hat es aber nicht getan⁸. Deshalb bleibt festzuhalten:

Der Regelungsauftrag des BVerfG bezieht sich ausschließlich auf die Vermeidung des negativen Stimmgewichts. Diesem Auftrag kann weder ein Gebot, im Bundestagswahlrecht den Anfall von ÜM abzuschaffen, noch ein Gebot, beim Vorkommen von ÜM diese zu kompensieren, entnommen werden⁹.

1.1.2 An dem so für das BWG in der Fassung vom 11. 3. 2002 beschriebenen Regelungsauftrag hat die mit der jüngsten Novellierung des BWG erfolgte Änderung des Berechnungsverfahrens für die Sitzverteilung (statt nach Hare-Niemeyer künftig nach dem Divisorverfahren mit Standardrundung nach Sainte-Lague / Schepers)¹⁰ nichts geändert, wie das BVerfG begründet und ausdrücklich festgestellt hat¹¹.

1.1.3 Zu den tragenden und damit für den Gesetzgeber verbindlichen Vorgaben des BVerfG gehören dessen Ausführungen zur Verwerfung des negativen Stimmgewichts. Es darf bei Bundestagswahlen nicht mehr zu inversen Erfolgswerten¹² der Wählerstimmen kommen können, indem mehr Stimmen einer Partei schaden und weniger Stimmen einer Partei einen größeren Wahlerfolg verschaffen¹³.

Die vom BVerfG im Anschluß an die Literatur beschriebenen Ursachen¹⁴ für die Möglichkeit des Auftretens inverser Erfolgswerte im Vollzug des geltenden Sitzverteilungsverfahrens nach § 7 Abs. 3 Satz 2 in Verbindung mit § 6 Abs. 4 und 5 BWG treffen zu:

Der Anfall von ÜM allein führt nicht zu inversen Erfolgswerten von Wählerstimmen. Inverse Erfolgswerte können nur deshalb entstehen, weil der den Zweitstimmenerfolg überschießende Wahlerfolg in Wahlkreisen erst bei der sog. Unterverteilung der Sitze auf die Landeslisten einer Partei durch ÜMe Berücksichtigung findet. Deshalb können Veränderungen im Zweitstimmenerfolg der Partei, die sich immer - weil eine Verhältnisverteilung erfolgt - auf sämtliche (verbundene) Landeslisten dieser Partei auswirken, zu inversen Erfolgswerten führen, weil sich der Wahlerfolg der Landesliste mit einem oder mehreren

³ Darauf macht auch Roth, NVwZ 2008 S. 1199,1200 - aus seiner Sicht bedauernd - aufmerksam.

⁴ Im Text mit ÜM abgekürzt

⁵ Vgl. die Nachweise zum Meinungsstand in Schreiber, Handbuch des Wahlrechts zum Deutschen Bundestag, 7.A. 2002, § 6 Rn. 14

⁶ Vgl. etwa Schreiber a. a. O. § 50 Rn. 14, 15 und 16

⁷ BVerfGE 95 S. 335 ff.

⁸ Obwohl das BVerfG die „mit den ÜM möglicherweise verbundene Verzerrung der Erfolgswertgleichheit“ erwähnt (BVerfG vom 3. 7. 2008 Umdruck S. 37)

⁹ Demgegenüber wird im politischen Raum oft - möglicherweise verkürzt - aus dem Urteil vom 3. 7. 2008 die Verfassungswidrigkeit von ÜM bzw. die Notwendigkeit, solche zu kompensieren, abgeleitet (vgl. etwa den SPD-Parteivorsitzenden Müntefering in der FR vom 11. 2. 2009)

¹⁰ Nach den Änderungen in § 6 Abs. 2 und 3 BWG durch Art. 1 des Gesetzes zur Änderung des Wahl- und Abgeordnetenrechts vom 18. 3. 2008 (BGBl I S. 394)

¹¹ BVerfG vom 3. 7. 2008 Umdruck S. 21, 44

¹² So die treffende, abkürzende Beschreibung bei Ehlers / Lechleiter JZ 1997 S. 761, 762

¹³ BVerfG vom 3. 7. 2008 Umdruck S. 31, 38, 39, 40

¹⁴ BVerfG vom 3. 7. 2008 Umdruck S. 10 f., 33, 36 f.

ÜM infolge dieses(r) ÜM nicht verändert. Allerdings dürfen die Veränderungen im Zweitstimmenerfolg der Partei, was das BVerfG nicht erwähnt, nicht so groß sein, daß sie bei der sog. Oberverteilung zu Sitzverschiebungen zwischen den verschiedenen Parteien führen.

Eine den Regelungsauftrag des BVerfG erfüllende Novellierung des BWG wird deshalb die vom BVerfG herausgearbeitete Konstellation (Berücksichtigung der ÜMe in der Unterverteilung bei gleichzeitigem Verhältnisausgleich zwischen den beteiligten Landeslisten einer Partei) zu vermeiden haben. Oder anders formuliert: Wenn sich der Gesetzgeber weiter im Rahmen einer mit der Personenwahl verbundenen Verhältniswahl bewegen will, kann er sich für Sitzverteilungsverfahren entscheiden, die zwar ÜMe und Listenverbindungen kennen, diese aber anders miteinander kombinieren.

1.1.4 Der so mit Blick auf die zu vermeidenden inversen Erfolgswerte beschriebene Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers muß unter Beachtung der Wahlrechtsgrundsätze des Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG, wie sie das BVerfG in ständiger Rechtsprechung¹⁵ auslegt, ausgefüllt werden.

Wesentliche Eckpunkte dieser Rechtsprechung und damit die Prüfungsmaßstäbe, an denen sich der Gesetzgeber bei der Erfüllung des Regelungsauftrags ausrichten muß, seien - im wesentlichen mit den Worten des BVerfG - kurz in Erinnerung gerufen:

- Der Grundsatz der Gleichheit der Wahl gebietet, daß alle Staatsbürger das aktive und passive Wahlrecht möglichst in formal gleicher Weise ausüben können. Es ist im Sinne einer strengen und formalen Gleichheit zu verstehen.
- Das Wahlgesetz muß der Stimme eines jeden Wahlberechtigten grundsätzlich den gleichen Zählwert und die gleiche rechtliche Erfolgchance geben. Bei einer Mehrheitswahl müssen möglichst gleich große Wahlkreise gebildet werden, damit die Wähler mit annähernd gleichem Stimmgewicht an der Bildung der Volksvertretung teilnehmen können. Bei einer Verhältniswahl muß jeder Wähler mit seiner Stimme den gleichen Einfluß auf die Zusammensetzung der Vertretung haben (Erfolgswertgleichheit).
- Art 38 GG hat die konkrete Ausgestaltung des Wahlsystems bewußt offen gelassen und den Gesetzgeber aufgerufen, ein Stück materiellen Verfassungsrechts auszufüllen. In Ausführung dieses Regelungsauftrags darf der Gesetzgeber die Bundestagswahl als Mehrheitswahl oder als Verhältniswahl gestalten. Er darf auch beide Wahlsysteme miteinander verbinden, wenn dabei die Gleichheit der Wahl im jeweiligen Teilsystem gewahrt wird, die Systeme sachgerecht zusammenwirken und die Unmittelbarkeit und Freiheit der Wahl nicht gefährdet werden. Der Gesetzgeber muß das von ihm ausgewählte Wahlsystem in seinen Grundelementen folgerichtig gestalten und darf keine strukturwidrigen Elemente einführen.
- Der Gesetzgeber muß, wenn er sich für ein Wahlsystem entschieden hat, die im Rahmen des jeweiligen Systems geltenden Maßstäbe der Wahlgleichheit beachten. Dabei unterliegt das Prinzip der Wahlgleichheit ebenso wie der Grundsatz der Chancengleichheit der politischen Parteien keinem absoluten Differenzierungsverbot. Allerdings folgt aus dem formalen Charakter des Grundsatzes der Wahlgleichheit, daß dem Gesetzgeber bei der Ordnung des Wahlrechts nur ein eng bemessener Spielraum für Differenzierungen bleibt.
- Solche Differenzierungen bedürfen zu ihrer Rechtfertigung stets eines sachlich legitimierten, zwingenden Grundes. Das bedeutet jedoch nicht, daß sich die Differenzierung von Verfassungs wegen als zwangsläufig oder notwendig darstellen muß. Es reichen auch Gründe, die durch die Verfassung legitimiert und von einem

¹⁵ Vgl. etwa BVerfGE 95 S. 335, 349 f., 95 S. 408, 417 f. und Schreiber a. a. O. § 1 Rn. 4 ff, 29 ff. mit weiteren Nachweisen; ebenso das BVerfG in seinem hier maßgeblichen Urteil vom 3. 7. 2008 Umdruck S. 28-30 und zuvor in seinem Urteil vom 13. 3. 2008 zur 5%-Klausel im Kommunalwahlrecht von Schleswig-Holstein.

Gewicht sind, das der Wahlgleichheit die Waage halten kann. So genügen auch zureichende, aus der Natur des Sachbereichs einer Parlamentswahl sich ergebende Gründe, insbesondere die Verwirklichung der mit einer Wahl verfolgten Ziele. Hierzu hat das BVerfG z. B. die Sicherung des Charakters der Wahl als eines Integrationsvorgangs bei der politischen Willensbildung des Volkes und die Gewährleistung der Funktionsfähigkeit der zu wählenden Volksvertretung gezählt.

- Differenzierende Regelungen müssen zur Verfolgung ihrer Zwecke geeignet und erforderlich sein. Ihr erlaubtes Ausmaß richtet sich auch danach, mit welcher Intensität in das - gleiche - Wahlrecht eingegriffen wird. Ebenso können gefestigte Rechtsüberzeugung und Rechtspraxis Beachtung finden. Der Gesetzgeber muß sich bei seiner Bewertung nicht an abstrakt konstruierten Fallgestaltungen, sondern an der politischen Wirklichkeit orientieren.
- Der Gesetzgeber muß eine die Wahlgleichheit berührende Wahlvorschrift überprüfen und ggfs. ändern, wenn die Rechtfertigung dieser Norm durch neue Entwicklungen in Frage gestellt wird, etwa bei Änderung der vorausgesetzten tatsächlichen Grundlagen oder wenn sich erwartete Auswirkungen nicht eingestellt haben. Eine Wahlrechtsbestimmung kann in dem einen Staat zu einem bestimmten Zeitpunkt gerechtfertigt sein, in einem anderen Staat oder zu einem anderen Zeitpunkt nicht. Wenn sich die Verhältnisse in einem Staat wesentlich verändern, kann sich eine abweichende verfassungsrechtliche Beurteilung ergeben. Findet der Wahlgesetzgeber in diesem Sinne veränderte Umstände vor, muß er ihnen Rechnung tragen.

1.1.5 Nicht zu den tragenden Urteilsgründen gehören zwei, den Gesetzgeber damit nicht normativ bindende, aber von ihm sicher in seine Erwägungen einzubeziehende Hinweise zur inhaltlichen Durchführung des Regelungsauftrags, die das BVerfG - auch das ist bemerkenswert - gut 6 Monate später in einer weiteren Wahlprüfungsentscheidung¹⁶ wiederholt, also gewissermaßen dem Gesetzgeber „ans Herz“ gelegt hat:

- Das BVerfG beschreibt selbst drei Lösungsmöglichkeiten, wie der Gesetzgeber eine mit der Personenwahl verbundene Verhältniswahl ohne den Effekt des negativen Stimmgewichts anordnen könne, nämlich durch Berücksichtigung von ÜM bei der sog. Oberverteilung, durch Verzicht auf Listenverbindungen oder durch eine Wahl des Deutschen Bundestages hälftig nach dem Mehrheits- und hälftig nach dem Verhältniswahlprinzip (Grabensystem)¹⁷.
- Das BVerfG erwartet vom Gesetzgeber bei Erfüllung des Regelungsauftrags, „das für den Wähler kaum noch nachzuvollziehende Regelungsgeflecht der Berechnung der Sitzzuteilung im Deutschen Bundestag auf eine neue, normenklare und verständliche Grundlage zu stellen“¹⁸.

1.2 Zeitliche Vorgaben

Das BVerfG hat dem Gesetzgeber zur Erfüllung des beschriebenen Regelungsauftrags bei der Verkündung des Urteils am 3. 7. 2008 eine Frist von rund drei Jahren eingeräumt, indem es dem Gesetzgeber aufgegeben hat, spätestens bis zum 30. 6. 2011 eine verfassungsgemäße Regelung zu treffen.

Bei Erlaß seines Urteils war sich das BVerfG sehr wohl bewußt, daß nach Artikel 39 Abs.1

¹⁶ BVerfG - 2 BvC 4/04 - vom 15. 1. 2009 Umdruck S. 9

¹⁷ BVerfG vom 3. 7. 2008 Umdruck S. 37, 38, 45 und BVerfG vom 15. 1. 2009 Umdruck S. 9

¹⁸ Im Urteil vom 3. 7. 2008 im Zusammenhang mit der dem Gesetzgeber eingeräumten Frist angeführt (Umdruck S. 46), in der Entscheidung vom 15. 1. 2009 als Aufruf an den Gesetzgeber formuliert (Umdruck S. 9); dafür auch H. H. Klein, Eine klare Wahl, FAZ vom 14. 8. 2009

GG die Wahlperiode des 16. Deutschen Bundestages im Herbst 2009 enden würde. Das Gericht hat bedacht, „daß ein neuer Bundestag möglichst auf verfassungsrechtlich einwandfreier Grundlage gewählt wird“¹⁹. Gleichwohl erschien es dem Gericht „unangemessen, dem Gesetzgeber aufzugeben, das Wahlrecht rechtzeitig vor Ablauf der gegenwärtigen Wahlperiode zu ändern“²⁰. Dem Gesetzgeber müsse ausreichend Zeit gelassen werden, im Rahmen seines Gestaltungsspielraums die verschiedenen Regelungsalternativen und deren Auswirkungen auf das Wahlrecht angemessen zu berücksichtigen und zu gewichten.

Die so bemessene Übergangsfrist ist in der Literatur heftig kritisiert und eine Novellierung des BWG noch vor der Wahl des 17. Deutschen Bundestages (am 27. 9. 2009) gefordert worden, welche negative Stimmgewichte ausschließt²¹.

Gleichwohl bleibt festzuhalten, daß nach dem Urteil des BVerfG vom 3. 7. 2008 keine rechtliche Notwendigkeit besteht, das BWG vor der bevorstehenden Bundestagswahl zu ändern.

1.3 Wahltechnische Rahmenbedingungen

Der Bundespräsident hat nach § 16 BWG im Zeitrahmen des Art. 39 Abs. 1 GG den 27. 9. 2009 zum Wahltag bestimmt²². Da sich der 16. Deutsche Bundestag am 18. 10. 2005 konstituiert hatte, konnten nach § 21 Abs. 3 und § 27 Abs. 5 BWG die Vertreter für die Vertreterversammlungen zur Aufstellung der Wahlbewerber ab dem 19. 3. 2008 sowie die Wahlbewerber in den Wahlkreisen und auf den Landeslisten ab dem 19. 6. 2008 gewählt werden. Die Wahlbewerberaufstellungen für die bevorstehende Bundestagswahl sind inzwischen ganz überwiegend abgeschlossen.

Wahlrechtsänderungen zur Erfüllung des Regelungsauftrags des BVerfG, die sich auf die Wahlbewerber auswirken, sind von daher praktisch nicht mehr möglich. Vielmehr müßten die parteiinternen Bewerberaufstellungsverfahren - gegebenenfalls nach Änderung der einschlägigen Bestimmungen in den Parteisatzungen - angepaßt und wiederholt werden. Damit kommt derzeit eine Vielzahl von Lösungsalternativen, wie z. B. Übergang zu einem Mehrheitswahlrecht oder zum sog. Grabensystem, nicht mehr in Betracht.

Lösungsalternativen, welche die vollzogenen Bewerberaufstellungsverfahren unberührt lassen und sich auf Veränderungen beim Verfahren der Sitzverteilung im Rahmen einer mit der Personenwahl verbundenen Listenwahl beschränken, erscheinen - entgegen der vom BVerfG geäußerten Annahme²³ - auch nach dem April 2009 noch möglich. Denn solche Veränderungen müßten lediglich in die Software für die Verteilungsrechnungen der Landeswahlleiter und des Bundeswahlleiters eingearbeitet werden. Allerdings stehen für solche Anpassungen, die mit umfangreichen Proberechnungen getestet werden müßten, ab Anfang Mai nur noch gut 4 Monate bis zum Wahltag am 27. 9. 2009 zur Verfügung. Zu berücksichtigen ist außerdem, daß die - wenigen - Fachleute für solche Arbeiten auf Länder- und Bundesebene derzeit mit der Vorbereitung und Abwicklung der Europawahl am 7. 6. 2009 voll ausgelastet sind und die Durchführung zweier bundesweiter Wahlen (Europa- und Bundestagswahl) innerhalb von vier Monaten die Wahlinfrastrukturen von Bund, Ländern und Gemeinden aufs Äußerste belastet. Aus wahlprak-

¹⁹ BVerfG vom 3. 7. 2008 Umdruck S. 45

²⁰ BVerfG a. a. O.

²¹ So insbesondere Roth, NVwZ 2008 S. 1199, 1200 f. und Meyer, DVBl 2009 S. 137, 145 f.

²² Anordnung vom 4. 1. 2009 (BGBl I S. 2)

²³ Das BVerfG geht in seinem Urteil vom 3. 7. 2008 (Umdruck S.45) davon aus, daß das Gesetzgebungsverfahren spätestens im April 2009 abgeschlossen sein müsse, damit das neue Recht bei den Vorbereitungen zur Wahl zum 17. Deutschen Bundestag berücksichtigt werden könne.

tischer Sicht dürfte Ende Juni 2009 der späteste Termin sein, zu dem Klarheit über eine Neuregelung bestehen müßte, damit das Risiko fehlerhafter Sitzverteilungen durch falsche Anwendung eines novellierten Wahlrechts nicht unvermeidbar wird.

1.4 Entwicklung der politischen Wirklichkeit seit der Wiedergewinnung der deutschen Einheit

Wie oben (1.1.4 am Ende) dargestellt, kann die Vereinbarkeit wahlrechtlicher Regelungen mit den Wahlrechtsprinzipien des GG nicht ohne Blick auf die tatsächlichen politischen Verhältnisse beurteilt werden. Insoweit kommt dem Wählerverhalten und der sog. Parteienlandschaft Bedeutung zu, weil beide Faktoren bestimmenden Einfluß darauf haben, inwieweit die von der Verfassung gewollte demokratische Willensbildung zu einem funktionsfähigen Parlament und einer - von diesem getragenen und diesem verantwortlichen - handlungsfähigen Regierung führt. Für die Fortentwicklung des Wahlsystems für die Wahl des Deutschen Bundestages erscheinen folgende Tatbestände²⁴ von Belang:

- Die Wahlbeteiligung bei Bundestagswahlen ist - im internationalen Vergleich - immer noch recht hoch, aber insgesamt gesehen tendenziell rückläufig. Vor allem ist sie in den 16 Ländern durchaus unterschiedlich und in den neuen Ländern unterdurchschnittlich. Die Spanne der Wahlbeteiligung in den 299 Wahlkreisen reichte bei der Bundestagswahl 2005 von 68,7% bis 83,6%²⁵.
- Die Stimmenmehrheiten, mit denen Wahlkreisbewerber ihren Wahlkreis gewinnen, sind seit 1990 rückläufig. In 46 Wahlkreisen besaß 2005 der Wahlkreisgewinner nur einen Vorsprung von unter 5000 Erststimmen²⁶.
- In den neuen Ländern hatte bei der Bundestagswahl 2005 keine der Volksparteien Zweitstimmenergebnisse von über 36%. Vielmehr erzielte die Partei Die Linke jeweils über 22% der Zweitstimmen, so daß etwa in Thüringen die Zweitstimmenergebnisse von drei Parteien mit 29,8%, 26,1% und 25,7% sehr eng zusammenlagen.
- Gegenüber der Wahl 2002 konnten die beiden Parteien BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und Die Linke die Zahl der Wahlkreise, in denen sie zwischen 20 und 30% der Zweitstimmen erzielten, von 11 auf 56 steigern²⁷, während gleichzeitig bei SPD und CDU die Zahl der Wahlkreise mit solchen - für diese Parteien schwachen - Zweitstimmenergebnissen von 97 auf 158 stieg.
- Rechtsextremistische Parteien konnten seit 1990 bei Bundestagswahlen nur zwischen 1 und 3,3% der Zweitstimmen erzielen, blieben also weit unter der 5%-Sperrklausel, konnten aber verschiedentlich in Landtage einziehen. Inwieweit extremistische Parteien des rechten oder linken Spektrums infolge der gegenwärtigen Wirtschaftsrezession mehr Wählerzulauf erhalten, läßt sich nicht absehen, aber auch nicht ausschließen.
- Die Zahl der Wähler, welche die Möglichkeit des sog. Stimmensplittings zu Gunsten einer anderen Partei nutzen, hat seit 1976 stetig zugenommen und bei der Bundestagswahl 2005 mit knapp 24% den bisherigen Höchststand erreicht²⁸. Vor allem zeigt die repräsentative Wahlstatistik, daß die Wähler von FDP und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN in erheblichem Umfang²⁹ mit ihrer Erststimme, da sie bei ihren eigenen Wahlkreisbewerbern keinen Erfolg erwarten, die Kandidaten des jeweils angestrebten Koalitionspartners wählen.

²⁴ Vgl. dazu die Angaben des Bundeswahlleiters in seiner Veröffentlichung „Wahl zum 16. Deutschen Bundestag am 18. September 2005“, Heft 5, Textliche Auswertung der Wahlergebnisse, 2006.

Im Folgenden zitiert als Heft 5.

²⁵ Heft 5 S.34, 41

²⁶ Heft 5 S. 57,59

²⁷ Heft 5 S. 63, 64

²⁸ Heft 5 S. 86 - 91

²⁹ FDP-Wähler zu gut 51% einen CDU-Wahlkreisbewerber, Wähler von BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN zu gut 56% einen SPD-Wahlkreisbewerber.

Die Ursachen für das Entstehen von ÜM sind vielfältig, in ihren Wirkungen unterschiedlich und überlagern sich in der Wahlpraxis, so daß beim Auftreten von ÜM bei einer Partei dieses in der Regel nicht auf eine bestimmte Ursache zurückgeführt werden kann³⁰. Zu diesen möglichen Ursachen gehören insbesondere eine nicht deren jeweiligen Anteil an der deutschen Bevölkerung entsprechende Verteilung der 299 Wahlkreise auf die 16 Länder und damit einhergehende erhebliche Unterschiede in der Wahlkreisgröße, unterdurchschnittliche Wahlbeteiligung in einem Land, überdurchschnittlicher Anteil ungültiger Stimmen in einem Land bzw. überdurchschnittliches Abschneiden einer an der 5%-Sperrklausel gescheiterten Partei in einem Land sowie - und wohl vor allem - knappe Wahlkreismehrheiten, die in der Regel in dem betreffenden Land mit auf mehrere ähnlich starke Parteien verteilten Zweitstimmen einhergehen. Schließlich kann Stimmensplitting von Wählern „kleinerer“ Parteien manchen Wahlkreisbewerbern des gewünschten Koalitionspartners zum Erfolg verhelfen, während dem Koalitionspartner dann die Zweitstimmen fehlen, so daß für diesen ein oder mehrere ÜM anfallen.

Die oben skizzierte Entwicklung der politischen Verhältnisse in Deutschland lassen deshalb den Schluß zu, daß auch bei der nächsten Bundestagswahl ÜM entstehen, obwohl der Gesetzgeber³¹ die Verteilung der Wahlkreise auf die 16 Länder gerade in weitest möglichen Umfang an deren unterschiedliche Bevölkerungsentwicklung angepaßt hat.

2. Zum Gesetzentwurf BT-Drs. 16 / 11885³²

2.1 Regelungsinhalt

Der GR-E schließt an einen Gesetzentwurf derselben Fraktion aus der 13. Wahlperiode an³³ und übernimmt zum Teil Formulierungsvorschläge, die der Augsburger Mathematik-Professor Pukelsheim unter dem 22. 9. 2008 im Internet veröffentlicht hat³⁴, wie der Abgeordnete Volker Beck (Köln) erläutert hat³⁵.

Wesentliche - und gegenüber dem geltenden BWG neue - Regelungselemente des GR-E sind:

- Nach § 7 Abs. 5 und 6 d.E. werden bereits bei der sog. Oberverteilung der Zweitstimmen auf Bundesebene zwischen den Parteien die jeweils insgesamt von einer Partei erzielten Wahlkreissitze berücksichtigt. Nur dort anfallende ÜM erhöhen die Sitzzahl im Deutschen Bundestag und werden nicht kompensiert.
- § 7a d.E. regelt die sog. Unterverteilung der insgesamt von einer Partei mit ihren Zweitstimmen erzielten Sitze zwischen den verbundenen Landeslisten der Partei. § 7a Abs. 5 und 6 d.E. sehen - wie im geltenden Bundestagswahlrecht - den Abzug der Wahlkreissitze und die Besetzung der verbleibenden Sitze aus der jeweiligen Landesliste vor. Neu ist dann die - allerdings kaum verständliche und verbesserungsbedürftige - Regelung des § 7a Abs. 7 d.E., die - so die Begründung³⁶ - zu einer Kompensation der bei der Unter-

³⁰ Zur Entstehung von ÜM vgl. etwa Behnke, APuZ B 52 / 2003 S. 21, 24 f. und die Erläuterungen des Bundeswahlleiters im Wahlprüfungsverfahren 2 BvF 1/95, referiert vom BVerfG 95 S. 335, 345 ff.

³¹ Mit dem 18. Gesetz zur Änderung des BWG vom 17. 3. 2008 (BGBl I S. 316)

³² Im Text abgekürzt mit GR-E

³³ BT-Drs. 13/5575 vom 24. 9. 1996 (Entwurf eines Gesetzes zur Kompensation von ÜM)

³⁴ Pukelsheim hat sich als Mathematiker seit Ende der 90er Jahre intensiv mit der Verteilungsrechnung bei Wahlen beschäftigt, das nach dem geltenden BWG mögliche Auftreten inverser Erfolgswerte von Wählerstimmen kritisiert und ein eigenes sog. Augsburger Zuteilungsverfahren entwickelt, das solche inversen Erfolgswerte vermeidet: Vgl zuletzt Pukelsheim, DVBl 2008 S. 889 ff. und www.uni-augsburg.de/pukelsheim/2008Berlin/VorschlagBWahlG.pdf

³⁵ Vgl. Plenarprotokoll 16/208 der ersten Lesung des GR-E im Deutschen Bundestag am 5. 3. 2009, S. 22501 A

verteilung bei einer Landesliste entstandenen ÜM durch Abzug dieser ÜM bei den anderen Landeslisten derselben Partei führt.

- Außerdem wird die Listennachfolge in § 48 Abs. 1 BWG neu geregelt:

Nach dem neu gefaßten § 48 Abs. 1 Satz 2 d.E. findet keine Listennachfolge statt, solange eine Partei ÜM bei der Oberverteilung erzielt hat; das trägt - wie der 2008 in § 48 Abs. 1 BWG eingefügte Satz 2 - der Rechtsprechung des BVerfG zur Listennachfolge bei ÜM³⁷ Rechnung.

Für die Fälle der bei der Unterverteilung entstandenen und dann bei anderen Landeslisten der Partei kompensierten, d. h. abgezogenen ÜM soll nach § 48 Abs. 1 Satz 4 d.E. diejenige Landesliste zum Zuge kommen, die den Mandatsträger hätte stellen können, wäre das parteiinterne ÜM nicht kompensiert worden³⁸. Dieser Regelungsinhalt kommt in § 48 Abs. 1 Satz 4 d.E. jedoch nur ansatzweise zum Ausdruck; Satz 4 muß überarbeitet werden.

Die interne Kompensation von ÜM, die für eine Partei in einem oder mehreren Ländern angefallen sind, geht zu Lasten der Listen derselben Partei in anderen Ländern, die mit den geringsten Zweitstimmzahlen noch ein Listenmandat errungen haben. Eine Partei verliert also in dem Maße Listenmandate in anderen Ländern, wie sie ÜM gewinnt.

Nach Modellrechnungen des Bundeswahlleiters auf der Grundlage der Wahlergebnisse von 2005 würden die 9 ÜM der SPD durch Abzug von je einem Listenmandat in Schl-H, Nds, Hessen, Rh-Pf, B-W und Bayern sowie von 3 Listenmandaten in NRW, die 7 ÜM der CDU durch Abzug von je einem Listenmandat in HH, Nds, Hessen, Rh-Pf und Saarland sowie von 2 Listenmandaten in NRW kompensiert³⁹.

Die damit verbundene Verschiebung der Gewichte und Wahlerfolge der Landeslisten der Parteien ist - wenn auch nur im Verhältnis der Landeslisten ein und derselben Partei - beträchtlich. Der föderale, innerparteiliche Proporz wird durch die Kompensation von ÜM empfindlich gestört.

Dieser Gesichtspunkt bildet jedoch nach Auffassung der BVerfG⁴⁰ in seinem Urteil zu den inversen Erfolgswerten keinen zwingenden Grund, der den Effekt des negativen Stimmgewichts rechtfertigen könnte. Das Gericht räumt ein, daß der Gesetzgeber föderale Belange bei der Ausgestaltung des Wahlrechts berücksichtigen könne. Föderale Belange seien sogar geeignet, eine angemessene Differenzierung der Wählerstimmen zu rechtfertigen. Der sich an der Ländergliederung orientierende Aufbau der Parteien sowie die Länder orientierte Bewerbung mit Landeslisten um die Zweitstimmen und das darauf eingehende Verfahren der Unterverteilung der Zweitstimmen auf die Landeslisten sei geeignet, die bundesstaatliche Gliederung im Wahlrecht zu berücksichtigen. Diesen föderalen Belangen mißt das BVerfG aber kein derart hohes Gewicht bei, daß sie den mit dem negativen Stimmgewicht verbundenen erheblichen Eingriff in die Wahlrechtsgleichheit rechtfertigen könnten.

Diese Bewertung läßt sich durchaus - bei näherer Betrachtung und Gewichtung der Fälle inverser Erfolgswerte von Wählerstimmen - kritisch hinterfragen. Es handelt sich indessen um tragende Gründe des Urteils vom 3. 7. 2008, die der Gesetzgeber bei der Erfüllung des ihm aufgegebenen Regelungsauftrags zu respektieren hat. Die aufgezeigten Konsequenzen der Kompensation von ÜM für andere Landeslisten einer Partei im GR-E sind deshalb verfassungskonform.

2.2 Vermeidung inverser Erfolgswerte bei den Wählerstimmen

³⁶ BT-Drs. 16/11885 S. 5 unten

³⁷ BVerfGE 97 S. 317, 328 f.

³⁸ Wie sich wiederum nur aus der Begründung des GR-E ergibt, vgl. BT-Drs. 16/11885 S. 6 oben

³⁹ Auskunft des Wahlrechtsreferats des BMI

⁴⁰ BVerfG vom 3.7.2008 Umdruck S. 34 ff

Der GR-E erfüllt den Regelungsauftrag des BVerfG, soweit es um inverse Erfolgswerte geht, die nach dem geltenden BWG durch ÜM bei der Unterverteilung zwischen den Landeslisten entstehen können. Denn § 7a Abs. 7 d.E. vermeidet bei der Unterverteilung eine Erhöhung der Sitzzahl durch ÜM und kompensiert etwa anfallende ÜM auf anderen Landeslisten der Partei. Stimmenzuwächse oder Stimmenverluste bei den Zweitstimmen können deshalb nicht mehr zu inversen Ergebnissen führen.

Allerdings bleiben bei der Oberverteilung der Gesamtsitze nach den bundesweiten Zweitstimmenergebnissen nach § 7 Abs. 6 d.E. ÜM möglich. Dies dürfte bei den bundesweit oder in mehreren Ländern antretenden Parteien praktisch nicht vorkommen, weil die „großen“ Parteien bei den bisherigen Bundestagswahlen erheblich weniger Wahlkreissitze errungen haben, als ihnen Sitze nach ihren bundesweiten Zweitstimmenergebnissen zustehen⁴¹. Solange keine ÜM bei der Oberverteilung anfallen, stellt sich das Problem inverser Erfolgswerte nicht.

Es bleibt aber der Sonderfall einer regional starken, nur in einem Land mit einer Landesliste antretenden Partei, die dort erhebliche Wahlkreiserfolge erzielt, kurz der Fall der CSU. Auch wenn sich bei der CSU bislang - wegen ihrer Zweitstimmenstärke in Bayern - die Frage von ÜM nie gestellt hat, kann nicht ausgeschlossen werden, daß es bei einer Bundestagswahl dazu kommt, wenn die CSU etwa weiterhin mit ihren Wahlkreiskandidaten die Wähler überzeugen kann, aber bei den Zweitstimmen deutlich schwächelt. Der GR-E möchte eine solche Entwicklung hinnehmen, da keine negativen Stimmgewichte zu befürchten seien⁴² und zeigt sich aber für andere Lösungen offen⁴³.

Die beiden anderen - für den Fall von ÜM der CSU - vom GR-E erwogenen Lösungen vermögen nicht zu überzeugen, könnten allerdings auch inverse Erfolgswerte nicht verhindern:

- Meyer⁴⁴ schlägt vor, für den Fall eines ÜM der CSU dieser den Wahlkreissitz abzuerkennen, den der CSU-Wahlkreisbewerber mit dem geringsten prozentualen Stimmgewicht (gemeint ist wohl die kleinste relative Mehrheit) gewonnen hat. Wie dieses mit dem Prinzip der Persönlichkeitswahl in den Wahlkreisen und dem Gebot gleicher Erfolgchancen der Wähler bei Mehrheitswahl vereinbar sein soll, bleibt mehr als fraglich. Dieses Kriterium ist jedenfalls weder für die Wähler bei Abgabe ihrer Erststimmen noch für die Wahlkreisbewerber vorhersehbar und hängt von den ganz unterschiedlichen Wettbewerbsslagen in den Wahlkreisen (z.B. wieviele Kandidaten sich jeweils vor Ort zur Wahl stellen) ab. Diese Lösung wäre deshalb nicht verfassungskonform.

- Wie in dem Vorläufergesetzentwurf von 1996⁴⁵ könnten für den Fall von ÜM der CSU Ausgleichsmandate für die anderen Parteien vorgesehen werden. Nach Modellrechnungen des Bundeswahlleiters in Anlehnung an das Ergebnis der Bundestagswahl 2005 wären bei einem CSU-ÜM 6 Ausgleichsmandate, bei 2 ÜM 15 Ausgleichsmandate erforderlich⁴⁶.

Wenn man bereit ist, die mit Ausgleichsmandaten verbundene Vergrößerung des Deutschen Bundestages hinzunehmen, bliebe eine andere, kaum lösbare Ungereimtheit: Würde ein Wahlkreisabgeordneter der CSU aus dem Deutschen Bundestag aus-

⁴¹ So zu Recht Meyer, DVBl 2009 S. 137, 142

⁴² Ebenso Meyer a.a.O. S. 142

⁴³ Vgl. BT-Drs. 16/ 11885 S. 5 zu § 7 Abs. 6 d.E.

⁴⁴ Meyer a.a.O. S. 143, 145

⁴⁵ BT-Drs. 13/ 5575 : Dort in § 6 Abs. 5 d.E. vorgesehen und auf S. 6 unten erläutert

⁴⁶ Auskunft des Wahlrechtsreferats des BMI

scheiden, dürfte nach der Rechtsprechung des BVerfG⁴⁷ - weil die Listenbewerber nur so weit demokratisch legitimiert sind, wie das Zweitstimmenergebnis reicht - der Sitz nicht nachbesetzt werden, solange der Überhang der CSU nicht abgeschmolzen wäre; den anderen Parteien verblieben aber die Ausgleichsmandate. Die darin liegende Benachteiligung könnte nur vermieden werden, indem allgemein die Aufstellung von Ersatzbewerbern in den Wahlkreisen vorgeschrieben würde. Letzteres ist vor der nächsten Bundestagswahl nicht mehr möglich.

Kommen damit beide Lösungswege nicht in Betracht, bleibt nur, mit dem GR-E die denkbare, aber bislang nicht eingetretene Möglichkeit von ÜM der CSU in Kauf zu nehmen und sich - wie die dissentierenden Richter im ÜM-Urteil von 1997⁴⁸ - damit zu trösten, daß sich ein ÜM der CSU im Rahmen der bei jeder Sitzverteilung im Proporzverfahren hinzunehmenden Verzerrungen halten dürfte, was durch Modellrechnungen noch zu bestätigen wäre.

2.3 Weiterer Überarbeitungsbedarf

Der GR-E ordnet die - gewachsenen - Regelungen des BWG über die Verbindung von Persönlichkeits- und Verhältniswahlelementen in den §§ 6, 7 und 7a d.E. neu. Das Regelungsgeflecht wird dadurch übersichtlicher und verständlicher.

Allerdings erscheinen - über redaktionelle Verbesserungen hinaus - einige Änderungen angezeigt:

- Die Ergänzung des § 1 Abs. 1 BWG durch einen Zielsetzungssatz würde die Konzeption des Bundestagswahlrechts noch mehr in Richtung Verhältniswahl zu Lasten des Persönlichkeitselements verschieben. Sie sollte deshalb unterbleiben.
- Der GR-E geht von der Verbindung aller Landeslisten einer Partei aus. Dieses müßte ausdrücklich, etwa in § 7 d.E. angeordnet werden.
- Die Legaldefinitionen in § 7 Abs. 2 und § 7a Abs. 2 d.E. des Bundesdivisors und des Parteidivisors (besser würde letzterer Landeslistendivisor genannt, denn auch der Bundesdivisor ist ein Parteidivisor) sind irreführend und sollten entfallen. Denn - wie Pukelsheim gezeigt hat⁴⁹ - gibt es jeweils eine ganze Reihe von Zahlen, die als Divisoren zur Verteilung aller Mandate führen.
- In § 7 Abs. 7 letzter Satz d.E. bleibt offen, was „ohne Berücksichtigung dieser Sitze“ meint.
- In § 7a Abs. 2 Satz 1 d.E. muß der Fall des § 7 Abs. 7 d.E. (sog. Mehrheitsklausel) berücksichtigt werden.
- In § 7a Abs. 5 d.E. ist der Gesetzesbefehl unvollständig.
- Die wichtigen Regelungen in § 7a Abs. 7 d.E. und in § 48 Abs. 1 Satz 4 d.E. sind nur nach Lektüre der Begründung verständlich; das Gewollte muß in den Gesetzestext geschrieben werden.
- Die Regelung in § 48 Abs. 1 Satz 7 d.E., bei Erschöpfung einer Landesliste nicht - wie im geltenden BWG - den Sitz unbesetzt zu lassen, sondern dann eine andere Landesliste derselben Partei zum Zuge kommen zu lassen, ist problematisch, da mit der Zweitstimme nicht eine Partei, sondern eine bestimmte Landesliste dieser Partei gewählt wird.

2.4 Zwischenergebnis

⁴⁷ Vgl. BVerfGE 97 S. 317, 327 ff.

⁴⁸ Vgl. BVerfGE 95 S. 335, 400 f.

⁴⁹ Vgl. Pukelsheim, DVBl 2008 S. 889, 890

Der GR-E erfüllt damit den Regelungsauftrag des BVerfG und könnte - bei Verzicht auf Ausgleichsmandate im Fall von ÜM der CSU - noch mit Wirkung für die Wahl des 17. Deutschen Bundestages verwirklicht werden.

Abgesehen von der oben (2.1) erörterten, zur Vermeidung inverser Erfolgswerte aber hinzunehmenden empfindlichen Störung des föderalen, innerparteilichen Proporz sind zwei Schwächen des GR-E nicht zu übersehen:

2.4.1 Der GR-E bereinigt nicht die sog. Problematik der Berliner Zweitstimmen. Es geht dabei um Fälle, in denen eine Partei nur ein oder zwei Wahlkreissitze gewinnt, aber weniger als 5% der Zweitstimmen erzielt, so daß sie an der Sperrklausel des § 6 Abs. 6 BWG scheitert. Wähler, die mit ihrer Erststimme einen der beiden erfolgreichen Wahlkreisbewerber wählen, haben, wenn sie mit ihrer Zweitstimme die Landesliste einer anderen Partei wählen, die am bundesweiten Verhältnisausgleich teilnimmt, einen doppelten Stimmerfolg. Das von ihnen mitgewählte Wahlkreismandat kann ja nicht auf eine Landesliste angerechnet werden.

Der geltende § 6 Abs. 1 Satz 2 BWG verhindert nach seinem Wortlaut ein solches doppeltes Stimmgewicht nur in zwei vergleichbaren Fällen, nämlich bei Wählern, die mit ihrer Erststimme einem unabhängigen Wahlkreisbewerber (nach § 20 Abs. 3 BWG) oder einem Wahlkreisbewerber, für dessen Partei in dem betreffenden Land keine Landesliste zugelassen ist, zum Erfolg verholfen haben: Die Zweitstimmen solcher Wähler werden nicht berücksichtigt, d.h. sie gehen nicht in den Verhältnisausgleich ein.

Das BVerfG⁵⁰ hat bereits 1988 auf diese Regelungslücke hingewiesen und dem Gesetzgeber eine entsprechende Ergänzung des § 6 Abs.1 Satz 2 BWG zu erwägen gegeben. Nachdem die PDS bei der Bundestagswahl 2002 nur in Berlin zwei Wahlkreise gewann und weniger als 5% der Zweitstimmen erzielte und diese beiden Mandate nicht auf Listenmandate angerechnet werden konnten, haben Wahlanfechtungen beanstandet, daß dort die Wähler der beiden erfolgreichen PDS-Wahlkreisbewerber - wenn sie ihre Stimmen gesplittet hatten - zum Erfolg von Landeslisten anderer Parteien beigetragen haben. Das BVerfG hat bei seiner Entscheidung über eine dieser Wahlanfechtungen jetzt⁵¹ an die Bereinigung dieser Lücke in § 6 Abs. 1 Satz 2 BWG erinnert, aber von einer Sachentscheidung abgesehen, weil mögliche doppelte Stimmerfolge durch Splitten der Erst- und Zweitstimme - wenn erfolgreiche Erststimmen nicht im Verhältnisausgleich verrechnet werden können - von der künftigen Ausgestaltung der Wahlrechtsbestimmungen abhängen, die zur Verhinderung des negativen Stimmgewichts zu überprüfen seien.

Ein solcher Sachzusammenhang besteht indessen nicht. Möglicherweise ist das BVerfG durch die Behauptung von Pukelsheim⁵², seine „direktmandatsbedingte Divisormethode mit Standardrundung“ benötige keinen Doppelerfolgsausschluß, zu dieser Verbindung verleitet worden. Jedoch kann auch das von Pukelsheim propagierte „Augsburger Zuteilungsverfahren“ in den Fällen des § 6 Abs.1 Satz 2 BWG doppelte Stimmerfolge nur vermeiden, wenn es die Nichtberücksichtigung der fraglichen Zweitstimmen ausdrücklich anordnet⁵³. Eine vergleichbare Klausel zur Verhinderung doppelter Stimmerfolge muß Meyer⁵⁴ in seinen Formulierungsvorschlag aufnehmen. Beide Autoren schließen dennoch - wie der GR-E - die vom BVerfG angesprochene Regelungslücke nicht. Die Begründung von Meyer, beim Phänomen der Berliner Zweitstimmen könne ein doppeltes Stimmgewicht

⁵⁰ BVerfGE 79 S. 161, 166ff

⁵¹ BVerfG vom 15. 1. 2009 Umdruck S. 10 f.

⁵² In DVBl 2008 S. 889, 893 und in dem Report des Instituts für Mathematik der Universität Augsburg, No. 449 aus 2003: Bundestagswahl 2002: Erfolgswertgleichheit der Wählerstimmen zwischen Anspruch und Wirklichkeit, S. 15 ff.

⁵³ Wie es Pukelsheim dann auch für die beiden bereits in § 6 Abs. 2 Satz 2 BWG geregelten Fälle in seinem Internet-Formulierungsvorschlag von 2008 - in § 6 Abs. 1 d.E. - tut.

⁵⁴ DVBl 2009 S. 137, 145

hingegenommen werden, weil diese Wähler bei ihrer Stimmabgabe davon nichts wußten⁵⁵, vermag alles andere als zu überzeugen.

Nach allem darf die Regelungslücke in § 6 Abs. 1 Satz 2 BWG nicht länger offen bleiben und muß bei Gelegenheit der Erfüllung des Regelungsauftrags zum inversen Erfolgswert geschlossen werden⁵⁶.

2.4.2 Wenn der GR-E das Problem inverser Erfolgswerte durch interne Kompensation von ÜM auf anderen Landeslisten bereinigt, wird der mandatsrelevante Teil der vom BWG vorgenommenen Verbindung der Personenwahl mit der Verhältniswahl hinfällig, von dem mehrheitsbildende Effekte ausgehen können. Der GR-E verzichtet - wie die anderen Kompensationsmodelle⁵⁷ - so auf eine Mehrheitsbildungen fördernde Wirkung der zusätzlich für eine Partei anfallenden ÜM des geltenden Bundestagswahlrechts⁵⁸. Allerdings können ÜM auch Mehrheiten reduzieren, egalisieren und sogar majorisieren.

Nun könnte man daran denken, die im geltenden Bundestagswahlrecht (mit den nicht kompensierten ÜM) angelegte Besserstellung von Parteien, die auf beträchtliche, ihre Zweitstimmen übertreffende Wahlkreiserfolge hoffen können, gewissermaßen als Prämie für deren Wahlkreiserfolge fortzusetzen. Dazu könnte die Konzeption des GR-E - nach Ober- und Unterverteilung mit Kompensation - um eine „Prämienverteilung“ zur Förderung klarer Mehrheitsverhältnisse im Parlament ergänzt werden: Parteien mit kompensierten ÜM würden jeweils so viele zusätzliche Mandate zugesprochen, wie sie intern kompensieren mußten; wie im geltenden Bundestagswahlrecht würde sich dann die Sitzzahl im Deutschen Bundestag in dieser Größenordnung erhöhen. Damit könnte der Gesetzgeber inverse Erfolgswerte vermeiden und gleichzeitig den status quo zusätzlicher ÜM erhalten.

Eine solche Modifizierung des GR-E kann aber - so interessant sie vom Ergebnis her sein mag, zumal sie noch vor der bevorstehenden Bundestagswahl realisierbar wäre - nicht empfohlen werden:

Ein solches Prämienmodell wäre verfassungsrechtlich sehr umstritten⁵⁹, vor allem aber noch komplexer und für die Bürger noch schwerer verständlich als das geltende Wahlrecht zum Deutschen Bundestag, zumal der Gesetzgeber im Ergebnis mit einer „Kompensation der Kompensation“, nämlich der Verrechnung von ÜM arbeiten würde.

2.4.3 Will man sich möglichst weitgehend innerhalb des hergebrachten Sitzverteilungsverfahrens bei Bundestagswahlen halten, lassen sich jedoch inverse Erfolgswerte nur durch Kompensation der ÜM bei der innerparteilichen Unterverteilung auf Kosten der übrigen Landeslisten dieser Partei vermeiden. Insoweit erweist sich der Regelungsauftrag des des BVerfG als Zwang zur Kompensation von ÜM.

3. Andere Lösungsmöglichkeiten

⁵⁵ Meyer a.a.O. S. 145 FN 41

⁵⁶ Vgl. den Formulierungsvorschlag im Gesetzentwurf der CDU/CSU-Fraktion vom 25. 1. 2005 (BT-Drs. 15/4717)

⁵⁷ So auch die von Pukelsheim und Meyer, a.a.O.

⁵⁸ Darauf macht - gegenüber rein mathematisch ausgerichteten Betrachtungen - zu Recht Nohlen in einer sehr lesenswerten Besprechung des BVerfG-Urteils vom 3. 7. 2008 aufmerksam (ZParl 2009 S. 179, 192, 195).

⁵⁹ Es wäre zu prüfen, ob solche Prämien dem Element der Persönlichkeitswahl oder der Verhältniswahl mit den entsprechenden Folgen für die anzuwendenden Wahlrechtsprinzipien zuzurechnen sind und ob sie zur Förderung der Mehrheitsbildung im Parlament geeignet und erforderlich wären, so daß die damit verbundene Beeinträchtigung der Wahlgleichheit gerechtfertigt wäre. Schon diese Fragen lassen die zu erwartenden verfassungsrechtlichen Kontroversen erahnen.

Die denkbaren und die weltweit praktizierten Wahlsysteme lassen sich nicht mehr übersehen und nur noch vereinfacht in Gruppen darstellen⁶⁰. Es gibt, wie einer der besten Kenner demokratischer Wahlen betont⁶¹, unendlich viele Lösungsmöglichkeiten, wie Wähler ihre politischen Präferenzen mit ihren Stimmen ausdrücken und diese in Parlamentsmandate übertragen werden. Und er fügt hinzu: Bei Wahlsystemen gebe es keine optimalen Lösungen, alle hätten Vor- und Nachteile.

Von daher werden hier nur einige im Zusammenhang mit dem Regelungsauftrag des BVerfG zur Vermeidung von inversen Erfolgswerten erörterte Modelle angesprochen. Dabei wird zwischen Lösungen innerhalb des seit über 50 Jahren geltenden Wahlsystems, die möglicherweise - weil ohne Auswirkungen auf die Bewerberaufstellung - noch vor der Bundestagswahl am 27. 9. 2009 verwirklicht werden könnten, und größeren Reformen unterschieden:

3.1 Kompensationsmodelle

Diesen Modellen ist gemeinsam, daß etwaige ÜM auf den anderen Landeslisten der jeweiligen Partei durch entsprechende Abzüge ausgeglichen werden, ÜM damit die Sitzzahl einer Partei nicht mehr erhöhen.

Die Unterschiede bestehen im wesentlichen in den jeweiligen Rechengängen, ohne daß diese zu unterschiedlichen Sitzverteilungen führten. Diese Modelle verhindern inverse Erfolgswerte.

Zu dieser Gruppe gehören der GR-E, das Augsburger Zuteilungsverfahren von Pukelsheim⁶², das von Meyer beschriebene Modell mit Abzug der Direktmandate vor Verteilung der übrig bleibenden 299 Listensitze auf die einzelnen Landeslisten⁶³ sowie das vom BMI für die Reformkommission zur Größe des Deutschen Bundestages in der 13. Wahlperiode entwickelte sog. Repräsentanz fördernde Kompensationsmodell⁶⁴.

Alle 4 Modelle könnten - weil sie keine Änderungen an den Wahlbewerberaufstellungen nötig machen - noch vor dem 27. 9. 2009 eingeführt werden.

3.2 Ausgleichsmandatsmodelle

Wenn ÜM durch zusätzliche Mandate an die anderen Parteien ganz oder teilweise ausgeglichen werden⁶⁵, reicht das nicht zur Verhinderung inverser Erfolgswerte aus, weil es bei den ÜM auf Landeslistenebene bleibt und sich Stimmenveränderungen auf die übrigen Landeslisten auswirken können. Modellrechnungen des Bundeswahlleiters an Hand der Wahlergebnisse von 2002 und 2005 haben das bestätigt⁶⁶. Solche Modelle kommen deshalb⁶⁷ als Lösungen nicht in Betracht.

3.3 Verzicht auf die Verbindung der Landeslisten einer Partei

Ein solcher Verzicht allein, der zur Konkurrenz sämtlicher Landeslisten untereinander und - wegen der fehlenden Verwertung der Reststimmen der Landeslisten - insbesondere zu Sitzverlusten kleinerer Parteien führte, könnte inverse Erfolgswerte nicht ausschließen⁶⁸. Damit ÜM und Stimmenveränderungen sich nicht auf andere Landeslisten

⁶⁰ Vgl. die knappe, aber systematisch klare Übersicht bei Seifert, Bundeswahlrecht, 3. A. 1976, S. 4 ff.

⁶¹ Vgl. Nohlen a.a.O. S. 182

⁶² DVBl 2008 S. 889, 894

⁶³ DVBl 2009 S. 137, 142 f.

⁶⁴ Vgl. deren Zwischenbericht vom 8. 5. 1996 (BT-Drs. 13/4560 S. 19 f.) und BT-Drs. 13/5575 S. 7

⁶⁵ Vgl. etwa den Gesetzentwurf der SD-Fraktion vom 24. 9. 1996 (BT-Drs. 13/5582)

⁶⁶ Auskunft des Wahlrechtsreferats des BMI

⁶⁷ Entgegen Mahrenholz im Deutschlandfunk am 4. 7. 2008

⁶⁸ Was Meyer, DVBl 2009 S. 141 zu Recht anmerkt.

auswirken und es dann zu inversen Erfolgswerten kommen kann, müßten die 16 Länder - wie bei der ersten Bundestagswahl 1949 - zu abgeschlossenen Wahlgebieten gemacht werden.

Letzteres ließe sich auf zwei Wegen erreichen: Entweder werden die 598 Bundestagsmandate vom Gesetzgeber auf die 16 Länder mit festen Zahlen entsprechend ihrer deutschen Bevölkerung verteilt oder das Wahlgesetz beschränkt sich auf die Vorgabe, daß die 598 Sitze auf die 16 Länder entsprechend den dort bei der jeweiligen Wahl abgegebenen gültigen Zweitstimmen verteilt werden.

Die dagegen von Meyer⁶⁹ ins Feld geführten Bedenken sind wahlpolitischer Natur, aber kein verfassungsrechtliches Hindernis. Insbesondere kann ein Wählerverhalten, welches die von einem Wahlsystem eröffneten Möglichkeiten der Begünstigung von einer oder mehreren Parteien nutzt, nicht als Verstoß gegen die Wahlgleichheit abqualifiziert werden. Verhalten sich Wähler in diesem Sinne „taktisch“, machen sie lediglich von den ihnen mit dem Wahlsystem gegebenen Einwirkungsmöglichkeiten auf die Sitzverteilung im Parlament Gebrauch⁷⁰.

Mit Sitzkontingenten ließe sich also der Regelungsauftrag des BVerfG erfüllen. Ein so gestaltetes Wahlsystem strahlt jedoch so stark auf die Bewerberaufstellung aus, daß es vor der nächsten Bundestagswahl nicht ohne Wiederholung der Bewerberaufstellung eingeführt werden könnte und scheidet derzeit deshalb praktisch aus.

3.4 Wahl mit Bundeslisten

Wie bei der Europawahl könnten die Parteien nur mit einer Liste antreten, wobei es den Parteien anheim gestellt bliebe, ob sie diese in allen 16 Ländern oder sogar nur in einem Land zur Wahl stellen. Es könnte dann zwar bei einer völlig unwahrscheinlichen Übermacht einer Partei noch zu ÜM kommen, inverse Erfolgswerte wären aber ausgeschlossen.

Weil die Parteisatzungen und Wahlbewerberaufstellungen darauf nicht eingerichtet sind, scheidet ein solches Modell für die bevorstehende Bundestagswahl aus.

3.5 Grabensystem

Beim vom BVerfG in Erinnerung gerufenen sog. Grabensystem bleiben Persönlichkeitswahl nach Mehrheitswahlgrundsätzen in Wahlkreisen und Verhältniswahl von Parteilisten strikt getrennt. Eine Verrechnung der Wahlkreissitze bei der Proporzverteilung mit den Listensitzen findet nicht statt. Der Gesetzgeber könnte das Gewicht der beiden Wahlteile bestimmen, indem z. B. 50% der Sitze (299) in Wahlkreisen mit relativer Mehrheitswahl und die anderen 50% der Sitze über verbundene (oder auch unverbundene) Landeslisten nach dem Verhältniswahlprinzip gewählt würden. ÜM und inverse Erfolgswerte könnten nicht entstehen.

Um die mit einem Grabensystem verbundenen Nachteile für kleinere Parteien⁷¹, die nicht oder nur vereinzelt zu Wahlkreiserfolgen kommen, zu mildern, werden Grabensysteme diskutiert, welche im Mehrheitswahlteil mit Mehrmandatswahlkreisen arbeiten.

Wegen der Auswirkungen eines Grabensystems auf die Wahlbewerberaufstellung kommt ein solches Wahlsystem vor der nächsten Bundestagswahl nicht mehr in Betracht.

3.6 Reine Mehrheitswahl

⁶⁹ Meyer a.a.O.

⁷⁰ Worauf Nohlen a.a.O. S. 182, 189 und Pukelsheim, DVBl 2008 S. 889, 892 hinweisen.

⁷¹ Nach Modellrechnungen des Bundeswahlleiters würden sich bei dem Wahlergebnis von 2005 die Sitzzahlen von FDP, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und Die Linke praktisch halbieren (Mitteilung des Wahlrechtsreferats des BMI).

Bei einer Wahl aller Abgeordneten mit relativer Mehrheitswahl in 598 Wahlkreisen wären ÜM und inverse Erfolgswerte unmöglich.

Es ist bemerkenswert, daß das BVerfG in seinen beiden jüngsten Wahlprüfungsentscheidungen⁷² den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers nach Art. 38 Abs. 3 GG herausstellt und in seinem Urteil vom 13. 2. 2008⁷³ - entgegen Meyer⁷⁴ - betont, daß der Gesetzgeber bei der Wahl zwischen der Mehrheits- und der Verhältniswahl grundsätzlich frei sei.

Wenn Altbundeskanzler Helmut Schmidt⁷⁵ auch heute noch das englische Mehrheitswahlrecht vorzieht, weil das Verhältniswahlrecht fast überall in Europa zu einer Mehrzahl von Parlamentsparteien führe und deshalb zu oft schwierigen Koalitionen zwingt, können ihm deshalb keine verfassungsrechtlichen Bedenken entgegen gehalten werden. Eine solch grundlegende Systemveränderung ist jedoch vor der nächsten Bundestagswahl nicht mehr möglich.

3.7 Reine Verhältniswahl

Auch ein solches Wahlsystem vermeidet ÜM und inverse Erfolgswerte, wäre aber ebenfalls nicht mehr vor dem 27. 9. 2009 einführbar.

3.8 Als weiteres Zwischenergebnis bleibt festzuhalten, daß der Regelungsauftrag des BVerfG vor dem 27. 9. 2009 nur noch mit den vier Kompensationsmodellen erfüllt werden könnte. Viele andere Lösungsmöglichkeiten (wie z. B. Aufgabe der Listenverbindungen mit festen oder flexiblen Sitzkontingenten, Bundeslisten, die verschiedenen Ausformungen des Grabensystems sowie die zahlreichen Spielarten reiner Mehrheits- oder Verhältniswahl) könnten wegen ihrer Auswirkungen (insbesondere auf die Bewerberaufstellung) aber gegenwärtig nicht in Betracht gezogen werden.

4. „Baustelle Wahlrecht“⁷⁶

Wenn sich der Gesetzgeber zur Erfüllung des Regelungsauftrags des BVerfG - bildlich gesprochen - auf diese Baustelle begibt, findet er ein in vielen Punkten in den letzten 50 Jahren geändertes BWG⁷⁷ und eine Fülle wahlrechtspolitischer Fragestellungen und Änderungsvorschläge vor. Der Gesetzgeber steht deshalb vor der Frage, ob er es gewissermaßen bei einer - schnellen - Notreparatur bewenden läßt oder ob er sich - 12 Jahre nach der letzten gründlicheren Überprüfung des Bundestagswahlrechts durch die Reformkommission der 13. Wahlperiode - eine umfassende und möglicherweise grundlegende Reform des Wahlrechts zum Deutschen Bundestag vornimmt.

An die wichtigsten wahlrechtspolitischen Fragen der jüngeren Zeit wird nachstehend erinnert, wobei die Reihenfolge subjektiv gewählt ist und die jeweilige Bedeutung bzw. Notwendigkeit in den meisten Punkten (bis auf 4.4 und 4.7) politisch zu entscheiden ist:

4.1 Wahlrecht von Geburt an

⁷² BVerfG vom 3. 7. 2008 Umdruck S. 29 und vom 15. 1. 2009 Umdruck S. 9

⁷³ Zur 5%-Klausel im Kommunalwahlrecht von Schleswig-Holstein unter D I 1 c

⁷⁴ So auch wieder in DVBl 2009 S. 137

⁷⁵ In einem Leserbrief an die FAZ, die über die Bemühungen der Regierung Kiesiger/Brandt um eine Wahlrechtsreform in den Jahren 1997/68 berichtet hatte, am 29. 3. 2008.

⁷⁶ So hat Friedrich Karl Fromme in der FAZ vom 24. 3. 2005 seinen Bericht zum damaligen Stand der Wahlrechtsdiskussion überschrieben.

⁷⁷ Vgl. die Übersichten von Schreiber, 50 Jahre Bundeswahlgesetz - Rückblick, Ausblick, DVBl 2006 S. 529 ff. und von Jesse, Reformvorschläge zur Änderung des Wahlrechts, APuZ, B 52/2003 S. 3 ff.

Das sog Kinderwahlrecht wird seit rund 30 Jahren in Deutschland diskutiert und hat sich bereits in parlamentarischen Initiativen niedergeschlagen⁷⁸.

4.2 Herabsetzung des - aktiven - Wahlalters von 18 auf 16 Jahre

Zu der dafür nötigen Änderungen des GG und des BWG liegen dem Deutschen Bundestag derzeit Gesetzentwürfe vor⁷⁹.

4.3 Internetwahl und Zulassung elektronischer Wahlgeräte

Nach dem Urteil des BVerfG zum Einsatz elektronischer Wahlgeräte bei Bundestagswahlen⁸⁰ können solche Geräte derzeit nicht mehr bei Bundestagswahlen benutzt werden.

4.4 Beseitigung der Regelungslücke in § 6 Abs. 1 Satz 2 BWG („Berliner Zweitstimmen Problem“)

Wie oben dargestellt, besteht dazu die verfassungsrechtliche Notwendigkeit. Die Lösung ist einfach⁸¹ und könnte noch vor der Bundestagswahl am 27. 9. 2009 erfolgen.

4.5 Reduzierung der Fälle von Nachwahlen und Gewährleistung konstanter Sitzverteilungen im Deutschen Bundestag nach Ausscheiden von Wahlkreisabgeordneten in Überhangländern

Die Rechtsprechung des BVerfG zur Listennachfolge führt seit 1998 in den bezeichneten Fällen zum Abschmelzen von ÜM. Der Bundesrat hat deshalb die Einführung von Ersatzbewerbern in den Wahlkreisen vorgeschlagen⁸².

4.6 Anhebung der sog. Grundmandatsklausel in § 6 Abs. 6 Satz 1 BWG

Das BVerfG⁸³ hält die unterschiedliche Sperrwirkung des § 6 Abs. 6 Satz 1 BWG (hier 5% der Zweitstimmen, dort 3 Wahlkreismandate) für verfassungskonform und läßt erkennen, daß eine gewisse Erhöhung der Zahl der geforderten Grundmandate möglich wäre. Die CDU/CSU-Fraktion hat in der 15. Wahlperiode eine Anpassung der Grundmandatsklausel an die vergrößerte Wahlkreiszahl nach der Wiedervereinigung betrieben⁸⁴.

Andererseits werden auch die Abschaffung oder Absenkung der Sperrklausel bzw. die Abschaffung der Grundmandatsklausel verlangt⁸⁵.

4.7 Nachfolge durch Ersatzwahl bei Ausscheiden von Wahlkreisabgeordneten, deren Partei an der Sperrklausel des § 6 Abs. 6 Satz 1 BWG gescheitert ist.

§ 48 Abs. 2 BWG regelt nur Fälle des Ausscheidens eines Wahlkreisabgeordneten,

⁷⁸ Vgl. etwa die Nachweise bei Jesse a.a.O. S. 8 f. und etwa BT-Drs. 16/9868 vom 27. 8. 2008

⁷⁹ Vgl. BT-Drs. 16/12344 und 12345 vom 18. 3. 2009

⁸⁰ Vom 3. 3. 2009 (2 BvC 3/07 und 2 BvC 4/07)

⁸¹ Vgl. den Gesetzentwurf vom 25. 1. 2005 in BT-Drs. 15/4718

⁸² BT-Drs. 16/1036 vom 23. 3. 2006. Dieser Vorschlag ist aber bei der jüngsten Novellierung des BWG durch das Gesetz vom 17. 3. 2008 (BGBl I S. 394) nicht aufgegriffen worden.

Zu den mit Nachwahlen verbundenen Rechtsproblemen vgl. auch Schreiber in ZRP 2005 S. 252 ff., Jörn Ipsen in DVBl 2005 S. 1465 ff. und Sodan/Kluckert in NJW 2005 S. 3241 ff.

⁸³ BVerfGE 95 S. 408, 425

⁸⁴ Vgl. den Gesetzentwurf vom 25. 1. 2005 (BT-Drs. 15/4718). Die Reformkommission der 13. Wahlperiode hatte solches geprüft, aber in ihrem Abschlußbericht vom 17. 6. 1997 nicht empfohlen (BT-Drs. 13/7950 S. 17). Eine solche Erhöhung könnte aber den Einzug extremistischer Parteien in das Parlament erschweren.

⁸⁵ Vgl. Jesse a.a.O. S. 9 f. mit weiteren Nachweisen

der keiner Partei angehört oder für dessen Partei in dem betreffenden Land keine Landesliste zugelassen war. § 48 Abs. 2 BWG wäre auf die eingangs genannten Fälle zu erstrecken.

4.8 Herabsetzung der Quoren für Unterstützungsunterschriften bei vorgezogenen Bundestagswahlen

Nach der Auflösung des Deutsche Bundestages im Juli 2005 mußten die nach § 27 Abs. 1 Satz 2 und § 18 Abs. 2 BWG erforderlichen Unterstützungsunterschriften für die Wahlvorschläge in verkürzten Fristen beigebracht werden. Dagegen gerichtete Eila träge haben das BVerfG⁸⁶ und später entsprechende Wahlanfechtungen der Deutsche Bundestag⁸⁷ zurückgewiesen.

Gleichwohl hat der Bundeswahlausschuß für solche Fälle eine Verringerung der Unterstützungsunterschriften nach dem Vorbild des § 35 Abs. 1 Nr. 1 des Landeswahlgesetzes von Schleswig-Holstein angeregt⁸⁸.

4.9 Neben diesen wahlrechtspolitischen Überlegungen aus jüngerer Zeit gibt es zahlreiche grundsätzliche Überlegungen zur Fortentwicklung des Bundestagswahlrechts. Diese reichen von der Einführung eines „mehrheitsbildenden Wahlrechts“⁸⁹ über die Verlängerung der Wahlperiode von 4 auf 5 Jahre bis hin zu Vorschlägen für begrenzt offene Landeslisten und die Abschaffung des Zwei-Stimmen-Systems zur Verhinderung von Stimmesplitting.

Es fehlt also nicht an Betätigungsmöglichkeiten für den Wahlgesetzgeber. Deren ganz überwiegenden Teil (bis auf 4.4 und 4.7) könnte er aber nicht mehr in der 16. Wahlperiode - jedenfalls mit Wirkung für die bevorstehende Bundestagswahl - in Angriff nehmen.

5. Schlußfolgerungen und Zusammenfassung

5.1 Der Regelungsauftrag des BVerfG bezieht sich nur auf die Verhinderung inverser Erfolgswerte und verpflichtet nicht zur Abschaffung oder Kompensation von ÜM.

Will man sich allerdings möglichst weitgehend im bisherigen Sitzverteilungsverfahren bewegen, kommt zur Vermeidung von inversen Erfolgswerten nur die Kompensation von ÜM in Frage.

5.2 Der Gesetzgeber muß - so das BVerfG - trotz der bevorstehenden Bundestagswahl - den Regelungsauftrag erst bis zum 30. 6. 2011 erfüllt haben.

5.3 Der Regelungsauftrag kann mit einem der vier Kompensationsmodelle - darunter auch mit dem GR-E - noch vor dem 27. 9. 2009 erfüllt werden. Der Gesetzgeber müßte allerdings bis Ende Juni 2009 Klarheit schaffen.

5.4 Die politischen Verhältnisse in Deutschland lassen auch bei der nächsten Bundestagswahl ÜM erwarten, die - bei knappen Wahlergebnissen - die Mehrheitsverhältnisse im Deutschen Bundestag verschieben können.

⁸⁶ Vgl. dessen Beschluß vom 23. 8. 2005 (2 BvE 5/05)

⁸⁷ Vg. BT-Drs. 16/900 vom 10. 3. 2006 Anlage 15

⁸⁸ Mit Schreiben des Bundeswahlleiters vom 9. 5. 2006 an den Bundestagspräsidenten; bei der jüngsten Novellierung des BWG mit Gesetz vom 17. 3. 2008 wurde diese Anregung aber nicht aufgegriffen.

⁸⁹ Was auch immer darunter zu verstehen ist, vgl. dazu etwa die Hinweise bei Nohlen a.a.O. S. 183

5.5 Der GR-E ist trotz der mit der Kompensation von ÜM verbundenen Störung des föderalen, innerparteilichen Proporztes verfassungskonform.

5.6 Die beim GR-E verbleibende Möglichkeit von ÜM bei der CSU erscheint verfassungsrechtlich hinnehmbar.

5.7 Der GR-E bedarf in wichtigen Punkten der Überarbeitung.

5.8 Von einer Ergänzung des GR-E mit dem Ziel, zusätzliche ÜM zu erhalten, wird abgeraten.

5.9 Bei Verwirklichung des GR-E oder eines anderen der vier Kompensationsmodelle muß die sog. Problematik der Berliner Zweitstimmen mit bereinigt werden.

5.10 Zur Lösung des Regelungsauftrags stehen - neben den Kompensationsmodellen - zahlreiche andere Lösungsmöglichkeiten zur Verfügung (wie z. B. Aufgabe der Listenverbindungen mit festen oder flexiblen Sitzkontingenten, Bundeslisten, verschiedene Ausformungen des Grabensystems) zur Verfügung, die aber für die bevorstehende Bundestagswahl keine Wirkung mehr entfalten könnten.

5.11 Aus jüngerer Zeit stehen wichtige wahlrechtspolitische Fragen an, die im Rahmen einer gründlichen Revision des Wahlrechts zum Deutschen Bundestag in der nächsten Wahlperiode geprüft und mit dem Regelungsauftrag des BVerfG entschieden werden könnten.

5.12 Der Gesetzgeber steht vor einem Dilemma:

- Nimmt er rasch eine „Notreparatur“ vor, schützt er die bevorstehende Wahl vor dem „Makel“ möglicher inverser Erfolgswerte, vergibt aber die Möglichkeit einer gründlichen Revision des Wahlrechts in der 17. Wahlperiode bis zum 30. 6. 2011.

- Schöpft er die Prüfungsfrist des BVerfG aus, wird es bei der Wahl am 27. 9. d. J. wahrscheinlich wieder verfassungswidrige inverse Erfolgswerte geben. Andererseits bleiben Möglichkeit und Notwendigkeit, das Bundestagswahlrecht unter Berücksichtigung der Entwicklung der politischen Wirklichkeit seit der Wiedervereinigung in der 17. Wahlperiode zu reformieren.

- Bei der Entscheidung werden die Vor- und Nachteile für den demokratischen Willensbildungsprozeß abzuwägen sein:

○ Zum einen die mit den Worten des BVerfG zwar „eklatante“, tatsächlich aber nur sehr begrenzte Beeinträchtigung der Stimmengleichheit durch inverse Erfolgswerte⁹⁰. Denn dieser Wahlfehler zeigt sich nur bei hypothetisch-alternativen Stimmabgaben, läßt sich bestimmten Mandaten nicht zuordnen und wird quantitativ dadurch begrenzt, daß die hypothetischen Stimmenveränderungen nicht so groß sein dürfen, daß sie bei der Oberverteilung zu einer Sitzverschiebung zwischen den Parteien führen.

○ Zum andern, daß dieser verfassungswidrige Teil der geltenden Mandatsverteilung in seiner Tragweite für die Wähler kaum zu durchschauen ist, so daß

⁹⁰ Die bei allen Bundestagswahlen mit ÜM seit 1956 auftreten konnte und die das BVerfG weder in seinem ÜM-Urteil von 1997 noch in Wahlprüfungsverfahren (vgl. etwa die lakonische Ablehnung der Wahlprüfungs-Beschwerde 2 BvC 1/99 am 22. 1. 2001) bis zu seinem jetzigen Urteil vom 3. 7. 2008 gerügt hatte.

dieser „Makel“ geeignet ist, das Vertrauen in den demokratischen Willensbildungsprozeß durch die nächste Bundestagswahl zu erschüttern. Unterbleibt die „Notreparatur“ droht also größerer Schaden in den Köpfen als in der Wahlpraxis.