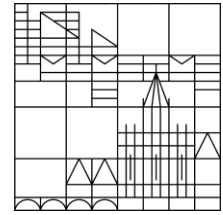


Universität
Konstanz



Universität Konstanz Fach 110 78457 Konstanz

Prof. Dr. Christoph Schönberger

Fachbereich Rechtswissenschaft
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europarecht,
Staatslehre und Verfassungsgeschichte
Universitätsstraße 10
Fach 110
78457 Konstanz

Christoph.Schoenberger@uni-konstanz.de
Telefon: + 49 7531 88 3004
Telefax: + 49 7531 88 4008

22. Mai 2020

Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Inneres und Heimat des Deutschen Bundestages zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Bundeswahlgesetzes BT-Drucksache 19/14672 am 25. Mai 2020

I. Das Sachproblem der nötigen Wahlrechtsreform

Das Bundestagswahlrecht ist grundlegend reformbedürftig, weil das geltende Wahlrecht aufgrund des Wählerverhaltens in der Gegenwart zu einem unabsehbaren Anstieg der Zahl der Abgeordneten des Deutschen Bundestages führt. Das Wahlsystem zum Deutschen Bundestag beruht seit dem Jahr 1953 auf einem Zwei-Stimmen-System. Mit der ersten Stimme werden nach dem Prinzip relativer Mehrheit in den derzeit 299 Wahlkreisen sogenannte Direktkandidaten als Abgeordnete gewählt. Mit der Zweitstimme werden nach dem Prinzip der Verhältniswahl Kandidaten der von den politischen Parteien aufgestellten Landeslisten gewählt. Die Besonderheit des deutschen Wahlsystems besteht nun darin, dass das Ergebnis beider Stimmen miteinander verrechnet wird: Die für die Verhältniswahl maßgebliche Zweitstimme entscheidet dabei allein über die parteipolitische Zusammensetzung des Parlaments. Die Sitzver-

teilung nach der Zweitstimme bezieht sich daher nicht nur auf die Anzahl der Sitze des Bundestages abzüglich der durch Erststimme direkt gewählten Abgeordneten, sondern schließt deren 299 Mandate mit ein. Der Sache nach werden daher zunächst 299 Mandate mehr vergeben als der Bundestag tatsächlich hat, um dann im Anschluss diese Wahlkreismandate mit den Listenmandaten der Parteien zu verrechnen.

In der derzeit geltenden Fassung des Bundeswahlgesetzes aus dem Jahr 2013 geschieht diese Sitzverteilung in einem komplexen mehrstufigen System, das jedenfalls für den Wähler kaum noch durchschaubar ist. Dafür werden in einem ersten Schritt schon vor der Wahl fiktive Sitzkontingente pro Bundesland gebildet, indem die 598 Sitze, die die Mindestgröße des Bundestags bilden, anhand der Bevölkerungszahl proportional auf die Bundesländer verteilt werden. Nach der Wahl werden dann zunächst für jedes Bundesland diese fiktiven Sitzkontingente auf die Parteilisten nach der Anzahl der Zweitstimmen im jeweiligen Bundesland verteilt, wobei die Listen solcher Parteien außer Betracht bleiben, deren Zweitstimmenanteil bundesweit die 5%-Hürde nicht überschreitet. Diese für jede Partei ermittelte Mandatszahl wird mit der Anzahl der durch die Partei im Bundesland gewonnenen Direktmandate abgeglichen. Die höhere der beiden Zahlen bildet das Mindestsitzkontingent der Partei für das jeweilige Bundesland. Werden nun in einem weiteren Rechenschritt die Mindestsitzkontingente aller Parteien in allen Bundesländern zusammengezählt, so ergibt diese Zahl die Mindestmandatszahl im neuen Bundestag. Diese Mindestmandatszahl wird nun anhand des bundesweiten Zweitstimmenergebnisses wiederum rechnerisch auf die Parteien verteilt. Das rechnerische Ergebnis wird nun wiederum mit dem Mindestsitzkontingent jeder Partei auf Bundesebene abgeglichen. Wird dieses Mindestsitzkontingent nicht für alle Parteien erreicht, wird rechnerisch die Gesamtzahl der Bundestagsmandate so lange erhöht, bis bei proportionaler Verteilung der Mandate auf die Parteien nach dem Zweitstimmenanteil jede Partei mindestens ihr Mindestsitzkontingent erhält. Die so errechneten Mandate für jede Partei werden dann in einem letzten Schritt nach dem Zweitstimmenergebnis auf die einzelnen Landeslisten aufgeteilt, wobei hier die im jeweiligen Land von einer Partei errungenen Wahlkreismandate angerechnet werden.¹

Vereinfacht formuliert stellt dieses geltende Wahlsystem sicher, dass alle Wahlkreissieger ein Mandat erhalten und die Mandatsverteilung zwischen den Parteien im Deutschen Bundestag zugleich ausschließlich nach dem Verhältnis ihres jeweiligen Zweitstimmenanteils vorgenommen wird. Es erreicht diese beiden Ziele aber nur dadurch, dass es die Mandatszahl ohne Begrenzung nach oben öffnet. Das Bundeswahlgesetz garantiert also alle Mandate der Wahl-

¹ Eingehende Darstellung bei *S. Schönberger*, JöR 67 (2019), 1 (2 f.).

kreissieger auch dann, wenn diese durch den Zweitstimmenanteil der jeweiligen Partei bei Zugrundelegung der gesetzlichen Regelzahl von 598 Abgeordneten nicht gedeckt sind. Der Preis, der dafür gezahlt wird, ist eine erhebliche Zahl von zusätzlichen Ausgleichsmandaten, die sicherstellen, dass bei der Zusammensetzung des Deutschen Bundestages der Zweitstimmenproporz zwischen den Parteien gewahrt bleibt. Die Problematik von Wahlkreismandaten, die vom Zweitstimmenanteil der jeweiligen Partei nicht gedeckt sind, ist in der Bundesrepublik vor der Wiedervereinigung kaum aufgetreten, weil die großen Parteien CDU/CSU und SPD damals sowohl den größten Teil der Zweitstimmen gewannen als auch die meisten Wahlkreise. Durch das Abschmelzen des Wähleranteils der großen Parteien und die wachsende Ausdifferenzierung des Parteiensystems in den letzten Jahrzehnten ist aber die Situation entstanden, dass immer mehr Wahlkreise gewonnen werden, ohne dass diese Mandate bei Zugrundelegung der gesetzlichen Regelzahl von 598 Abgeordneten noch durch den Zweitstimmenanteil der jeweiligen Partei gedeckt sind. Die Folge ist nach dem geltenden Wahlrecht die Aufblähung der Abgeordnetenzahl im Deutschen Bundestag. Bei der letzten Bundestagswahl hat das zu 709 Abgeordneten geführt, je nach Wahlergebnis könnten aber auch 800 oder mehr Abgeordnete dem nächsten Bundestag angehören.

Sieht man auf den Kern, dann kann das Wahlsystem der personalisierten Verhältniswahl jedenfalls nicht drei Ziele gleichzeitig erfüllen: die Zuteilung aller Direktmandate ohne Rücksicht auf den Zweitstimmenanteil der jeweiligen Partei, die Verteilung aller Mandate im Bundestag auf die Parteien nach deren jeweiligem Zweitstimmenverhältnis und eine absolute Begrenzung der Mitgliederzahl des Bundestages. Gleichzeitig sind diese drei Dinge nicht zu haben.² Will man eine Höchstzahl der Abgeordneten garantieren und zugleich die proportionale Sitzverteilung zwischen den Parteien nach dem Zweitstimmenergebnis gewährleisten, so kann man nicht gleichzeitig alle Wahlkreismandate unabhängig vom Zweitstimmenanteil der jeweiligen Partei vergeben. Es dürfen der jeweiligen Partei vielmehr nur so viele Wahlkreismandate zugeteilt werden, wie sie ihr bei Zugrundelegung der gesetzlichen Höchstzahl von Mitgliedern des Bundestages nach ihrem Zweitstimmenanteil zustehen. Wer von den Wahlkreisbewerbern der jeweiligen Partei dann zum Zug kommt, lässt sich beispielsweise durch die Zuteilung der Wahlkreismandate nach einer Wahlkreisbestenliste einer Partei lösen³ oder aber dadurch, dass jeweils die Kandidaten der Partei, die ihren Wahlkreis mit der schwächsten Stimmenzahl gewonnen haben, kein Mandat erhalten⁴. Eine Garantie der Höchstzahl von Ab-

² Ausführlich dazu *Behnke*, JöR 67 (2019), S. 23 ff.

³ Ein Vorschlag dazu bei *Schönberger/Schönberger*, FAZ v. 9. Mai 2019, S. 6.

⁴ So der Vorschlag der SPD-Bundestagsfraktion; siehe dazu unten III.2.

geordneten bei proportionaler Sitzverteilung zwischen den Parteien ist im Rahmen des personalisierten Verhältniswahlrechts nur auf diesem Weg sicherzustellen.

Will der Wahlgesetzgeber hingegen keine Höchstzahl rechtlich gewährleisten, kann er nur versuchen, einem möglichen Anstieg der Abgeordnetenzahl dadurch entgegenzuwirken, dass er weniger Anlässe für die Zuteilung von Ausgleichsmandaten schafft. Hierfür stehen ihm mehrere Stellschrauben zur Verfügung: So kann er etwa den ersten Verteilungsschritt des geltenden Rechts mit seinen fiktiven Länderkontingenten abschaffen oder die Zahl der Wahlkreise reduzieren. Allerdings zeigen Berechnungen, dass eine äußerst drastische Reduzierung der Wahlkreise auf eine Zahl von etwa 200 nötig wäre, um einer Vergrößerung des Bundestages verlässlich entgegenzuwirken.

Daneben wird immer wieder vorgeschlagen, dem möglichen Anstieg der Abgeordnetenzahl dadurch entgegenzuwirken, dass man gezielt 15 Überhangmandate unausgeglichen lässt oder die Zahl zusätzlicher Listenmandate begrenzt. Damit würde aber die proportionale Verteilung der Sitze auf alle Parteien nach dem Zweitstimmenergebnis aufgegeben. Ausgleichslose Überhangmandate kann der Wahlgesetzgeber im Übrigen als gezieltes Mittel der Wahlrechtsgestaltung nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts aufgrund der Anforderungen der Wahlgleichheit nicht mehr vorsehen (dazu näher unter III.3.).

II. Der verfassungsrechtliche Rahmen

Dem Wahlgesetzgeber kommt bei der Ausgestaltung des Wahlrechts ein weiter Gestaltungsspielraum zu. Es steht grundsätzlich in seiner freien Entscheidungsbefugnis, ob er in Ausführung des Regelungsauftrags nach Art. 38 Abs. 3 GG das Verfahren der Wahl zum Deutschen Bundestag als Mehrheits- oder als Verhältniswahl ausgestaltet. Er kann auch beide Gestaltungen miteinander verbinden, wobei er sich auch für eine Kombination beider Elemente entscheiden kann, die jenseits bereits erprobter Modelle liegen.⁵

Die Wahlgleichheit erfordert dabei, dass alle Bürger ihr Wahlrecht in formal gleicher Weise ausüben können.⁶ Die Stimme eines jeden Wahlberechtigten muss grundsätzlich den gleichen Zählwert und die gleiche rechtliche Erfolgchance haben.⁷ Dieser für alle Wahlsysteme einheitliche Maßstab verlangt, dass der Wahlgesetzgeber Erfolgchancengleichheit im gesamten Wahlgebiet gewährleistet, und dass das von ihm festgelegte Sitzzuteilungsverfahren in allen seinen Schritten seine Regeln auf jede Wählerstimme gleich anwendet und dabei auch die

⁵ BVerfGE 131, 316 (335 f.).

⁶ BVerfGE 11, 351 (360); 95, 335 (369); 131, 316 (336).

⁷ BVerfGE 95, 335 (353, 369 f.); 121, 266 (295); 124, 1 (18); 131, 316 (337).

Folgen so ausgestaltet, dass jeder Wähler den gleichen potentiellen Einfluss auf das Wahlergebnis erhält.⁸

Die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Gleichheit der Erfolgchance hängen dabei von der näheren Ausgestaltung des Wahlsystems ab. Ist das Wahlsystem als Mehrheitswahl ausgestaltet, fordert Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG lediglich die gleiche Erfolgchance aller Stimmen. Diese erschöpft sich in der Gewährleistung annähernd gleich großer Wahlkreise und der gleichen Zählung und Gutschreibung jeder gültig abgegebenen Wählerstimme.⁹

Bei der Verhältniswahl muss hingegen – von unvermeidlichen Rundungen abgesehen – jede Stimme den gleichen Erfolgswert haben, also bei der Umsetzung in die Zuteilung von Parlamentssitzen in gleicher Weise berücksichtigt werden. Im Bundeswahlgesetz hat sich der Gesetzgeber im Ergebnis für ein Verhältniswahlsystem entschieden, bei dem ein grundsätzlich alle zu besetzenden Sitze umfassender Verhältnisausgleich vorgesehen ist. Damit hat er sich dem Gebot des gleichen Erfolgswerts jeder Stimme als der speziellen Ausprägung der Wahlrechtsgleichheit unterworfen.¹⁰ Abweichungen davon bedürfen einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung. Das gilt nicht nur für die gesetzgeberische Entscheidung zur Einführung wahlrechtlicher Sperrklauseln. Insbesondere solche Sitzzuteilungsregeln im Wahlrecht, die Abweichungen von der proportionalen Verteilung der Mandate nach dem Zweitstimmenergebnis der Parteien zulassen, sind nur innerhalb äußerst enger Grenzen verfassungsrechtlich zu rechtfertigen. In diesem Sinne hat das Bundesverfassungsgericht in seiner grundlegenden Entscheidung aus dem Jahr 2012 festgestellt, dass die Wahlrechtsgleichheit jedenfalls dann verletzt ist, wenn ausgleichslose Überhangmandate im Umfang von mehr als 15 Mandaten anfallen¹¹, wenn also die proportionale Verteilung der Mandate nach dem Zweitstimmenergebnis um mehr als 15 Mandate verzerrt wird.

Nicht im engeren Sinne wahlrechtlicher Natur, aber als verfassungsrechtliche Grenze einer beliebigen Vergrößerung des Bundestages für den Wahlgesetzgeber maßgeblich, ist darüber hinaus die Funktionsfähigkeit des Bundestages.¹² Die Funktionsfähigkeit wird vom Grundgesetz nicht ausdrücklich als Verfassungsgut genannt. Als Gut von Verfassungsrang ist sie jedoch im Demokratieprinzip verankert, das nicht nur die Existenz irgendwelcher, sondern eben funktionsfähiger demokratischer Institutionen verlangt.¹³ Dieser Belang setzt der zulässiger-

⁸ BVerfGE 95, 335 (353, 371); 131, 316 (337).

⁹ BVerfGE 131, 316 (338).

¹⁰ BVerfGE 1, 208 (248); 6, 84 (90); 34, 81 (100); 82, 322 (337).

¹¹ BVerfGE 131, 316 (368 ff.). Siehe dazu näher unten III.3.

¹² Eingehend dazu S. Schönberger, JöR JöR 67 (2019), 1 (18 f.).

¹³ Vorausgesetzt etwa in BVerfGE 80, 188 (234); 137, 185 (262); zur Funktionsfähigkeit des Parlaments als verfassungsrechtlicher Anforderung an das Wahlsystem s. BVerfGE 6, 84 (92); 51, 222 (236); 82, 322 (338); 95, 408 (418); 120, 82 (107); 131, 316 (335).

weise durch das Wahlrecht bestimmten Größe des Parlaments objektive Grenzen. Denn je größer ein Parlament wird, desto schwieriger wird es, dort einen echten Diskurs und eine darauf beruhende Entscheidungsfindung zwischen den Parlamentariern zu organisieren. Mit der steigenden Zahl von Parlamentariern wächst die Gefahr, dass entweder überhaupt keine Mehrheitsfindung im Parlament mehr möglich ist oder aber das Parlament nur ohne substantielle eigene Willensbildung schlicht seine Zustimmung erklärt zu allen Entscheidungen, die an anderer Stelle, insbesondere in der Regierung, getroffen werden.¹⁴ Zwar kann mit den Mitteln der Verfassungsauslegung keine exakte Zahl von Abgeordneten bestimmt werden, ab deren Erreichen die Funktionsfähigkeit des Bundestags nicht mehr gewährleistet ist. Da aber eine derartige Grenze der Sache nach existiert, obläge eine entsprechende numerische Konkretisierung gegebenenfalls dem Bundesverfassungsgericht. Ein Wahlrecht, dass zu einer zu hohen Zahl von Abgeordneten im Deutschen Bundestag führt, könnte daher vom Bundesverfassungsgericht wegen Verletzung der Funktionsfähigkeit des Bundestages für verfassungswidrig erklärt werden.

III. Bemerkungen zu einzelnen Vorschlägen und Modellen

1. Zum Oppositionsentwurf

Der Oppositionsentwurf arbeitet nicht mit einer Höchstzahl von Abgeordneten, sondern versucht vielmehr, durch Betätigung mehrerer Stellschrauben einer Erhöhung der Abgeordnetenzahl durch Ausgleichsmandate entgegenzuwirken. Die Zahl der Wahlkreise soll auf 250 abgesenkt und die Regelgröße des Bundestages auf 630 angehoben werden. Zusätzlich soll der derzeitige erste Verteilungsschritt mit seinen fiktiven Länderkontingenten abgeschafft werden.

Die vorgeschlagene Reduzierung der Zahl der Wahlkreise und die Abschaffung des derzeitigen ersten Verteilungsschritts sind geeignet, einer Vergrößerung der Zahl der Abgeordneten durch Ausgleichsmandate entgegenzuwirken. Verfassungsrechtliche Einwände dagegen bestehen nicht. Eine echte Garantie einer Höchstgröße des Bundestages bietet der Oppositionsvorschlag allerdings nicht. Eine starke Erhöhung der Abgeordnetenzahl bliebe bei entsprechenden Wahlergebnissen durchaus möglich, sie würde insbesondere durch die deutliche Reduzierung der Zahl der Wahlkreise aber doch deutlich unwahrscheinlicher. Die Erhöhung der Regelgröße hat hingegen lediglich einen optischen Effekt, weil dadurch das Entstehen ausgleichsbedürftiger Überhangmandate technisch erst später einsetzen kann als bei der derzeitigen Regelgröße von 598.

¹⁴ Siehe dazu *S. Schönberger*, JöR 67 (2019), 1 (14 f.).

2. Zum Modell der SPD-Bundestagsfraktion

Die SPD-Fraktion im Deutschen Bundestag hat jüngst vorgeschlagen, übergangsweise bis zu einer grundlegenden Reform des Bundestagswahlrechts ein Kappungsmodell zu beschließen.¹⁵ Das Modell sieht vor, dass unter bestimmten Umständen nicht mehr in jedem Wahlkreis ein Wahlkreismandat aufgrund des Erststimmenergebnisses zugeteilt wird. Überschritte der Bundestag nach Zuteilung aller Direktmandate und mit ihnen korrespondierender Ausgleichsmandate eine vorher festgelegte Höchstgröße (etwa von 650 oder 690 Mandaten), so würden in diesem Modell so viele Wahlkreismandate nicht zugeteilt, d.h. „gekappt“, werden, bis aufgrund dieser Nichtzuteilung und der auf der veränderten Anzahl der Direktmandate zuzuteilenden Ausgleichsmandate die Maximalgröße des Bundestags nicht überschritten wird. Dabei unterfielen jeweils die Wahlkreise, in denen die relative Mehrheit mit dem schwächsten Wahlergebnis errungen wurde, der Kappungsregel.

Der Entwurf stellt sicher, dass die festgelegte Maximalgröße des Bundestages immer eingehalten wird. Er zieht die Konsequenz aus der Tatsache, dass eine feste Höchstgröße der Abgeordnetenzahl und eine umfassende Proportionalität der jeweiligen Sitzverteilung zwischen den Parteien nach dem Zweitstimmenanteil nur dann gleichzeitig zu gewährleisten sind, wenn nicht alle Wahlkreismandate an den relativen Mehrheitsieger unabhängig vom Zweitstimmenanteil seiner Partei vergeben werden. Es ist dabei plausibel, die Kappung bei den Bewerbern anzusetzen, die ihre relative Mehrheit mit dem schwächsten Wahlergebnis errungen haben.

Das Modell ist auch mit dem Grundgesetz und insbesondere der Wahlgleichheit aus Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG vereinbar. Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der sogenannten „Kappungsmodelle“ im Wahlrecht wurden bisher im Wesentlichen nur in einem Beitrag von *Henner Jörg Boehl* in der Zeitschrift ZRP geäußert¹⁶, an dessen inhaltliche Ausführungen der Bundesminister des Innern, für Bau und Heimat jüngst in einem Schreiben an den Vorsitzenden der CSU-Landesgruppe im Deutschen Bundestag vom 7. Mai 2020 erkennbar anknüpft¹⁷. Dort wird ohne nähere Erläuterung die These vertreten, dass die Streichung eines nach den

¹⁵ Vorgestellt in einem Gastbeitrag von *Carsten Schneider* auf Spiegel online, <<https://www.spiegel.de/politik/deutschland/wahlrecht-der-reformvorschlag-der-spd-a-41fe8650-0aa0-434f-bca3-a53c00a2a138>>.

¹⁶ *Boehl*, ZRP 2017, 197.

¹⁷ Dazu eingehend die unveröffentlichte Gutachterliche Stellungnahme von Prof. Dr. Sophie Schönberger zum Schreiben des Bundesministers des Innern, für Bau und Heimat vom 7. Mai 2020 an den Vorsitzenden der CSU-Landesgruppe im Deutschen Bundestag betreffend eine „absolute Mandatsobergrenze“ im Wahlrecht, erstellt im Auftrag der SPD-Bundestagsfraktion am 14. Mai 2020, an die sich die folgenden Ausführungen anlehnen.

Regeln der Mehrheitswahl gewonnenen Mandats aus Gründen, die in der Logik der Verhältniswahl wurzeln, im Subsystem der Mehrheitswahl ein sach- und wahlgleichheitswidriger Eingriff wäre und nach der Konkretisierung der im Demokratieprinzip vorausgesetzten Gleichheit der Wahl aus Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG durch das BVerfG¹⁸ nicht zu rechtfertigen sein dürfte.¹⁹

Soweit sich die Argumentation auf eine vermeintlich verfassungswidrige Ungleichbehandlung der Wähler in verschiedenen Wahlkreisen in Bezug auf den Erfolgswert ihrer Stimme stützt, verkennt sie die verfassungsrechtlichen Anforderungen der Wahlgleichheit bei der Mehrheitswahl. Denn die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Gleichheit der Erfolgchance hängen maßgeblich von der näheren Ausgestaltung des Wahlsystems ab. Ist das Wahlsystem als Mehrheitswahl ausgestaltet, fordert Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG lediglich die gleiche Erfolgchance aller Stimmen. Diese erschöpft sich aber in der Gewährleistung annähernd gleich großer Wahlkreise und der gleichen Zählung und Gutschreibung jeder gültig abgegebenen Wählerstimme.²⁰

Diesen Anforderungen wäre durch das Kappungsmodell offenkundig genügt, da weder die Größe der Wahlkreise noch die Zählung der gültigen abgegebenen Wählerstimmen modifiziert würde. Ein Grundsatz, dass durch die nach Grundsätzen der Mehrheitswahl organisierte Wahl in den Wahlkreisen auch in jedem Fall zwingend ein Wahlkreismandat vergeben werden müsste, ist der Wahlgleichheit hingegen schlicht nicht zu entnehmen. Der Bayerische Verfassungsgerichtshof hat vielmehr die Verfassungsmäßigkeit einer entsprechenden Regelung, die in den 1950er Jahren im bayerischen Landtagswahlrecht verankert war, zu Recht bestätigt und festgestellt, dass der Grundsatz der personalisierten Verhältniswahl²¹ nicht die Forderung enthalte, jeder Wahlkreis müsse unter allen Umständen seinen eigenen Abgeordneten haben.²²

Boehl beruft sich gleichwohl auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und führt folgendes Zitat zur Untermauerung seiner These an:

„Dem Zweck der Mehrheitswahl entspricht es, dass (...) die für den Mehrheitskandidaten abgegebenen Stimmen zur Mandatzuteilung führen.“²³

¹⁸ Verwiesen wird auf: BVerfGE 121, 266 (295): „Dem Zweck der Mehrheitswahl entspricht es, dass (...) die für den Mehrheitskandidaten abgegebenen Stimmen zur Mandatzuteilung führen“; BVerfGE 130, 212 (225); 131, 316 (337); krit. auch bereits abw. Meinung in: BVerfGE 95, 335 (374, 394).

¹⁹ *Boehl*, ZRP 2017, 197 (199).

²⁰ BVerfGE 131, 316 (338).

²¹ In der Terminologie des bayerischen Verfassungsgerichtshofs: verbessertes Verhältniswahlrecht.

²² BayVerfG, VerfGHE 7, 99, Ls. 1.

²³ BVerfGE 121, 266 (295).

Der Eindruck, dass Bundesverfassungsgericht habe ein entsprechendes Postulat aufgestellt, beruht auf der Auslassung innerhalb des Zitats. Im Original heißt die Passage der Entscheidung nämlich:

„Dem Zweck der Mehrheitswahl entspricht es, dass *nur* die für den Mehrheitskandidaten abgegebenen Stimmen zur Mandatzuteilung führen.“²⁴

Es geht dort also einzig und allein darum zu begründen, dass im System der Mehrheitswahl die Erfolgchance nicht beeinträchtigt wird, obwohl all diejenigen Stimmen, die nicht für den erfolgreichen Wahlkreiskandidaten abgegeben wurden, ohne Auswirkung auf die Zusammensetzung des Parlaments bleiben.

Wenn im Schreiben des Bundesministers des Innern zudem problematisiert wird, dass der Erfolgswert der Erststimmen in einem Wahlkreis, für den kein Wahlkreismandat zugeteilt wird, „Null“ sei und dies gegen die Wahlgleichheit verstoße, so verkennt die Argumentation, dass das Fehlen eines solchen Erfolgswerts im System der Mehrheitswahl für einen Großteil der Wähler, mitunter sogar für die Mehrheit der Wähler in einem Wahlkreis, zwingend angelegt ist. Denn schon im jetzigen System beträgt der Erfolgswert der Erststimme bei allen Wählern, die ihre Stimme für einen am Ende unterlegenen Kandidaten abgegeben haben, genau „Null“. Aus diesem Grund hat das Bundesverfassungsgericht auch betont, dass die Gleichheit des Erfolgswerts im System der Mehrheitswahl gerade nicht realisierbar und erst recht nicht verfassungsrechtlich geboten ist, sondern vielmehr allein die gleiche Erfolgchance sichergestellt werden muss. Die vom Bundesminister des Innern zitierte Aussage des Bundesverfassungsgerichts, wonach es dem Zweck der Mehrheitswahl entspricht, dass *nur* die für den Mehrheitskandidaten abgegebenen Stimmen zur Mandatzuteilung führen,²⁵ unterstreicht genau diesen Punkt.

Sofern weiterhin angeführt wird, der Gesetzgeber sei verpflichtet, das Wahlsystem in seinen Grundelementen folgerichtig zu gestalten und keine strukturwidrigen Elemente einzuführen, so erschließt sich nicht, inwiefern die hier angesprochenen Mindestanforderungen an Kohärenz durch den Reformvorschlag beeinträchtigt werden sollte. Das Argument überrascht ohnehin schon deshalb, weil gerade das in dem Schreiben verteidigte System des Bundestagswahlrechts in seinen seit 1949 bestehenden Grundzügen dadurch gekennzeichnet ist, dass es sich um ein Mischsystem handelt, bei dem Elemente des Mehrheitswahlsystems in eine Verhältniswahl eingebettet werden. Dementsprechend betont auch das Bundesverfassungsgericht, dass dem Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des Wahlrechts ein weiter Gestaltungsspielraum

²⁴ BVerfGE 121, 266 (295); Hervorhebung nur hier.

²⁵ BVerfGE 121, 266 (295).

zukommt. Es steht grundsätzlich in seiner freien Entscheidungsbefugnis, ob er in Ausführung des Regelungsauftrags nach Art. 38 Abs. 3 GG das Verfahren der Wahl zum Deutschen Bundestag als Mehrheits- oder als Verhältniswahl ausgestaltet. Er kann auch beide Gestaltungen miteinander verbinden, wobei er sich auch für eine Kombination beider Elemente entscheiden kann, die jenseits bereits erprobter Modelle liegen.²⁶ Vor diesem Hintergrund ist der Gesetzgeber verfassungsrechtlich legitimiert, die Kombination von Elementen der Mehrheits- und Verhältniswahl derart auszugestalten, dass die Erringung der relativen Mehrheit in einem Wahlkreis nicht zwingend zur Zuteilung eines Mandats führt.

Schließlich würde eine solche Regelung auch keineswegs derart drastisch und unsystematisch das bestehende Wahlrecht durchbrechen, wie es in dem Schreiben suggeriert wird. Denn bereits nach dem geltenden Wahlrecht existieren Fallkonstellationen, in denen in einem Wahlkreis keine der abgegebenen Erststimmen zu einer Mandatszuteilung führt. § 48 Abs. 1 BWahlG sieht bereits jetzt vor, dass in dem Fall, dass ein gewählter Wahlkreisbewerber sein Mandat nicht annimmt oder ein Wahlkreisabgeordneter verstirbt, eine Nachbesetzung durch die Landesliste der jeweiligen Partei stattfindet. Auch in diesem Fall haben die Erststimmen der Wähler im betroffenen Wahlkreis keinen Einfluss mehr auf die Zusammensetzung des Bundestages. Das Bundesverfassungsgericht hat diese Regelung ausdrücklich für verfassungsmäßig erklärt.²⁷

Im Ergebnis verkennen die Versuche, aus dem Verfassungsrecht Einwände gegen ein Kapplungsmodell abzuleiten, sowohl die Tatsache, dass die Wahlrechtsgleichheit bei der Mehrheitswahl im Wahlkreis lediglich die gleiche Erfolgschance verbürgt, als auch die Möglichkeit des Wahlgesetzgebers, im Rahmen seines weiten Gestaltungsspielraums die Verbindung von Verhältnis- und Mehrheitswahl neu zu justieren. Dies gilt erst recht, wenn der Wahlgesetzgeber dabei das Ziel verfolgt, die Funktionsfähigkeit des Deutschen Bundestages durch die Gewährleistung einer Höchstgrenze der Abgeordnetenzahl verlässlich zu sichern.

3. Zu Modellen, die mit unausgeglichenen Überhangmandaten arbeiten wollen

Mehrere Vorschläge wollen das Problem der Aufblähung des Bundestages dadurch entschärfen, dass sie die Zahl der Ausgleichsmandate begrenzen oder eine bestimmte Zahl unausgeglichener Überhangmandate festlegen wollen. Zuweilen wird dabei unter Berufung auf die

²⁶ BVerfGE 131, 316 (335 f.).

²⁷ BVerfGE 97, 317.

Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Wahlrecht aus dem Jahr 2012 der Vor-schlag unterbreitet, die Zuteilung von Ausgleichsmandaten erst aber einer Zahl von 16 Überhangmandaten vorzunehmen, die ersten 15 Überhangmandate hingegen unausgeglichen zu lassen und damit den Verhältnisausgleich nach dem Zweitstimmenergebnis zu verzerren.

In der entsprechenden Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts heißt es dazu wie folgt:

„§ 6 Abs. 5 BWG verstößt insoweit gegen die Grundsätze der Wahlrechtsgleichheit und der Chancengleichheit der Parteien, als er das ausgleichslose Anfallen von Überhangmandaten in einem Umfang zulässt, der den Grundcharakter der Bundestagswahl als Verhältniswahl aufheben kann. Dies ist der Fall, wenn die Zahl der Überhangmandate etwa die Hälfte der für die Bildung einer Fraktion erforderlichen Zahl von Abgeordneten überschreitet.“²⁸

Weiterhin führt das Bundesverfassungsgericht aus:

„Die durch die ausgleichslose Zuteilung von Überhangmandaten bewirkte ungleiche Gewichtung der Wählerstimmen ist durch die verfassungslegitime Zielsetzung der personalisierten Verhältniswahl, dem Wähler im Rahmen einer Verhältniswahl die Wahl von Persönlichkeiten zu ermöglichen, grundsätzlich gerechtfertigt. Der insoweit bestehende Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers wird allerdings durch den Grundcharakter der Bundestagswahl als einer Verhältniswahl begrenzt. Die verfassungsrechtliche Grenze für die ausgleichslose Zuteilung von Überhangmandaten ist überschritten, wenn Überhangmandate im Umfang von mehr als etwa einer halben Fraktionsstärke zu erwarten sind.“²⁹

Das Bundesverfassungsgericht hat hier nicht etwa gebilligt, dass *im Ergebnis* 15 Überhangmandate unausgeglichen bleiben dürfen. Es stellt vielmehr Anforderungen an das Zusammenwirken von Wahlsystem und tatsächlichen Gegebenheiten des Wählerverhaltens. Nicht erst das tatsächliche Anfallen von mehr als 15 unausgeglichenen Überhangmandaten wird als Verfassungsverstoß angesehen, sondern bereits die Situation, in der aufgrund des Wahlsystems und der tatsächlichen Umstände Überhangmandate im Umfang von mehr als etwa einer halben Fraktionsstärke *zu erwarten sind*.

Dies bedeutet, dass 15 unausgeglichene Überhangmandate nur dann als verfassungsrechtlich zulässig angesehen werden können, wenn sie sich als bloße Nebenfolge einer wahlrechtlichen

²⁸ BVerfGE 131, 316 (357).

²⁹ BVerfGE 131, 316 (363).

Systementscheidung im Zusammenspiel mit den tatsächlichen Umständen des Wählerverhaltens darstellen. Ausgleichslose Überhangmandate können hingegen nicht als gezieltes, potentiell mehrheitsverzerrendes Gestaltungsinstrument eingesetzt werden. Würden 15 Überhangmandate vom Wahlgesetzgeber gezielt ausgleichslos gestellt, wären sie nämlich nicht durch die verfassungslegitime Zielsetzung der personalisierten Verhältniswahl gerechtfertigt, da sie sich als willkürliche Verzerrung des Zweitstimmenproporz, nicht jedoch als notwendige Systemfolge der personalisierten Verhältniswahl darstellten. Eine Regelung, die gezielt eine willkürlich gesetzte Zahl von bis zu 15 Überhangmandaten ohne Ausgleichsmandate ermöglichen würde, wäre daher mit dem Grundsatz der Wahlgleichheit nicht vereinbar.

Erst recht gilt das für jeden Reformvorschlag, der das Problem der Bundestagsgröße dadurch angehen will, dass er die zum Ausgleich eingesetzten Listenmandate begrenzt. Denn hierdurch entstünden unausgeglichene Überhangmandate in nicht vorhersehbarer Zahl und würde infolgedessen die proportionale Verteilung der Sitze nach dem Zweitstimmenergebnis der Parteien in einer Weise verzerrt, die den Grundcharakter der Bundestagswahl als Verhältniswahl in Frage stellen würde. Gerade ein Wahlgesetz, das unausgeglichene Überhangmandate in nicht vorhersehbarem Umfang möglich machte, hat das Bundesverfassungsgericht deshalb bereits im Jahr 2012 wegen Verstoßes gegen die Wahlgleichheit für verfassungswidrig erklärt.