

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 Bundesverfassungsgerichts<sup>1</sup> vom 3. 7. 2008<sup>2</sup> 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-

<sup>1</sup> Im Text mit BVerfG abgekürzt

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

Wahl für verfassungswidrig erklärt<sup>3</sup>. Das ist bemerkenswert, weil sich aus dem Zusammenwirken der genannten Regelungen die Möglichkeit des Anfalls von sog. Überhangmandaten<sup>4</sup> ergibt, was - weil vom geltenden BWG ohne Kompensation zugelassen - seit langem von einem Teil der Literatur<sup>5</sup> als verfassungswidrig angesehen wird. Der 2. Senat des BVerfG, der - wie etwa seine Rechtsprechung zur staatlichen Parteienfinanzierung zeigt<sup>6</sup> - 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 1997<sup>7</sup> aufgeben können. Das Gericht hat es aber nicht getan<sup>8</sup>. 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 werden<sup>9</sup>.

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 )<sup>10</sup> nichts geändert, wie das BVerfG begründet und ausdrücklich festgestellt hat<sup>11</sup>.

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 Erfolgswerten<sup>12</sup> der Wählerstimmen kommen können, indem mehr Stimmen einer Partei schaden und weniger Stimmen einer Partei einen größeren Wahlerfolg verschaffen<sup>13</sup>.

Die vom BVerfG im Anschluß an die Literatur beschriebenen Ursachen<sup>14</sup> 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

---

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

<sup>4</sup> Im Text mit ÜM abgekürzt

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

<sup>6</sup> Vgl. etwa Schreiber a. a. O. § 50 Rn. 14, 15 und 16

<sup>7</sup> BVerfGE 95 S. 335 ff.

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

<sup>9</sup> 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 )

<sup>10</sup> 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 )

<sup>11</sup> BVerfG vom 3. 7. 2008 Umdruck S. 21, 44

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

<sup>13</sup> BVerfG vom 3. 7. 2008 Umdruck S. 31, 38, 39, 40

<sup>14</sup> 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 Rechtsprechung<sup>15</sup> 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

---

<sup>15</sup> 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 Wahlprüfungsentscheidung<sup>16</sup> 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 )<sup>17</sup>.
- 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“<sup>18</sup>.

## 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

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

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

<sup>18</sup> 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“<sup>19</sup>. Gleichwohl erschien es dem Gericht „unangemessen, dem Gesetzgeber aufzugeben, das Wahlrecht rechtzeitig vor Ablauf der gegenwärtigen Wahlperiode zu ändern“<sup>20</sup>. 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 ausschließt<sup>21</sup>.

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 bestimmt<sup>22</sup>. 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 Annahme<sup>23</sup> - 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 umfänglichen 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-

---

<sup>19</sup> BVerfG vom 3. 7. 2008 Umdruck S. 45

<sup>20</sup> BVerfG a. a. O.

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

<sup>22</sup> Anordnung vom 4. 1. 2009 ( BGBl I S. 2 )

<sup>23</sup> 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 Tatbestände<sup>24</sup> 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%<sup>25</sup>.
- 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 Erststimmen<sup>26</sup>.
- 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 steigern<sup>27</sup>, 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 erreicht<sup>28</sup>. Vor allem zeigt die repräsentative Wahlstatistik, daß die Wähler von FDP und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN in erheblichem Umfang<sup>29</sup> mit ihrer Erststimme, da sie bei ihren eigenen Wahlkreisbewerbern keinen Erfolg erwarten, die Kandidaten des jeweils angestrebten Koalitionspartners wählen.

<sup>24</sup> 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.

<sup>25</sup> Heft 5 S.34, 41

<sup>26</sup> Heft 5 S. 57,59

<sup>27</sup> Heft 5 S. 63, 64

<sup>28</sup> Heft 5 S. 86 - 91

<sup>29</sup> 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 kann<sup>30</sup>. 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 Gesetzgeber<sup>31</sup> 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 / 11885<sup>32</sup>

### 2.1 Regelungsinhalt

Der GR-E schließt an einen Gesetzentwurf derselben Fraktion aus der 13. Wahlperiode an<sup>33</sup> und übernimmt zum Teil Formulierungsvorschläge, die der Augsburger Mathematik-Professor Pukelsheim unter dem 22. 9. 2008 im Internet veröffentlicht hat<sup>34</sup>, wie der Abgeordnete Volker Beck ( Köln ) erläutert hat<sup>35</sup>.

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 Begründung<sup>36</sup> - zu einer Kompensation der bei der Unter-

---

<sup>30</sup> 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.

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

<sup>32</sup> Im Text abgekürzt mit GR-E

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

<sup>34</sup> 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](http://www.uni-augsburg.de/pukelsheim/2008Berlin/VorschlagBWahlG.pdf)

<sup>35</sup> 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 ÜM<sup>37</sup> 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 worden<sup>38</sup>. 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 kompensiert<sup>39</sup>.

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 BVerfG<sup>40</sup> 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

---

<sup>36</sup> BT-Drs. 16/11885 S. 5 unten

<sup>37</sup> BVerfGE 97 S. 317, 328 f.

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

<sup>39</sup> Auskunft des Wahlrechtsreferats des BMI

<sup>40</sup> 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 zustehen<sup>41</sup>. 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 seien<sup>42</sup> und zeigt sich aber für andere Lösungen offen<sup>43</sup>.

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:

- Meyer<sup>44</sup> 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 1996<sup>45</sup> 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 erforderlich<sup>46</sup>.

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-

---

<sup>41</sup> So zu Recht Meyer, DVBl 2009 S. 137, 142

<sup>42</sup> Ebenso Meyer a.a.O. S. 142

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

<sup>44</sup> Meyer a.a.O. S. 143, 145

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

<sup>46</sup> Auskunft des Wahlrechtsreferats des BMI

scheiden, dürfte nach der Rechtsprechung des BVerfG<sup>47</sup> - 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 1997<sup>48</sup> - 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 hat<sup>49</sup> - 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

---

<sup>47</sup> Vgl. BVerfGE 97 S. 317, 327 ff.

<sup>48</sup> Vgl. BVerfGE 95 S. 335, 400 f.

<sup>49</sup> 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 BVerfG<sup>50</sup> 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 jetzt<sup>51</sup> 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 Pukelsheim<sup>52</sup>, 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 anordnet<sup>53</sup>. Eine vergleichbare Klausel zur Verhinderung doppelter Stimmerfolge muß Meyer<sup>54</sup> 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

---

<sup>50</sup> BVerfGE 79 S. 161, 166ff

<sup>51</sup> BVerfG vom 15. 1. 2009 Umdruck S. 10 f.

<sup>52</sup> 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.

<sup>53</sup> 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.

<sup>54</sup> DVBl 2009 S. 137, 145

hingegenommen werden, weil diese Wähler bei ihrer Stimmabgabe davon nichts wußten<sup>55</sup>, 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 werden<sup>56</sup>.

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 Kompensationsmodelle<sup>57</sup> - so auf eine Mehrheitsbildungen fördernde Wirkung der zusätzlich für eine Partei anfallenden ÜM des geltenden Bundestagswahlrechts<sup>58</sup>. 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 umstritten<sup>59</sup>, 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

---

<sup>55</sup> Meyer a.a.O. S. 145 FN 41

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

<sup>57</sup> So auch die von Pukelsheim und Meyer, a.a.O.

<sup>58</sup> 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 ).

<sup>59</sup> 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 darstellen<sup>60</sup>. Es gibt, wie einer der besten Kenner demokratischer Wahlen betont<sup>61</sup>, 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 Pukelsheim<sup>62</sup>, das von Meyer beschriebene Modell mit Abzug der Direktmandate vor Verteilung der übrig bleibenden 299 Listensitze auf die einzelnen Landeslisten<sup>63</sup> sowie das vom BMI für die Reformkommission zur Größe des Deutschen Bundestages in der 13. Wahlperiode entwickelte sog. Repräsentanz fördernde Kompensationsmodell<sup>64</sup>.

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 werden<sup>65</sup>, 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 bestätigt<sup>66</sup>.

Solche Modelle kommen deshalb<sup>67</sup> 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 ausschließen<sup>68</sup>. Damit ÜM und Stimmenveränderungen sich nicht auf andere Landeslisten

---

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

<sup>61</sup> Vgl. Nohlen a.a.O. S. 182

<sup>62</sup> DVBl 2008 S. 889, 894

<sup>63</sup> DVB 2009 S. 137, 142 f.

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

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

<sup>66</sup> Auskunft des Wahlrechtsreferats des BMI

<sup>67</sup> Entgegen Mahrenholz im Deutschlandfunk am 4. 7. 2008

<sup>68</sup> 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 Meyer<sup>69</sup> 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 Gebrauch<sup>70</sup>.

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 Parteien<sup>71</sup>, 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

---

<sup>69</sup> Meyer a.a.O.

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

<sup>71</sup> 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 Wahlprüfungsentscheidungen<sup>72</sup> den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers nach Art. 38 Abs. 3 GG herausstellt und in seinem Urteil vom 13. 2. 2008<sup>73</sup> - entgegen Meyer<sup>74</sup> - betont, daß der Gesetzgeber bei der Wahl zwischen der Mehrheits- und der Verhältniswahl grundsätzlich frei sei.

Wenn Altbundeskanzler Helmut Schmidt<sup>75</sup> 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“<sup>76</sup>

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 BWG<sup>77</sup> 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

<sup>72</sup> BVerfG vom 3. 7. 2008 Umdruck S. 29 und vom 15. 1. 2009 Umdruck S. 9

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

<sup>74</sup> So auch wieder in DVBl 2009 S. 137

<sup>75</sup> 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.

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

<sup>77</sup> 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 niedergeschlagen<sup>78</sup>.

#### 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 vor<sup>79</sup>.

#### 4.3 Internetwahl und Zulassung elektronischer Wahlgeräte

Nach dem Urteil des BVerfG zum Einsatz elektronischer Wahlgeräte bei Bundestagswahlen<sup>80</sup> 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 einfach<sup>81</sup> 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 vorgeschlagen<sup>82</sup>.

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

Das BVerfG<sup>83</sup> 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 betrieben<sup>84</sup>.

Andererseits werden auch die Abschaffung oder Absenkung der Sperrklausel bzw. die Abschaffung der Grundmandatsklausel verlangt<sup>85</sup>.

#### 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,

---

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

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

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

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

<sup>82</sup> 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.

<sup>83</sup> BVerfGE 95 S. 408, 425

<sup>84</sup> 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.

<sup>85</sup> 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 BVerfG<sup>86</sup> und später entsprechende Wahlanfechtungen der Deutsche Bundestag<sup>87</sup> 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 angeregt<sup>88</sup>.

#### 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“<sup>89</sup> 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.

---

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

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

<sup>88</sup> 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.

<sup>89</sup> 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 Erfolgswerte<sup>90</sup>. 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

---

<sup>90</sup> 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.



**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 Wahlsystem 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 (ebenefalls 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 ließt, 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 wahlssystemkonforme, 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.

**Prof. Dr. Ernst Gottfried Mahrenholz**

29.04.2009

Statement zur Anhörung im Ausschuss für die öffentliche Anhörung des Innenausschusses  
des Bundestages am 04. Mai 2009

I.

Im Interesse der Vermeidung von Wiederholungen möchte ich mich darauf beschränken, zu der Frage Stellung zu nehmen, ob es dem Bundestag freisteht, für die Bundestagswahl im September 2009 das Wahlgesetz entsprechend dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 03. Juli 2008 zu ändern. Die Diskussion der gesetzlichen Bestimmungen spare ich aus, weil hier die Herren Meyer und Pukelsheim mit eigenen Vorschlägen an die Öffentlichkeit getreten sind und jedenfalls, wenn ich recht weiß, auch zwei Fraktionen en Detail beraten haben. Ich habe gegen keinen der Vorschläge einen ernsthaften Einwand.

II.

Steht es dem Bundestag also frei, das Wahlgesetz jetzt zu ändern oder unter Ausschöpfung der Frist des BVerfG?

Der Tenor des einschlägigen Urteils vom 03. Juli 2008 lautet unter Nr. 2:

"Der Gesetzgeber ist verpflichtet, spätestens bis zum 30. Juni 2011 eine verfassungsgemäße Regelung zu treffen."

Der Gesetzgeber hat also hiernach die Freiheit, das Bundeswahlgesetz für die kommende Bundestagswahl entsprechend den Vorgaben des Gerichts zu ändern oder diese Änderung aufzuschieben und für die kommende Wahl von einem insofern verfassungswidrigen Bundeswahlgesetz auszugehen.

Die genaue Betrachtung der hier vom Gericht bewilligten Freiheit führt indessen zu Einwendungen gegen diesen zeitlichen Gestaltungsspielraum.

Die erste Frage, die zu beantworten ist, lautet: Reicht für die Legitimität des Handelns des Bundestags die Auffassung des Bundesverfassungsgerichts aus, wonach der Gesetzgeber Handlungsfreiheit bis zum 30. Juni 2011 hat?

Die Antwort muss zum einen davon ausgehen, dass der Bundestag sein Handeln unmittelbar auf das Grundgesetz zurückführen muss. Die einzige Ausnahme hiervon ist eine Interpretation der Verfassung nach § 31 BVerfGG, die den Bundestag bindet. Dann hat das Nachdenken des Bundestages über die richtige Auslegung der Normen des Grundgesetzes sein Ende, soweit das BVerfG Recht gesprochen hat.

Einen solchen Fall haben wir hier nicht. Vielmehr räumt das Gericht eine Frist ein, überlässt es also dem Bundestag, innerhalb der Frist neues Recht zu setzen. Also hat der Bundestag sein Handeln unmittelbar nach dem Grundgesetz auszurichten. Er ist, wie alle Verfassungsorgane, "unmittelbar zum Grundgesetz", so wie Leopold von Ranke erklärt hat, jede Epoche sei "unmittelbar zu Gott", und das war auch normativ gemeint.

Ist die erste Frage also beantwortet im Sinne einer unmittelbaren Bindung des Handelns des Bundestages an das Grundgesetz, so lautet die zweite Frage: Was besagt das Grundgesetz? Es enthält zwei Bestimmungen. Art. 38 Abs. 1 Satz 1 und Art. 39 Abs. 1 Satz 1. Der erste Satz verpflichtet den Bundestag auf die gesetzgeberische Durchsetzung der fünf Wahlgrundsätze. Art. 39 Abs. 1 Satz 1 setzt die vierjährige Wahlperiode fest. Dieser Festsetzung folgen in Art. 39 weitere aber technische Einzelheiten. Der den Bundestag bindende erste Satz gehört unmittelbar zu Art. 38 Abs. 1 Satz 1. Verfassungssystematisch könnte er ohne weiteres in Art. 38 eingefügt werden, weil er mit Art. 38 eine untrennbare Einheit bildet. Keine der beiden Bestimmungen ist nach der Logik des demokratischen Gedankens, der das Grundgesetz beherrscht, ohne die andere vorstellbar. Beiden Grundsätzen ist als einer untrennbaren Einheit Geltung zu verschaffen. Ein Bundestag, der gleiches Wahlrecht verwirklichen will, muss dies für die kommende Wahlperiode tun. Dispensiert er sich von dieser Verpflichtung, stellt er sich über das Grundgesetz. Er verlässt den Grundsatz, dass die Demokratie ein government by law and not by men ist, um Art. XXX der Verfassung von Massachusetts aus dem Ende des 18. Jahrhunderts zu zitieren.

Um einen Vergleich heranzuziehen: In der Reform des Erbschaftsteuerrechts hat das Gericht eine Frist nach billigem Ermessen gesetzt. Die Verfassung hatte hierzu nichts zu sagen. Der

Reform des Wahlgesetzes aber hat das Grundgesetz einen Zeithorizont gesetzt. Und so wenig wie der Bundestag den Zusammenhang von Art. 38 und 39 GG auflösen kann, kann dies das BVerfG. Diese beiden Bestimmungen besagen: Jede Wahl, ausnahmslos, muss den fünf Wahlgrundsätzen entsprechen. .

Natürlich fragt man sich, vor allen Dingen als ehemaliges Mitglied dieses Senats, wie es zu der weitaus greifenden Ermächtigung des Gerichts an den Bundestag kommen konnte. Ich will mich an den Spekulationen nicht beteiligen. Ich bemerke nur, dass es Gründe des Gesetzesrechts sind, mit denen das BVerfG den Verfassungsbefehl überspielt. Kein Satz weist darauf hin, dass hier eine Problematik des Verhältnisses von gesetzlichem Wahlrecht und verfassungsrechtlichem Wahlrecht gesehen worden ist.

Damit bin ich bei meinem Schlussgedanken: Wie will der Bundestag ein Stillhalten gegenüber den Wählern verantworten?

Der Leitsatz 1 spricht davon, dass es das gegenwärtige Wahlgesetz ermöglicht, ich zitiere jetzt wörtlich, "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." Dies ist zurückhaltend ausgedrückt, wie es einem Leitsatz geziemt. Im Urteil selbst wird der Senat sehr viel deutlicher: "Der Effekt des negativen Stimmgewichts beeinträchtigt die Stimmgleichheit bei der Wahl zum Deutschen Bundestag in eklatanter Weise ... Ein Wahlsystem, dass ... in typischen Konstellationen zulässt, dass ein Zuwachs von Stimmen zu Mandatsverlusten führt oder dass für den Wahlvorschlag einer Partei insgesamt mehr Mandate erzielt werden, wenn auf ihn weniger ... Stimmen entfallen, führt zu willkürlichen Ergebnissen und lässt den demokratischen Wettbewerb um Zustimmung bei den Wahlberechtigten widersinnig erscheinen!" *Widersinnig erscheinen!* Ob dies geschehen soll, ist die Frage vor der der Bundestag steht; die Frage also, ob dem Volk ein Wahlgesetz *vorenthalten* wird, in dem jede Stimme einen positiven Zählwert hat. Und unter den vielen Gleichheitsaspekten, die ein Gesetzgeber zu beachten hat, ist dies die schlichteste und grundlegende Forderung der Wahlrechtsgleichheit: Gleichheit im Zählwert.

Zusammengefasst: Die Art. 38 und 39 GG sind im Sinne zwingenden Rechts dahin auszulegen, dass nach dem gegenwärtigen Wahlrecht im September nicht gewählt werden darf.

**Prof. Dr. Dr. h. c. Hans Meyer**

60487 Frankfurt am Main  
Georg - Speyer - Straße 28  
Telefon 069 - 77 01 29 26  
Telefax 069 - 77 01 29 27

10099 Berlin  
Unter den Linden 6  
Telefon 030 - 2093 3347  
Telefax 030 - 2093 3364  
E-mail: hans.meyer@rewi.hu-berlin.de

Berlin, den 22 April 2009

Zur Anhörung des Innenausschusses des Deutschen Bundestages am 4. Mai 2009  
über den Wahlgesetzentwurf BT-Drucks. 16/11885

**I.  
Originalton Bundesverfassungsgericht**

*„Ein Wahlsystem, das darauf ausgelegt ist oder doch jedenfalls in typischen Konstellationen zulässt, dass für den Wahlvorschlag einer Partei insgesamt mehr Mandate erzielt werden, wenn auf ihn selbst weniger oder auf einen konkurrierenden Vorschlag mehr Stimmen entfallen, führt zu willkürlichen Ergebnissen und lässt den demokratischen Wettbewerb um Zustimmung bei den Wahlberechtigten widersinnig erscheinen“ (Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 3. Juli 2008, Umdruck III 3 a aa = Abs. 104 in der Internetfassung).*

*„Ein Berechnungsverfahren, das dazu führt, dass eine Wählerstimme für eine Partei eine Wirkung gegen diese Partei hat, widerspricht aber Sinn und Zweck einer demokratischen Wahl“ (III 3 bb am Ende = Abs. 105).*

*„Die Erfolgshancengleichheit erlaubt zwar, dass – wie zum Beispiel im Mehrheitswahlrecht – Stimmen nicht gewertet werden, nicht aber, dass einer Wahlstimme neben der Chance, zum beabsichtigten Erfolg beizutragen, auch die Gefahr, dem eigenen Wahlziel zu schaden, innewohnt. Eben diese Gefahr realisiert sich mit dem Effekt des negativen Stimmgewichts“ (III. 3 a cc = Abs. 106).*

*„Die föderalen Belange haben aber kein derart hohes Gewicht, dass sie den durch den Effekt des negativen Stimmgewichts verbundenen erheblichen Eingriff in die Wahlrechtsgleichheit rechtfertigen können“ (III 3 b aa (3) = Abs. 116).*

*„Der Eingriff in die Gleichheit der Wahl durch den Effekt des negativen Stimmgewichts ist von hoher Intensität“ (III 3 b aa (3) = Abs. 117).*

*„Der Effekt des negativen Stimmgewichts (beeinträchtigt) die Integrations- und Legitimationsfunktion der Wahl tiefgreifend, weil der Wähler weder Erfolgswert noch Erfolgchance seiner Stimme vorhersehen kann und der Wählerwille in sein Gegenteil verkehrt wird, ohne dass der Wähler sich darauf einstellen könnte“ (III. 3 b aa (3) = Abs. 119).*

Schlimmere Vorwürfe lassen sich gegen ein Wahlsystem in einer Demokratie, die etwas auf sich hält, nicht erheben.

## **II.**

### **Korrekturfrist**

Das Parlament hat nach dem Urteil die Möglichkeit, mit der Korrektur bis „spätestens“ zum 30. Juli 2011 zu warten. Diese Möglichkeit ist aber nicht blanko erteilt,<sup>1</sup> was auch erstaunlich wäre bei einem Wahlverfahren, dass nach der Erkenntnis des Gerichts „die Integrations- und Legitimationsfunktion der Wahl tiefgreifend beeinträchtigt“. Vielmehr wird die Großzügigkeit mit der Komplexität der zu lösenden Aufgabe begründet. Wie der vorliegende Entwurf zeigt – und Entsprechendes gilt von den Vorschlägen Prof. Pukelsheims und des Verfassers – ist diese Annahme irrig. Keine der Fraktionen hat sich meines Wissens denn auch darauf berufen. Die Aussage des Abgeordneten Bosbach (CDU), die CDU strebe in der nächsten Wahlperiode eine grundsätzlichere Reform des Wahlrechts an, entbindet nicht von der Verpflichtung, jetzt eine Lösung zu finden, die späteren grundsätzlicheren Korrekturen nicht im Wege steht.

Nach dem Urteil hat das Parlament zwei Aufgaben, nämlich die zur Verfassungswidrigkeit führenden Regeln zu beseitigen und eine sprachlich verständlichere Fassung zu finden. Nicht zu den Verpflichtungen nach dem Urteil gehört die Suche nach einem neuen Wahlsystem; das würde auch der im Urteil betonten Freiheit des Gesetzgebers zur Entscheidung über das Wahlsystem widersprechen. Das Urteil nennt zwar einige Korrekturmöglichkeiten, aber kei-

---

<sup>1</sup> Fundierte Kritik findet sich bei *Gerald Roth*, Negatives Stimmgewicht und Legitimationsdefizite des Parlaments, NVwZ 2008, 1199

neswegs alle. So fällt auf, dass der Übergang zu einer reinen Mehrheitswahl, der das negative Stimmgewicht selbstverständlich auch beseitigen würde, nicht erwähnt wird.

Mittlerweile sind nach dem Urteil neun Monate vergangen, ohne dass bis auf den vorliegenden Entwurf von einer der Fraktionen des Parlaments erkennbar auch nur relevante Überlegungen über mögliche Korrekturen zur Debatte gestellt worden wären; von dem zuständigen Ministerium ganz zu schweigen. Nicht die angebliche Schwierigkeit einer Lösung, sondern der schlichte Unwille, etwas vor dem spätesten Termin zu ändern, war der Grund. Das reicht als Rechtfertigung vor der Verfassung und auch vor dem Urteil selbstverständlich nicht aus.

Für die beiden großen Fraktionen liegt der Beweggrund auf der Hand. Bei einer verfassungskonformen Lösung entfallen diejenigen Überhangmandate, ohne die es ein „negatives Stimmgewicht“ nicht gäbe. Solche Überhangmandate können aber nur die großen Fraktionen erzielen. Wenn beide auch nicht sicher sein können, wer 2009 dabei die Nase vorne haben würde, weil Überhangmandate auch ein Privileg für schlechte Zweitstimmenergebnisse sind, entfallen doch Parlamentsmandate als solche, was man möglichst lange herauszuschieben sucht. Ein tragfähiges Argument, das Parlament noch einmal mit den vom Gericht drastisch geschilderten verfassungswidrigen Folgen wählen zu lassen, ist das nicht.

### **III.**

#### **Sperrfrist für eine Wahlrechtsänderung?**

Bedenken gegen eine Wahlrechtsänderung vor der Wahl 2009 würden dann bestehen, wenn die Änderung Einfluss auf die Kandidatenaufstellung oder auch nur für die durch die Wahlwerbung zu befördernde Wahlstrategie der Parteien hätte. Da die Änderung aber nur marginalen Einfluss auf die Endrechnung hat und sie wegen der Unsicherheit, in welchem Land sich das negative Stimmgewicht „lohnt“, für eine Wahlstrategie nicht zugänglich ist,<sup>2</sup> kann die Änderung noch bis kurz vor der Wahl vorgenommen werden, zumal technische Schwierigkeiten der Berechnung nicht bestehen.

---

<sup>2</sup> Anders war das 2005 in Dresden, weil bei der Nachwahl das übrige Wahlergebnis bekannt war.

#### IV.

#### **Einige Bemerkungen zum vorliegenden Entwurf**

Es kann nicht die Aufgabe einer vorbereitenden schriftlichen Stellungnahme sein, auf Einzelheiten des vorliegenden Vorschlages einzugehen. Wie auch die beiden anderen in der Drucksache erwähnten und von den Antragstellern ebenfalls für diskussionswürdig gehaltenen Vorschläge von Prof. Pukelsheim und vom Verfasser sieht der Entwurf nur einen sehr schonenden Eingriff in das geltende Wahlrecht vor. Daher bedarf es auch keines größeren Vorlaufs des Reformgesetzes vor dem Wahltermin.

Kernpunkt des Entwurfs ist der Ausschluss der Überhangmandate, die notwendige Voraussetzung von negativen Stimmgewichten sind. Das sind die Überhangmandate, die erst nach der Oberverteilung bei der Rückverteilung der Mandate auf die einzelnen Landeslisten jeder Partei entstehen können. Damit wird ein Systembruch des derzeitigen Wahlsystems geheilt. Während nach dem derzeitigen Wahlrecht zur Unterstützung des letzten Listenmandates, das der Partei zugewiesen wird, oder auch mehrerer von ihnen, Stimmen auch aus anderen Ländern zusammengezählt werden, wird der Rückgriff auf Stimmen anderer Länder zur Deckung eines Überhangs ausgeschlossen.

Nicht betroffen sind Überhänge, die wegen des Zweistimmen-Systems theoretisch auf Bundesebene entstehen könnten, aber keine negativen Stimmgewichte hervorrufen können. Bei ihnen geht es nur um einen Eingriff in die Wahlgleichheit. Dies ist auf Bundesebene nach Lage der Dinge – beide große Parteien haben etwa 70 Listenmandate mehr als Direktmandate – ein rein theoretisches Problem. Solange das der Fall ist, braucht sich der Gesetzgeber auch nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts darum nicht zu kümmern. Dagegen betrifft die Abstinenz des Vorschlages bei Überhangmandaten reiner Landesparteien möglicherweise doch schon in näherer Zukunft ein reales Problem. Eine Abstinenz in dieser Frage könnte daher zu einem gleichheitswidrigen Privileg für die reine Landespartei CSU führen. Ein vorausschauender Gesetzgeber würde für beide Fälle eine Regelung suchen. Zumindest wäre zu empfehlen, in der Begründung einen Merkposten mit dem Vorbehalt aufzunehmen, dass der Gesetzgeber bei einer Realisierung der Gefahr sich gezwungen sehe, die derzeitige Abstinenz aufzugeben.

Notwendig ist es auch, eine Lösung für das von BVerfGE 97, 317, 328 f. geschaffene Problem zu finden, dass bei Vakanz irgendeines Direktmandates in einem Land niemand nachrückt, wenn die Anzahl der gewonnenen Direktmandate nicht durch die Zweitstimmen gedeckt ist. Das dadurch hervorgerufene Gespenst einer „sterbenden Parlamentsmehrheit“ wird in dem Gesetzesentwurf systematisch korrekt verbannt (§ 48 Abs. 1 Satz 4).

## V

### **Eigener Vorschlag**

Da die Antragsteller an mehreren Stellen Bezug nehmen auf meinen Aufsatz „Lösungsmöglichkeiten nach dem Wahlrechtsurteil des BVerfG vom 3. Juli 2008“, füge ich ihn diesem Schreiben bei. Er enthält einen alternativen Gesetzesvorschlag.

Anlage zur schriftlichen Stellungnahme vom 22. April 2009 anlässlich der Anhörung des Innenausschusses am 4. Mai 2009

## **Lösungsmöglichkeiten nach dem Wahlrechtsurteil des BVerfG vom 3. Juli 2008**

Prof. Dr. Dr. h.c. *Hans Meyer*, Humboldt-Universität zu Berlin

*Das Urteil über das negative Stimmgewicht erweist unser Wahlsystem als grob verfassungswidrig. Eine Stimme für eine Partei gegen sie zu zählen, erlauben sich nur Bananenrepubliken, und die müssen dafür das Wahlergebnis fälschen. Die Korrektur ist, wenn man die politisch nicht durchsetzbaren und die unvernünftigen Varianten außer acht lässt, viel einfacher, als dem Gericht vorschwebt. Daher ist die dem Parlament eingeräumte Frist zur Korrektur bis 2011 unverständlich. Wenn das Parlament Ehre im Leib hat, wird es die notwendige Korrektur vor der Wahl 2009 vornehmen.*

### **I. Die notwendigen und denkbaren inhaltlichen Korrekturen**

Das Urteil in den Wahlprüfungsverfahren 2 BvC 1/07 und 2 BvC 7/07 vom 3. Juli 2008 hat § 7 Abs. 3 in Verbindung mit § 6 Absätze 4 und 5 BWahlG für verfassungswidrig erklärt, soweit durch diese Normen negative Stimmgewichte entstehen können. Es hat dem Bundesgesetzgeber aufgegeben, „spätestens“ bis zum 30. Juni 2011 für eine Korrektur zu sorgen und dabei „eine neue, normenklare und verständliche Grundlage“ zu schaffen.<sup>3</sup>

Da das negative Stimmgewicht „untrennbar mit den Überhangmandaten und der Möglichkeit von Listenverbindungen“ zusammenhänge, sieht das Gericht einen Ansatz der Korrektur „beim Entstehen der Überhangmandate“ oder „bei der Verrechnung von Direktmandaten mit den Zweitstimmenmandaten“ oder „bei der Möglichkeit von Listenverbindungen“. Das sind tatsächlich drei Punkte, an denen man ansetzen kann.

Es gibt offensichtlich auch andere Lösungsmöglichkeiten, die aber nach Lage der Dinge von vorne herein ausscheiden. Dazu gehört ein Umschalten auf ein reines Mehrheitswahlsystem. Es würde bei den wahlsoziologischen Grundlagen Deutschlands zum Dyopol von Union und SPD führen. Abgesehen davon, dass die SPD dieses Wahlsystem traditionell ablehnt, ein Aufstand aller mittleren und kleineren Parteien mit Konsequenzen für die Landesregierungen notwendige Folge wäre und schwerlich die Presse oder die öffentliche Meinung davon zu überzeugen wären, gibt das Urteil keinen Anlass für solch einen „Staatsstreich durch Gesetz“, wie, wenn ich mich recht erinnere, Peter Badura das genannt hat. Die Frage der Verfassungsmäßigkeit kann bei dieser Sachlage unerörtert bleiben.<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> Das Urteil ist in den wesentlichen Passagen abgedruckt in DVBl. 2008, 1045 ff., NVwZ 2008, 991 ff. und kürzer in DÖV 2008, 726 ff. Die zitierte Passage findet sich in DVBl. 2008, 1051 und NVwZ 2008, 998 sowie im Umdruck S. 45: B VI 2. Das gilt auch für das Zitat im nächsten Absatz.

<sup>4</sup> Es ist erstaunlich, wie beharrlich man dem alten Kinderglauben anhängt, es gäbe eigentlich nur zwei und von vorne herein verfassungsrechtlich unbedenkliche Wahlsysteme, die Mehrheitswahl und die Verhältniswahl. Das war 1957 noch verständlich, als das Bundesverfassungsgericht ohne jede weitere Begründung dem Wahlgesetzgeber die freie Option zwischen Mehrheits- und Verhältniswahl einräumte (BVerfGE 6, 84, 90 und 6, 104, 113). Mittlerweile gibt es sowohl in der Politologie als auch in der Staatsrechtswissenschaft, auch international, eine außerordentlich fruchtbare Debatte über die Wahlsysteme, die schlicht nicht zur Kenntnis genommen wird. Die mit dem hier in seinen Konsequenzen beleuchteten und soweit ersichtlich einstimmigen Urteil ins Unrecht gesetzte obsiegende Hälfte der Richter des im Senat außerordentlich strittigen Vorgängerurteils (BVerfGE 95, 335, 348-368 gegen 368-407) hat sich für sein entsprechendes obiter dictum auf die nicht näher begründeten alten Urteile berufen. Das ist typisch für ein Niveau, das sich schwer mit dem Intellekt

Die Länder begegnen dem Gleichheitsverstoß, der in einem Überhang an Mandaten<sup>5</sup> besteht, mit Hilfe von Ausgleichsmandaten. In den Ländern können aber negative Stimmgewichte nicht entstehen, da es nur jeweils eine Landesliste jeder Partei gibt. Auch im Bund würden Ausgleichsmandate zwar den Verstoß gegen die Wahlgleichheit weitgehend heilen, aber an dem Phänomen des negativen Stimmgewichts nichts ändern, also dem Urteil nicht gerecht werden. Denn die Basis des Ausgleichs wäre jener Überhang, der mit dem negativen Stimmgewicht untrennbar verbunden ist. Nun mag zwar mit dem Ausgleich der Anreiz zur Nutzung des negativen Stimmgewichts geringer sein. Der Ausgleich kann aber, da nur ganzzahlige Mandate zu vergeben sind, nie vollständig sein und der mittelbare Einfluss auf die Ergebnisse eines anderen Landes ist auch nicht ideal. Es bleibt zudem das Phänomen, dass eine Stimme für ein Partei sich in der unmittelbaren Rechnung gegen sie auswirken kann und umgekehrt. Außerdem ist die Gefahr gegeben, dass sich der Bundestag je nach Konstellation nicht unerheblich vergrößert. Angesichts der großen Mühen, die das Parlament sich nach 1990 mit der Reduzierung auf eine Mandatszahl knapp unter 600 gemacht hat,<sup>6</sup> wäre das ein höchst widersprüchliches Verhalten.<sup>7</sup>

Endgültig scheitert die Variante „Ausgleichsmandate“, weil nach BVerfGE 97, 317, 328 beim Ausfall eines Abgeordneten in einem Überhangland niemand nachrücken kann. Diese Entscheidung stützt sich nicht auf den Verstoß gegen die Wahlgleichheit, der durch Ausgleichsmandate im wesentlichen kompensiert werden könnte, sondern darauf, dass das „Überhangmandat“ keinen Listenkandidaten verdrängen konnte. Dieses Verbot des Nachrückens wird durch das Institut der Ausgleichsmandate, die allein auf dem Gedanken der Wahlgleichheit beruhen, nicht obsolet. Sie werden daher durch das Ausscheiden eines Abgeordneten, dessen Mandatsgewinn gegen die proportionale Berechnung erst zum Ausgleich geführt hat, in ihrer Existenz nicht berührt. Bei den gewöhnlich knappen Mehrheiten im Parlament würde das Ausscheiden eines „Abgeordneten“ aus einem Überhangland durch Tod oder auf andere Weise daher viel eher die Gefahr eines Mehrheitswechsels während der Legislaturperiode heraufbeschwören als beim derzeitigen System. Eine Neuberechnung des Ausgleichs nach Aus-

---

der beteiligten Richter versöhnen lässt. Zu Beginn der mündlichen Verhandlung zum Urteil über das negative Stimmgewicht hat denn auch der 1997 schon als Richter beteiligte Vorsitzende des Senats zur Erklärung, nicht zur Rechtfertigung für dieses nun korrigierte Urteil, darauf hingewiesen, dass die Richter damals streng nach ihrer politischen Herkunft judiziert hätten. Mit dieser Bindung muss jeder Verfassungsrichter zurecht kommen, sie dispensiert aber nicht vom Nachdenken, wenn das Gericht ein Gericht bleiben will.

<sup>5</sup> „Überhangmandat“ ist eine abkürzende Bezeichnung. Das Bundeswahlgesetz kennt den Begriff sinnvoller Weise nicht. Überhängen können nur Listenmandate, da die Zahl der Direktmandate auf 299 beschränkt ist. Nach der Wahl 2005 hatten wir statt der in § 1 BWahlG an sich vorgesehenen 299 Listenmandate 315. Diese sechzehn Listenmandate hängen über. Produziert werden sie aber durch Direktmandate, wenn nämlich der Zweitstimmenanteil der Partei in einem Land hinter den Gewinnen an Direktmandaten zurückbleibt und nicht durch Zweitstimmen aus anderen Ländern aufgefüllt wird. Das ist ein Systembruch des geltenden Wahlgesetzes, weil Zweitstimmen aus beliebig anderen Ländern wegen der vorgesehenen Listenverbindung bei der Oberverteilung durchaus für ein Mandat in einem fremden Land herangezogen werden. Der Überhang entsteht aber gerade nicht in dem Land, in dem ein Direktmandat nicht durch Zweitstimmen abgedeckt ist, sondern in einem anderen Land. Ein sächsisches Direktmandat der CDU, das nicht durch sächsische Zweitstimmen gedeckt ist und durch Zweitstimmen aus anderen Ländern nach dem Wahlgesetz nicht gedeckt werden kann, produziert also möglicherweise ein zusätzliches hamburgisches Listenmandat. Es gibt also überhangproduzierende und davon unterschiedene überhangprofitierende Länder. Das dürfte den wenigstens bekannt sein. Um die Konsequenzen der Nachrückerentscheidung (BVerfGE 97, 317, 328 f.) zu erörtern, wird im Folgenden das Land mit den durch Zweitstimmen nicht gedeckten Mandaten „Überhangland“ genannt.

<sup>6</sup> Die eigenartig anmutende Zahl von 598 Sitzen im Bundestag beruht ausschließlich auf dem Auftrag der Kommission, die nach der Einigung auf 656 angeschwollene Zahl von Sitzen unter 600 zu bringen. Diesen Hinweis verdanke ich Friedrich Pukelsheim, der als Mathematiker zu der Wahlrechtsdebatte außerordentlich verdienstvolle Beiträge geleistet hat (siehe zuletzt „Bundeswahlgesetz – nächste Etappe“, DVBl. 2008, 889 – 897).

<sup>7</sup> Andererseits gibt es den politischen Nutzen, die Chance für mehr Positionen für Berufspolitiker zu schaffen.

scheiden eines solchen Abgeordneten würde notwendig eine Reihe anderer Mandate in Mitleidenschaft ziehen, was ohne Erlaubnis in der Verfassung aber nicht zulässig wäre. Daher wird im Folgenden dieser Variante nicht weiter nachgegangen.

Eine Möglichkeit „kleinerer Art“, die auch zur Eliminierung des negativen Stimmgewichts führte, bestünde in der Einführung eines „Grabenwahlsystems“, wonach 299 Mandate in Direktwahl und unabhängig davon 299 über eine Listenwahl zu wählen wären<sup>8</sup> (s. zu 1). Die Unzulässigkeit der Listenverbindungen über die Länder hinweg, entzöge dem negativen Stimmgewicht ebenfalls die Grundlage (s. zu 2), wenn die Länder abgeschlossene Wahlgebiete würden. Schließlich würde die Anrechnung der Direktmandate einer Partei nicht erst auf Landesebene wie bisher, sondern schon auf Bundesebene sowohl das negative Stimmgewicht als praktisch auch die Möglichkeit zu Überhangmandaten und damit zu einem doppelten Stimmgewicht eliminieren (s. zu 3).

## 1. Einführung eines Grabenwahlsystems

Die Konstruktion des Grabenwahlsystems besteht darin, beide Hälften des Parlaments nach von einander getrennten Wahlsystemen zu wählen. Das Zweistimmensystem bleibt dabei erhalten. Die im derzeitigen System vorgeschriebene Anrechnung der Direktmandate auf den Mandatsanteil jeder Partei nach ihren Zweitstimmen, bezogen auf die 598 Mandate, entfällt. Listenverbindungen von Landeslisten jeder Partei zur Nutzung aller Stimmen im ganzen Bundesgebiet bieten sich für die Besetzung der zweiten Hälfte des Parlaments an.

Die Folge eines solchen in der deutschen Wahlrechtsgeschichte mehrmals geforderten Wahlsystems ist die Privilegierung der beiden großen Parteien.<sup>9</sup> Nur sie haben die reale Chance, alle oder fast alle Direktmandate zu erringen. Also werden 299 Mandate praktisch allein zwischen den beiden großen Parteien (Blöcken), Union und SPD, aufgeteilt. An den anderen 299 Mandaten partizipieren sie zusätzlich, und zwar nach der Stärke ihrer Zweitstimmen, im Verhältnis auch zu den kleineren Parteien.

Der politische Sinn dieses Wahlsystems besteht in der erhofften Eindeutigkeit der Wahlscheidung für eine Regierungsmehrheit. Bei der bestehenden Verteilung der Anhängerschaft der einzelnen Parteien, ist dabei aber nicht mit der Regierungsmehrheit einer der großen Parteien (Blöcke) zu rechnen, wie es die reine Mehrheitswahl einigermaßen zuverlässig garantieren würde. Dagegen wird die Wahrscheinlichkeit von kleinen Koalitionen höher als bei dem derzeitigen System. Sicher ist das freilich nicht.

So ergäbe eine Umrechnung des Wahlergebnisses 2005<sup>10</sup> für die SPD 252 statt 213, für die CDU 192 statt 173, für die CSU 67 statt 46 Mandate<sup>11</sup> (Union: 259 statt 219). Für die kleine-

---

<sup>8</sup> Das schlägt denn auch der für die CDU längere Jahre politisch tätige ehemalige Verfassungsrichter und Staatsrechtslehrer *Hans Hugo Klein* in einem Zeitungsbeitrag vor (FAZ 14. 8. 2008) vor. Seine Vorstellung, Anhänger der beiden großen Parteien würden ihre Zweitstimme kleineren Parteien geben, „um gezielt die kleineren Parteien zu stärken und so diesen (sc. im System liegenden) Vorteil der großen auszugleichen“, dürften die kleineren Parteien schnell als Milchmädchenrechnung durchschauen - wozu sollten die Wähler der großen Parteien bei zwei anders als heute gleichwertigen Stimmen ihrer Partei schaden? -, während sie die Minimierung ihrer Chancen um die Hälfte als sichere Erkenntnis buchen können.

<sup>9</sup> Für die CSU in Bayern gilt im Wesentlichen dasselbe. Dagegen gilt für Die Linke dasselbe, was im folgenden Text zu den kleinen Parteien gesagt ist, obwohl ein Direktwählerfolg wegen der Sonderlage in den neuen Bundesländern mit drei ähnlich starken oder auch schwachen Parteien nicht ganz ausgeschlossen, in diesem Zusammenhang aber wegen der geringen Zahl zu vernachlässigen ist.

<sup>10</sup> Ohne die 16 Überhangmandate, die ja nicht hätten entstehen können.

<sup>11</sup> Die CSU würde also statt der knappen absoluten Mehrheit von 46 zu 44 Sitzen mehr als zwei Drittel der bayerischen Mandate erzielt haben, und zwar bei unveränderter Zustimmung durch die bayerischen Wähler.

ren Parteien dagegen ergäben sich 87 Mandate statt 165 (FDP 31 statt 61, Bündnis 90/Die Grünen 26 statt 51 und Die Linke 30 statt 53),<sup>12</sup> wohlge merkt bei gleicher Zustimmung durch die Wähler. Nicht der Wähler, sondern das Wahlsystem wirkt mehrheitsbildend. Freilich hätten auch nach diesem System weder die sogenannten bürgerlichen Parteien (Union/FDP) noch SPD/Grüne 2005 eine Mehrheit erhalten. Der eigentlich von dem System erwartete und zu seiner Rechtfertigung meist herangezogene „mehrheitsbildende“ Effekt wäre also nicht eingetreten.

Die Konsequenz einer Einführung wäre, dass „Überhangmandate“ nicht entstehen könnten und damit das für verfassungswidrig erklärte negative Stimmgewicht nicht auftreten kann. Kleinere Parteien, die keine oder minimale Chancen auf ein Direktmandat haben, würden gegenüber dem status quo bei gleicher Zahl der Wählerstimmen nur mit der Hälfte der Abgeordneten ins Parlament einziehen, da sie nur an den 299 Mandaten partizipieren können, die nicht durch Direktwahl vergeben werden.

Die Konsequenzen für das Bundeswahlgesetz sind zum Teil unproblematisch. §1 BWahlG müsste den Grabenbruch deutlicher ausdrücken. § 6 BWahlG könnte erheblich verschlankt und um die Regeln des jetzigen § 7 BWahlG ergänzt werden, die noch für die Listenverbindung nötig sind. Größere Probleme würden sich aber bei der Wahlkreiseinteilung ergeben. In dem jetzigen System wird im Normalfall, da die gewonnenen Direktmandate auf die nach den Zweitstimmen sich errechnenden Listenmandate angerechnet werden, die Bedeutung der Wahlgleichheit für den Zuschnitt der Wahlkreise minimiert, jedenfalls im Hinblick auf den Gleichheitsanspruch der vorschlagsberechtigten Parteien und den Gleichheitsanspruch der Wähler. Bei einem Grabenwahlsystem, das für 299 Mandate das reine Mehrheitswahlsystem ohne jede Anrechnung einführt, dürfte das Bundesverfassungsgericht schwerlich noch die 25%ige Abweichung in § 3 Abs. 1 Nr. 3 BWahlG tolerieren,<sup>13</sup> da dann der Gleichheitsanspruch aller Beteiligten betroffen würde und eine Kompensation nicht eintritt. Außerdem müsste beim Ausscheiden eines direkt gewählten Abgeordneten eine Nachwahl vorgesehen werden,<sup>14</sup> damit nicht Regierungsmehrheiten während der Legislaturperiode sich durch Tod oder anderes Ausscheiden verändern, möglicherweise mehrfach.<sup>15</sup> Nachwahlen würden freilich während der Legislaturperiode neben den kontinuierlich anfallenden Landtagswahlen, welche die Bundespolitik durchaus stark beeinflussen können, ein weiteres Element der Unruhe in die Bundespolitik bringen.

Schon die politischen Chancen eines solchen Wechsels zu einem Grabensystem stehen aber schlecht. Es war die Vorgängerin der jetzigen großen, nämlich die erste große Koalition, die sich vergeblich an die Einführung eines „mehrheitsbildenden Wahlsystems“ gemacht hatte. Und das, obwohl das Projekt auch als Begründung und damit Entschuldigung für die Bildung

---

<sup>12</sup> Bei Bündnis 90/Die Grünen ist ein Direktmandat und bei der Partei Die Linke sind drei Direktmandate anzurechnen.

<sup>13</sup> BVerfGE 95, 335, 363 f. macht deutlich, dass das Gericht die Anforderungen an eine gleiche Wahlkreisgröße in Fällen sehr viel strenger sieht, in denen eine Verrechnung mit dem proportionalen Ergebnis der Parteien nicht stattfindet. Eine Abweichung von 31 1/3 % wird als „deutlich ungleich“ bezeichnet, ohne dass das Gericht eine Grenze festlegte. Der Wahlgesetzgeber hat sich daraufhin auf 25% als äußerste Grenze festgelegt. Ob das dem derzeitigen System hinreichend Rechnung trägt, in dem es nur um die Überhangmandate geht, die durch den Proporz nicht aufgefangen werden, wird schon mit guten Gründen bestritten, sind aber wie im Grabensystem die Hälfte aller Sitze betroffen, dürfte diese Großzügigkeit die Billigung des Gerichts nicht mehr finden.

<sup>14</sup> An die Alternative der Wahl eines Ersatzkandidaten können die jetzigen Inhaber des Mandats kein sonderliches Interesse haben, da das potentielle Konkurrenten um die Kandidatur aufwerten würde.

<sup>15</sup> Die jetzige Legislaturperiode mit ihrem langsam an eine schmerzhaft Grenze kommenden Schrumpfen der Unionsfraktion gegenüber der SPD-Fraktion zeigt, welche Probleme man sich sonst einhandeln kann.

einer großen Koalition erhalten musste.<sup>16</sup> Es waren vor allem innerparteiliche Widerstände, nämlich die Auswirkung eines solchen Systems auf die Chancen der großen Parteien und damit des politischen Personals in den einzelnen Ländern. Damals ging es zunächst um ein reines Mehrheitswahlsystem. Als der Widerstand zunahm, wollte man mit dem Übergang zu einem bloßen „mehrheitsbildenden Wahlsystem“, unter dem auch das Grabenwahlsystem subsumiert wurde, die Idee retten. Genutzt hat es nichts und die Debatte über das Projekt hat dem Ansehen der Koalition geschadet. Schon 1956 war das Vorhaben eines „Grabenwahlsystems“ trotz der vorhandenen hinreichenden parlamentarischen Mehrheit von Union und DP gescheitert.<sup>17</sup>

Jede der beiden großen Parteien der Koalition paktiert im übrigen in Ländern mit einem kleineren Partner, dem man durch ein Grabenwahlsystem seine Wahlchancen im Bund ruinieren würde. Wenn auch der Bundesrat kein Vetorecht gegenüber dem Bundeswahlgesetz hat, dürfte es doch zu einem Aufstand der „Landesfürsten“ kommen. Es ist nicht zu erwarten, dass die Presse sich dabei auf die Seite der beiden sich zur Zeit eher in einer Schwächephase befindlichen „großen“ Parteien schlagen wird.

Da beide Partner der derzeitigen Koalition möglichst eine für sie günstigere kleine Koalition nach der nächsten Wahl anstreben,<sup>18</sup> werden sie ihren potenziellen Koalitionspartnern schwerlich vorher ihre Wahlchancen um die Hälfte kürzen wollen. Bei einer Verschiebung der Wahlreform auf die nächste Legislaturperiode hätte das Projekt sowieso nur Chancen, wenn die große Koalition weitergeführt würde. Insgesamt sind also die politischen Chancen der Verwirklichung eines Grabensystems höchst gering.

Auch ist das Risiko, ob ein solches gezielt auf Chancenminimierung der kleineren Parteien zu Gunsten der großen Parteien zielendes Wahlsystem verfassungsmäßig ist, durch die obiter dicta<sup>19</sup> des letzten Wahlrechtsurteils nicht beseitigt. Es geht nicht, wie das Urteil suggeriert um die „Kombination“ von Mehrheits- und Verhältniswahl, sondern gerade um die völlig getrennte Anwendung beider Systeme bei der doch einheitlichen Wahl des höchsten Verfassungsorgans des Bundes. Darüber ist bisher noch nicht judiziert worden. Der Sinn eines solchen Systems, nämlich ausschließlich<sup>20</sup> die Verbesserung der Chancen der großen Parteien herbeizuführen, lässt sich schwerlich mit der bisherigen durchgängigen Rechtsprechung des Gerichts vereinbaren.<sup>21</sup>

---

<sup>16</sup> Siehe die Darstellung bei *Hans Meyer*, Wahlsystem und Verfassungsordnung 1973, 57 – 74.

<sup>17</sup> Siehe *Hans Meyer* (s. Anm. 14), S. 54.

<sup>18</sup> Der gemeinsame Kampf gegen die Finanz- oder Bankenkrise hat zwar zwischenzeitlich wieder eine partnerschaftliche Stimmung aufkommen lassen, der vorher vorhandene doch eher aggressive Grundton wird mit Näherücken des Wahltermins aber sicherlich wieder aufleben.

<sup>19</sup> An zwei Stellen taucht die Überlegung auf. Bei den Eingangsbemerkungen (DVBl. 2008, 1045, 1046; Umdruck S. 28, B III 2 b) wird im Begründungsteil schlicht BVerfGE 6, 84, 90 und 6, 104, 111 herangezogen, die beide von einem Grabensystem nicht sprechen, sondern nur jene zum Exportschlager werdende wirkliche Kombination von „Personenwahl“ (nicht „Mehrheitswahl“!), wie § 1 BWahlG richtig formuliert, mit der Verhältniswahl im Auge haben. Und die herangezogene BVerfGE 95, 335, 354 begründet die Zulässigkeit eines Grabenwahlsystems nicht, sondern behauptet sie schlicht. Bei den an sich überflüssigen, weil evidenten Erwägungen darüber, dass „der Effekt des negativen Stimmgewichts ... schließlich keine zwangsläufige Folge einer mit der Personenwahl verbundenen Verhältniswahl“ ist, wird wiederum ohne auch nur den Hauch einer Begründung auf die Zulässigkeit eines Grabenwahlsystems verwiesen, ohne dass dies für die Entscheidung einen tragenden Grund abgibt (DVBl. 2008, 1045, 1049; Umdruck S. 37, III b cc). Möglicherweise handelt es sich nur um die Lieblingsvorstellung des Berichterstatters.

<sup>20</sup> Die Vertretung von lokalen Einheiten wird auch durch das jetzige System garantiert, so dass dies kein Argument für den Systemwechsel abgeben kann.

<sup>21</sup> Wobei man sagen muss, dass die die Entscheidung BVerfGE 95, 335, 347-367 tragenden Richter sich in einer sehr erratischen, die bisherige ständige Wahlrechtsprechung des Gerichts souverän außer Acht lassenden Argumentation gefallen haben, die sie ein knappes Jahr später bei der Nachrückentscheidung schon nicht mehr

Man sollte die Option schon mangels politischer Durchsetzbarkeit nicht weiter verfolgen. Selbst wenn die Zeichen auf eine Fortsetzung der großen Koalition stünden, wäre dem Grabensystem kein längerer Erfolg beschieden, da bei der ersten kleinen Koalition der kleinere Koalitionspartner bei den Koalitionsverhandlungen mit Erfolg auf einer Rückkehr zum jetzigen Grundsystem bestehen würde.

## 2. Auflösung der Listenverbindung

Der politische Sinn dieser Variante besteht eigenartiger Weise in der Rückkehr zu der von den Besatzungsmächten 1949 gegenüber dem Parlamentarischen Rat und den Ministerpräsidenten erzwungenen Wahl des an sich unitarischen Organs Bundestag nur über die von einander separierten jeweiligen Landesvölker, bzw. deren Wähler. Nicht das Bundesvolk soll danach der Wahlkörper sein, sondern die separierten Landesvölker. Dass dem die Realität nicht entspricht, weil sich sonst die Fraktionen im Bundestag nach den Landsmannschaften bilden müssten, ist wohl nicht nur ein Schönheitsfehler. Die Besatzungsmächte, von denen zwei durchaus rabiate Einheitsstaaten vertraten, wollten aus leidvoller Erfahrung den deutschen Zentralstaat schwach halten und erzwangen so die wahlrechtliche Separierung des Wahlvolkes durch die Ländergrenzen. Der Bundestag hat das schon für die zweite Wahl 1953 korrigiert. Es würde eigenartig anmuten, wenn man jetzt wieder zum Oktroi der Besatzungsmächte zurückkehrte.

Die Konstruktion verlangte zunächst die Aufgabe der Möglichkeit einer Verbindung der oder aller Landeslisten einer Partei, also die ersatzlose Streichung des § 7 BWahlG. Die dadurch erzwungene Rückkehr zu einer Verteilung der Mandate ausschließlich nach den Regeln des § 6 BWahlG (Konkurrenz aller Landeslisten aller Parteien untereinander zur Berechnung der Mandatsverteilung) würde aber allein ein für verfassungswidrig erklärtes negatives Stimmgewicht nicht ausschließen. Eine erfolgreiche, nämlich rechnerisch zum Gewinn eines weiteren Listenmandates beitragende Zweitstimme würde in einem sicheren „Überhangland“, für die CDU zum Beispiel in Sachsen oder für die SPD in Brandenburg, zwar die Mandatszahl dort wegen des Überhangs nicht vergrößern - das Mandat würde durch den Überhang konsumiert - , sie in einem anderen Land für die Partei aber möglicherweise schmälern. Daher reicht die Auflösung der Listenverbindung als solche nicht, vielmehr müssten die Länder abgeschlossene Wahlgebiete werden.

Direktmandate blieben je Land auch dann erhalten, wenn sie nicht durch die Höhe der Zweitstimmen gedeckt sind; ein eventueller Überhang bliebe daher möglich. Dass dies aus Verfassungsgründen einer Korrektur bedürfte, ist unten erläutert.

Die Konsequenz dieses Systems wäre, dass die nach dem derzeitigen System vorgesehene Konkurrenz der Landeslisten *einer* Partei untereinander - zur Verteilung der dieser Partei insgesamt zukommenden Mandate auf die einzelnen Länder - entfällt.

Im derzeitigen System hängt die Zahl der Listenmandate eines Landes (abgesehen vom Überhang) von der Wahlbeteiligung im Land ab. § 1 BWahlG sieht prinzipiell ein Verhältnis von 1 : 1 der Direkt- und Listenmandate vor, also von 299 zu 299. Wegen der in § 7 Abs. 3 Satz 1 BWahlG angeordneten Konkurrenz der Landeslisten *einer* Partei untereinander hängt

---

verteidigt haben (BVerfGE 97, 317, 322 ff.). Die Kritik an beiden Urteilen kann man nachlesen bei *Hans Meyer*, Wahlgrundsätze, Wahlverfahren, Wahlprüfung (Handbuch des Staatsrechts (Isensee/Kirchhof, Hrsg.), Bd. III, 2005, § 46 Rn. 48 – 51.

aber die Verteilung zwischen den Ländern nicht nur von der Größe des Landes und damit von der Zahl der Wahlkreise ab, sondern zusätzlich von der Wahlbeteiligung in einem Land. Das Verhältnis 1 : 1 zwischen Direkt- und Listenmandaten kann sich also bei unterschiedlicher Wahlbeteiligung von Land zu Land verändern, ohne dass das Verhältnis 1 : 1 auf Bundesebene tangiert würde. Der Verlust an Mandaten wegen schwacher Wahlbeteiligung in einem Land wird durch den Gewinn in einem anderen aufge wogen.

Das Abstellen auf die Landesvölker als konstitutives Element der Wahl würde es schwer erträglich sein lassen, wenn ihnen anders als bei den Direktmandaten, bei denen die Wahlbeteiligung auch keine Rolle spielt, bei den Listenmandaten kein - ebenfalls nach der Bevölkerungszahl bemessenes - festes Mandatskontingent zukäme. Das folgt auch aus der Notwendigkeit, die Länder zu abgeschlossenen Wahlbereichen zu machen.

In Ländern, deren Bevölkerungszahl keine gerade Gesamt-Mandatszahl ergibt, weicht das Verhältnis, wie auch schon heute,<sup>22</sup> zwischen Direkt- und Listenmandaten notwendig, aber geringfügig vom 1 : 1-Prinzip ab.

§ 1 BWahlG müsste um der Verständlichkeit willen angepasst werden. In einem § 3a BWahlG müsste die Verteilung der Listenmandate auf die Ländern geklärt werden. § 6 müsste insgesamt geändert werden. § 7 entfielen.

Die Nachteile der Lösung liegen auf der Hand. Das Wahlsystem stünde im Widerspruch zum unitarischen Charakter des Bundestages. Der Wahlkörper bei einer Bundestagswahl ist das Bundesvolk und sind nicht die vereinigten Landesvölker. Es wäre die Rückkehr zu einer von den Besatzungsmächten aus damals sicher verständlichen, heute aber überholten Gründen verfochtenen Schwächung des Zentralstaates. Außerdem würde es die zentrifugalen Kräfte des politischen Systems erheblich verstärken. Das wichtige Personalbestimmungsrecht über die Kandidaten für ein Mandat bliebe nämlich zusätzlich weiterhin ausschließlich bei den Landesparteien und ihren Gliederungen.

Würde in einem Überhangland ein Mandat durch Todesfall oder sonstiges Ausscheiden eines beliebigen im Wahlkreis gewählten Abgeordneten der betreffenden Landespartei frei, so würde nach BVerfGE 97, 317, 328 f. niemand nachrücken. Konsequenzen einer Veränderung der Mehrheitsverhältnisse im Bundestag während der Wahlperiode und sogar deren Umkehr sind bei den vermutlich weiterhin knappen Ergebnissen nicht auszuschließen (Kanzlermehrheit; Wechsel der Fraktionsstärke mit Anspruch auf den Posten des Bundestagspräsidenten usw.). Ein solches für die Stabilität des Systems nicht unerhebliches Risiko einzugehen, könnte schwerlich als seriös bezeichnet werden.

Hinzu kommt, dass das System in „sicheren“ Überhangländern wie Brandenburg, Sachsen, Sachsen-Anhalt und wohl auch Baden-Württemberg den Anhängern der jeweilig entsprechenden großen Partei ermöglicht, sich ein doppeltes Stimmgewicht zu schaffen, indem sie ihre Zweitstimmen, die durch den zu erwartenden hohen Erfolg bei den Direktkandidaturen konsumiert würden, der nächst benachbarten Partei gäben. In einem für eine Partei sicheren Überhangland hätten die Anhänger dieser Partei also gegenüber allen anderen Wählern die Chance, ihr Stimmgewicht gefahrlos zu verdoppeln. Theoretisch könnten sie sogar, ohne Schaden für ihre Partei, alle ihre Zweitstimme der Partei ihrer zweiten Wahl geben. Denn ihre Partei hat mit den Direktmandaten das Maximum der Mandate schon erreicht. Das wäre ein so grober

---

<sup>22</sup> Bei der Bundestagswahl 2005 stellte das Land Bayern 45 Direktmandate, aber nur 44 Listenmandate

Verstoß gegen die Wahlgleichheit, dass die Gestaltung nicht nur vor der Verfassung, sondern auch vor dem Bundesverfassungsgericht nicht bestehen könnte.<sup>23</sup>

Wegen der beiden zuletzt skizzierten Handicaps, aber auch wegen des Rückfalls in eine unter ganz anderen Umständen von den Besatzungsmächten verfochtene Philosophie des Bundesstaates fällt es schwer, dieser Lösung etwas abzugewinnen.

### **3. Beseitigung der Überhangmandate und damit des negativen Stimmgewichts durch Abzug der Direktmandate vor Verteilung der übrig bleibenden 299 Listen-Sitze auf die einzelnen Landeslisten**

Der politische und verfassungsrechtliche Sinn dieser Lösung ist die konsequente Beachtung der für eine Demokratie konstitutiven Wahlgleichheit (Art. 38 Abs. 1 GG). Sie führt automatisch zum Ausschluss jedes negativen Stimmgewichts. Außerdem wird die in § 1 BWahlG als Normalfall festgelegte Größe des Bundestages mit 598 Mitgliedern strikt eingehalten. Dem unitarischen Charakter der Bundestagswahl wird voll Rechnung getragen.

Diese systematische Ausgestaltung des Wahlrechts zielt auf die Einhaltung der in § 6 Abs. 2 BWahlG vorgesehenen Verteilung *aller* Mandate nach Maßgabe aller Zweitstimmen einer Partei. Nach dem geltenden § 7 Abs. 2 BWahlG meint dies die Zweitstimmen der Listenverbindung aller Landeslisten einer Partei. Es geht also im alten wie im vorgeschlagenen System um den bundesweiten Wahlerfolg einer Partei, wie es der Wahl eines unitarischen Organs adäquat ist. Der entscheidende Unterschied zum derzeitigen System (§§ 6 Abs. 5 i. V. m. § 7 Abs. 3 S. 2 BWahlG) ist, dass die in den Ländern erzielten Direktmandate einer Partei schon jetzt<sup>24</sup> von dem Gesamtmandatskontingent einer Partei abgezogen wird, und nicht erst *nach* der Rückrechnung dieses Kontingents auf die Landeslisten der Partei,<sup>25</sup> was erst das Entstehen von negativen Stimmgewichten ermöglichte.

Die Zweitstimmen, die eine Partei im Bundesgebiet erzielt, werden die bestimmende Größe bei der Verteilung der Sitze, ohne dass man von Listenverbindungen sprechen müsste. Für jede Partei „unverwertbare“, also überflüssige Stimmen können nur einmal, nämlich auf Bundesebene anfallen, nicht in den 16 Ländern.<sup>26</sup>

Es ist theoretisch denkbar, dass weiterhin „Überhangmandate“ anfallen. Das sind in diesem System aber nicht schon Direktmandate, die das Zweitstimmenkontingent an Mandaten *in einem Land* übersteigen, sondern nur solche, die das Zweitstimmenkontingent einer Partei *im Bund* übersteigen. Praktisch scheint das auch auf längere Sicht ausgeschlossen, weil die beiden großen Parteien erheblich weniger Direktmandate zu erzielen pflegen, als ihnen nach

---

<sup>23</sup> Dieses Phänomen ist eine der Schwachstellen des Zweitstimmen-Systems, das aber bisher zu Sorgen keinen Anlass gegeben hat. Seit der Dresdner Nachwahl im Jahre 2005 hat aber die untypische Nutzung der Zweitstimme und die propagandistische Ausnutzung, auch durch die Presse, die Notwendigkeit geweckt, in diesem Punkt wachsam zu sein. Eine unter diesen Bedingungen zustande gekommene knappe Regierungsmehrheit würde unter dem dauernden Druck der Legitimationsschwäche stehen und Wahlprüfungsbeschwerden würden sich in bisher unbekannter Menge häufen.

<sup>24</sup> Also nach der Verteilung aller Sitze auf alle zuteilungsberechtigten Parteien oder, technisch gesprochen, bei der Oberverteilung.

<sup>25</sup> Das entspricht im Prinzip auch dem Vorschlag des vom Bundesverfassungsgericht als Sachverständigen herangezogenen Augsburger Mathematikers *Friedrich Pukelsheim* (Bundeswahlgesetz – Nächste Etappe, DVBl. 2008, 889 – 897). Der Sonderfall einer reinen Landespartei wie der CSU wird in diesem Vorschlag nicht besonders berücksichtigt.

<sup>26</sup> Bei der CDU sind es 15 Länder, weil sie in Bayern nicht antritt.

ihrem Zweitstimmenergebnis im Bundesgebiet zustehen.<sup>27</sup> Es handelt sich jeweils um knapp 70 Mandate. Es ist schwer denkbar, dass SPD oder CDU einen entsprechenden Zuwachs an Direktmandaten erreichen könnten. 2005 erzielte die SPD 145 Direktmandate bei insgesamt 213 Mandaten,<sup>28</sup> die CDU 104 bei insgesamt 173 Mandaten.<sup>29</sup> Für die mittleren und kleineren Parteien sind Überhangmandate undenkbar. Das gilt auch für die Partei Die Linke, die wegen der Existenz dreier größerer oder genauer mittlerer Parteien in den Ostländern nach einigen Umfragen erstmals etwas größere Chancen auf eine freilich bescheidene Zahl von Direktmandaten hätte.

Würden gleichwohl „Überhangmandate“ auf Bundesebene anfallen, entstünde jedenfalls kein negatives Stimmgewicht, da dies nur bei einer nachgelagerten Anrechnung der Direktmandate ausschließlich auf Landesebene entstehen kann; es geht beim negativen Stimmgewicht um Verschiebungen zwischen den Ländern.

Einen Sonderfall stellt die CSU dar, weil sie nur in *einem* Land auftritt, Kompensationen durch Ergebnisse aus anderen Ländern also nicht möglich sind. Selbst bei der Bundestagswahl 2005, als die CSU bis auf eins alle Direktmandate in Bayern gewann, erzielte sie aber noch zusätzlich zwei Listenmandate. Das liegt daran, dass bei der Umrechnung der Zweitstimmen in Mandate alle Mandate einbezogen werden, auch die die Hälfte ausmachenden Direktmandate, und man daher auch bei einem Wahlergebnis von 50% für eine Partei und dem Gewinn aller Direktmandate immer noch nicht bei Überhangmandaten ist. Überhangmandate sind kurioser Weise eher ein Lohn für schlechte Zweitstimmen-, denn ein solcher für hohe Erststimmenergebnisse.

Gleichwohl ist die CSU als einzige reine Landespartei, die sich an der Bundestagswahl beteiligt, theoretisch und bei Andauern der derzeitigen Schwächephase auch praktisch „anfälliger“ für Überhangmandate als die Bundesparteien,<sup>30</sup> da Kompensationen über das Land hinaus nicht möglich sind. „Überhangmandate“ der CSU führten aber zur gleichheitswidrigen Chance eines doppelten Stimmgewichts ihrer Wähler.<sup>31</sup> Sie können ihre Zweitstimme für ihre

---

<sup>27</sup> Zu „Überhangmandaten“ könnte es in Bayern nur bei einem gravierenden Einbruch in den Zweitstimmen der CSU kommen, wenn die SPD gleichwohl bei den Direktmandaten nicht erfolgreicher würde. Trotz der Unwahrscheinlichkeit von „Überhangmandaten“ sollte das Gesetz Vorsorge treffen oder der Gesetzgeber jetzt schon in der Begründung der Gesetzesnovelle erklären, dass er bei Absehen einer solchen Gefahr Vorsorge treffen werde. Es darf daran erinnert werden, dass es jetzt schon mögliche, aber unwahrscheinliche Nutzungen des Zweitstimmensystems gibt, die bisher noch nicht verboten sind, obwohl man sie verbieten würde, wenn eine Realisation wahrscheinlich wäre. Dazu zählt zum Beispiel die Absprache zweier Parteien, ihren Anhänger zu empfehlen, ihre Erststimme immer der einen und die Zweitstimme immer der anderen zu geben. Auf diese Weise kann es leicht zu sicheren Bundestagsmehrheiten kommen, die mit den Mehrheiten in der Wahlbevölkerung nichts zu tun haben.

<sup>28</sup> Ohne die neun Überhangmandate.

<sup>29</sup> Ohne die sieben Überhangmandate.

<sup>30</sup> Zu „Überhangmandaten“ könnte es in Bayern nur bei einem gravierenden Einbruch in den Zweitstimmen der CSU als bei der Landtagswahl 2008 kommen, wenn die SPD gleichwohl bei den Direktmandaten nicht erfolgreicher würde. Trotz der Unwahrscheinlichkeit von „Überhangmandaten“ sollte das Gesetz Vorsorge treffen oder der Gesetzgeber jetzt schon in der Begründung der Gesetzesnovelle erklären, dass er bei Absehen einer solchen Gefahr Vorsorge treffen werde. Es darf daran erinnert werden, dass es jetzt schon mögliche, aber unwahrscheinliche Nutzungen des Zweitstimmensystems gibt, die bisher noch nicht verboten sind, obwohl man sie verbieten würde, wenn eine Realisation wahrscheinlich wäre. Dazu zählt zum Beispiel die Absprache zweier Parteien, ihren Anhänger zu empfehlen, ihre Erststimme immer der einen und die Zweitstimme immer der anderen zu geben. Auf diese Weise kann es leicht zu sicheren Bundestagsmehrheiten kommen, die der Mehrheit in der Wahlbevölkerung so grob widersprechen würde, dass Legitimationsprobleme unvermeidbar wären.

<sup>31</sup> Das normale Stimmensplitting hat diese Konsequenz nicht. Wer mit seiner einer anderen als der favorisierten Partei gegebenen Erststimme erfolgreich ist, dem Kandidaten einer fremden Partei also zum Wahlkreissieg ver-

Partei gefahrlos einer benachbarten Bundespartei geben.<sup>32</sup> Da es sich dabei um einen eklatanten Verstoß gegen das verfassungsrechtliche Gebot der gleichen Wahl handelt, sollte für den zwar sehr unwahrscheinlichen, gleichwohl aber im Hinblick auf den bei beiden großen Parteien theoretisch nicht auszuschließenden und bei der Landespartei CSU immerhin denkbaren Fall Vorsorge getroffen werden.<sup>33</sup>

Für das Bundeswahlgesetz hat das einige Konsequenzen. § 6 BWahlG muss nach der Kritik des Gerichtes sowieso verständlicher gefasst werden. Daher sollte er um alle Sonderregeln, die meist nie eingetretene Fälle meinen, entlastet werden. Das gilt auch für die Behandlung der vorstehend angesprochenen „Überhangmandate“. Alle Sonderfälle wären geschlossen in einem neuen Paragraphen anzusiedeln.

Da die Fiktion der Listenverbindung in § 7 Abs. 1 BWahlG nur aus der oben angedeuteten schwierigen Entstehungsgeschichte des Bundeswahlgesetzes zu erklären ist und zudem eine Ausschluss der Listenverbindung für die jeweilige Partei schädlich ist, also auch noch nie erklärt worden ist, sollte man auf die Fiktion verzichten. Man benötigte noch nicht einmal den Terminus „Listenverbindung“. Die Organisation der Wahl und die Entscheidung über die Kandidaturen finden weiterhin in den Ländern statt. § 7 könnte insgesamt entfallen, weil eine Regelung in § 6 ausreicht. Die Ergebnisse werden dem unitarischen Charakter eines Bundestagswahl entsprechend und um der verfassungsrechtlich gebotenen Wahlgleichheit genüge zu tun, bundeseinheitlich ermittelt.

Wie beim jetzigen verfassungswidrigen System behält die Partei, die *in einem Land* mehr Direktmandate erzielt, als ihr nach den Zweitstimmen im Land zustünden,<sup>34</sup> selbstverständlich diese Mandate. Für die CDU z. B. in Baden-Württemberg<sup>35</sup> oder Sachsen änderte sich eben so wenig wie für die SPD in Brandenburg oder Sachsen-Anhalt. Anders als beim jetzige System kann die Partei die für diese Mandate fehlenden Zweitstimmen aber kraft eines Systembruchs im geltenden Wahlgesetz<sup>36</sup> nicht für Mandate in anderen Ländern verwenden, wie das heute der Fall ist. Die Nutznießer des heutigen Systems sitzen nicht in dem Land, in dem eine Partei mehr Direktmandate erzielt als ihr nach den Zweitstimmen zuständen, sie sitzen vielmehr in anderen Ländern. Es gibt wie gezeigt überhangproduzierende und überhangprofitierende Landesparteien. Letztere sind die Landesparteien, denen bei der Verteilungsrechnung nach § 7 Abs. 3 i. V. m. § 6 Abs. 2 BWahlG die letzten Mandate zugewiesen worden sind. Dieser gleichheitswidrige Profit wird durch die neue Regelung ausgeschlossen. Das bedeutet im Klartext: die Mandatszahl wird strikt auf 598 beschränkt. Überhänge gibt es bei der derzeitigen Verteilung der Anhängerschaft der einzelnen Parteien auch bei größeren

---

hilft, bringt den letzten Listenkandidaten dieser Partei, der sonst das Mandat erhalten hätte, um seinem Sieg. Den wenigsten ist diese Form von Pyrrhussieg beim Stimmensplitting klar.

<sup>32</sup> Freilich nicht der CDU, da sie in Bayern nicht kandidiert. Würde sie dort kandidieren, verlöre sie das Privileg der Fraktionsgemeinschaft im Bundestag.

<sup>33</sup> Siehe unten § 5 Abs. 3 des Entwurfs.

<sup>34</sup> Das sind keine einen Überhang produzierenden Mandate, da sie bei bundesweiter Verrechnung durch Zweitstimmen abgedeckt werden. Würden sie nicht abgedeckt, gilt § 5 Abs. 3 des Entwurfs.

<sup>35</sup> Man kann annehmen, dass der Überhang an Direktmandaten auch, wenn nicht vorrangig darauf zurückzuführen ist, dass FDP-Wähler ihre Erststimme solchen Kandidaten geben und damit ihr Stimmgewicht verdoppeln.

<sup>36</sup> Das hat mittlerweile auch das Bundesverfassungsgericht eingesehen (DVBl. 2008, 1045, 1049 sub cc), nachdem Verf. schon 1994 darauf und auf das daraus folgende Phänomen des negativen Stimmgewichts mit zahlenmäßig belegten Nachweisen verwiesen hatte (Der Überhang und anderes Unterhaltsame aus Anlass der Bundestagswahl 1994, KritV 1994, 312, 321/322). In dem Vorgängerprozess vorgetragen (BVerfGE 95, 335, 343) hatte weder die obsiegende Hälfte der Richter noch die unterlegene diese erstaunliche „eklatante“ Verletzung der Wahlgleichheit (BVerfGE = DVBl. 2008, 1045, 1047 I. Sp.) auch nur der Erörterung für Wert befunden.

Schwankungen nicht mehr. Da sie aber nicht vollständig auszuschließen sind, empfiehlt sich eine Lösung auch für diesen Sonderfall.

Mit dem Wegfall der echten „Überhangmandate“ erübrigt sich auch der vom Bundesverfassungsgericht (BVerfGE 97, 317, 328 f.) erzwungene ersatzlose Wegfall von Mandaten bei Vakanz (Verzicht, Tod) eines Direktmandates in einem Land, dessen Direktmandate nicht alle durch Zweitstimmen abgedeckt sind. Da der Überhang in einem Land durch Zweitstimmen (auch) aus anderen Ländern ebenso abgedeckt wird wie nach dem geltenden Wahlrecht der Gewinn eines von den Landesstimmen nicht hinreichend gestützten Listenmandates - das ist die Aufhebung des in Letzteren liegenden derzeitigen Systembruchs -, verdrängt der Überhang an Mandaten *in einem Land* irgendwo ein Listenmandat. Die Kompensation des Verlustes eines Direktmandates wegen des von ihm verdrängten Listenmandats ist also auch nach dieser Entscheidung konsequent, zumal das Gericht anerkennt, dass es zur „Erhaltung der Funktionsfähigkeit des Parlaments“ dienlich sein mag, „durch eine Nachfolgeregelung die Zahl der Abgeordneten des Parlaments während der Legislaturperiode möglichst konstant zu halten“ (BVerfGE 95, 317, 329 sub c). Würde man die Verhinderung eines echten Überhangmandates und damit die Realisierung eines doppelten Stimmgewichts durch den Befehl herbeiführen, dass der Wahlkreiskandidat mit dem geringsten prozentualen Stimmenanteil verzichten muss (s. dazu unten II § 5 Abs. 3), dann liegt es nahe, dass dieser der erste Nachrücker beim Ausscheiden eines direkt gewählten Abgeordneten in seinem Land sein soll.

## II. Versuch einer lesbaren Formulierung des Vorschlages unter I 3

Das Gericht hat mit hinreichender Klarheit den Gesetzgeber aufgefordert, anlässlich der Korrektur des Wahlgesetzes „das für den Leser kaum noch nachvollziehbare Regelungsgeflecht der Berechnung der Sitzzuteilung im Deutschen Bundestag auf eine neue, normenklare und verständliche Grundlage zu stellen“<sup>37</sup> (DVBl. 2008, 1045, 1051; NVwZ 2008, 991,998; Umdruck S. 45, B VI 2). Nun kann man bis auf die Verweisungsproblematik in § 7 Abs. 3 Satz 2 BWahlG (s. dazu das Gericht in DVBl. 2008, 1045, 1050; Umdruck S. 39 f., sub B IV) zwar die These vertreten, dass der Normkomplex der §§ 6 und 7 BWahlG „klar“ ist, verständlich ist er aber selbst für den sehr Eingeweihten kaum. Da es sich hier um die wichtigste Regel über den Einfluss des Bürgers auf die Staatswillensbildung handelt, sollte die Regelung auch für den Normalbürger verständlich sein.

Dazu bedarf zunächst einer Analyse der geltenden Fassung. Das größte Problem ihrer Verständlichkeit liegt darin, dass versucht worden ist, alle auch nur irgendwie denkbaren Sonderfälle in die Darstellung des Systems und damit der Wirkung der Stimmen an sich einzu beziehen. Manche dieser Sonderfälle sind in der fast sechzigjährigen Wahlgeschichte der Bundesrepublik noch nie eingetreten, andere sehr selten. Der erste große Schritt zur Vereinfachung ist daher die Trennung der Darstellung des Systems von den anschließend zu skizzierenden Sonderfällen. Der zweite Schritt wäre, zeitlich vorrangig wirkende Regelungen, wie die 5%-Klausel, nicht am Ende der Darstellung des ganzen Ablaufs aufzuführen, sondern an den Anfang zu stellen. Der dritte Schritt wäre, die Überraschungseffekte zu beseitigen: während der sehr lange und außerordentlich komplizierte § 6 BWahlG bis zum Ende nur von

---

<sup>37</sup> Für die Notwendigkeit plädiert auch *H. H. Klein* (s. Anm. 6): „Die Komplexität des geltenden Wahlrechts hat, auch abgesehen von dem widersinnigen Effekt des negativen Stimmgewichts, einen so hohen Grad erreicht, dass es der weit überwiegenden Mehrzahl der Wähler nicht mehr verständlich ist. Der Bürger hat aber ein Recht darauf, das Wahlrecht, auf dessen Grundlage er sein Parlament wählt, ohne die Inanspruchnahme von Wahlrechtsexperten und Mathematikern verstehen zu können.“

Landeslisten spricht, erfährt man erst in § 7 Abs. 1 BWahlG, das man kraft der dort verfügbaren gesetzlichen Fiktion statt dessen meist „Listenverbindung“ hätte lesen müssen.<sup>38</sup>

Es folgt der Versuch einer Rekonstruktion der §§ 1, 6 und 7 BWahlG, welche das Wahlsystem und die Bedingungen des Wahlerfolges festlegen, und zwar auf der Basis des Vorschlages unter A 3. Der vorhandene Text des Wahlgesetzes ist grundsätzlich übernommen. Weibliche Formen sind nicht eingeführt. Größere übernommene Texte oder Textteile sind, auch bei leichten, in der Regel nur sprachlichen Veränderungen, kursiv gesetzt, Auslassungen durch Punkte angedeutet. Da es sich bei den jetzigen §§ 1, 2, 6 und 7 BWahlG um die grundlegenden und zugleich inhaltlich eng zusammen gehörenden Regeln für das ganze Wahlgesetz handelt, sollte das Gesetz mit ihnen beginnen, und zwar unter der Überschrift

## „Erster Abschnitt Grundlagen

### § 1

- (1) *Der deutsche Bundestag besteht ..... aus 598 Abgeordneten. Sie werden in allgemeiner, unmittelbarer, freier, gleicher und geheimer Wahl nach den Grundätzen einer mit der Personenwahl verbundenen Verhältniswahl gewählt.*
- (2) *Von den Abgeordneten werden 299 nach Kreiswahlvorschlägen in den Wahlkreisen, 299 nach Landeswahlvorschlägen (Landeslisten) gewählt.*

### § 2 (= § 4 alt)

*Jeder Wähler hat zwei Stimmen, eine Erststimme für die Wahl eines Wahlkreisabgeordneten, eine Zweitstimme für die Wahl der Landesliste.*

### § 3 (= § 5 alt)

*In jedem Wahlkreis wird ein Abgeordneter gewählt. Gewählt ist der Bewerber, der die meisten Stimmen auf sich vereinigt.<sup>39</sup> Bei Stimmengleichheit entscheidet das Los.*

### § 4 (= § 6 alt)

- (1) *Bei der Verteilung der übrigen 299 Sitze werden nur Parteien berücksichtigt, die mindestens 5 vom Hundert der im Wahlgebiet abgegebenen gültigen Zweitstimmen erhalten oder in mindestens drei Wahlkreisen erfolgreich waren. Das gilt nicht für Parteien nationaler Minderheiten. (= § 6 Abs. 6 alt).*
- (2) *Zwischen den Parteien werden alle Sitze im Verhältnis der gültigen Zweitstimmen verteilt, die sie im Bundesgebiet erzielt haben. Dazu wird die Gesamtzahl dieser Zweitstimmen durch die Gesamtsitzzahl 598 geteilt. Der so ermittelte Zuteilungsdivisor ist auf die Bundesergebnisse der einzelnen Parteien anzuwenden. Bei der Anwendung werden Zahlenbruchteile unter 0,5 abgerundet, über 0,5 aufgerundet. Zahlenbruchteile, die gleich 0,5 sind, werden so aufgerundet oder abgerundet, dass die Gesamtzahl der zu verge-*

---

<sup>38</sup> Wer Interesse hat an einer leicht satirischen Analyse des zunehmend unübersichtlicher gewordenen Gestrüpps der Regelungen der §§ 6 und 7 BWahlG, sei auf die in Anm. 34 zitierte Fundstelle, S. 317 ff. verweisen.

<sup>39</sup> In dem unwahrscheinlichen Falle eines Überhangmandates, das auch das bundesweite oder bei einer reinen Landespartei das landesweite Zweitstimmenkontingent einer Partei überstiege, würde nach der *lex specialis*-Regel § 5 Abs. 3 des Entwurfs vorgehen. Man könnte auch bei § 3 Satz 2 einen entsprechenden Vorbehalt machen.

*benden Sitze eingehalten wird; ergeben sich dabei mehrere mögliche Sitzuteilungen, so entscheidet das von Bundeswahlleiter zu ziehende Los. Wenn bei der Anwendung des Zuteilungsdivisors die Sitzzahl 598 unter- oder überschritten wird, ist er entsprechend herab- oder heraufzusetzen (= § 6 Abs. 2 Sätze 2 – 5 alt; nur sprachlich verändert).<sup>40</sup>*

- (3) Innerhalb einer jeden Partei werden die ihr nach Absatz 2 zustehenden Sitze auf die einzelnen Landeslisten der Partei im Verhältnis der auf diese entfallenden gültigen Zweitstimmen verteilt. Jede Landesliste erhält dabei so viele Sitze, wie sich nach der Teilung ihrer Zweitstimmen durch einen Zuteilungsdivisor ergibt. Er ergibt sich für jede Partei aus dem Quotienten ihres durch ihre Gesamtsitzzahl nach Abs. 2 geteilten Zweitstimmenergebnisses im Bundesgebiet. Für die Berechnung gilt Absatz 2 Satz 4 bis 6 entsprechend. Die in den Wahlkreisen des Landes von der Partei errungenen Sitze werden von der Sitzzahl nach Satz 2 abgezogen. In den Fällen, in denen eine Partei in einem Land mehr Direktmandate erzielt, als ihr nach dieser Rechnung zustehen (Überhang), bleiben diese erhalten und werden keine Listenmandate zugeteilt. Jedoch wird der Zuteilungsdivisor für diese Partei verändert, indem ihre Gesamtsitzzahl nach Abs. 2 um die Zahl der überhängenden Mandate gekürzt wird.<sup>41</sup> Die Kürzung wird, falls notwendig, so lange fortgesetzt, bis die Berechnung für alle Länder die Gesamtsitzzahl der Partei nach Abs. 2 ergibt.
- (4) *Die Sitze werden in der Reihenfolge der Liste besetzt; erfolgreiche Wahlkreisbewerber bleiben dabei unberücksichtigt. Entfallen auf die Liste mehr Sitze, als Bewerber benannt sind, bleiben diese Sitze unbesetzt. (= § 6 Abs. 4 Satz 2 bis 4 alt). Die Zahl der Sitze nach § 1 sinkt entsprechend.*

(Die alten Absätze 5 und 6 des § 6 sowie § 7 entfallen ersatzlos. Die den § 6 Abs. 1 bis 3 so unleserlich machenden Sonderfälle, sollten in einem neuen § 5 zusammengezogen werden.)

#### § 5 Sonderfälle (neu)

- (1) *Die Zweitstimmen von Wählern, die ihre Erststimme einem erfolgreichen Wahlkreisbewerber im Sinne des § 20 Abs. 3 oder einem erfolgreichen Parteibewerber gegeben haben, für den in dem Land keine Landesliste zugelassen ist, werden bei der Berechnung nach § 4 Abs. 2 nicht berücksichtigt. (angelehnt an § 6 Abs. 1 Satz 2 alt).<sup>42 43</sup>*
- (2) Enthält eine Partei mehr als die Hälfte der zu berücksichtigenden Zweitstimmen, erzielt sie aber nach der Berechnung gemäß § 4 Abs. 2 nicht die absolute Mehrheit der Sitze, wird ihr vorweg so viel an Sitzen zugeteilt, bis sie die absolute Mehrheit der Sitze erreicht. Die Verteilung unter den anderen Parteien nach § 4 findet ohne Berücksichtigung

---

<sup>40</sup> Die Ausgangszahlen dieser und der Rechnung nach den folgenden Absätzen, bezogen auf das Wahlergebnis 2005, finden sich bei *Fr. Pukelsheim* (s. Anm. 4), DVBl. 2008, 889, 891.

<sup>41</sup> In § 48 ist als Abs. 1a einzufügen: „Wird ein Direktmandat einer Partei in einem Land mit einem Überhang (§ 4 Abs. 3 Satz 6) vakant, so wird zur Bestimmung des nachrückenden Listenkandidaten eine erneute Rechnung nach § 4 Abs. 3 Satz 7 angestellt, wobei die Gesamtsitzzahl der Partei um das vakante Mandat erhöht wird.“

<sup>42</sup> Ein Ersatz für Satz 3 erscheint entbehrlich, weil nach § 4 Abs. 1 des Vorschlages nur noch, aber auch immer die 299 Listenmandate verteilt werden. Auch für die Berechnung nach § 4 Abs. 2 des Vorschlages hat diese selten auftretende Variante keine Bedeutung.

<sup>43</sup> Im geltenden Wahlgesetz fehlt ein entsprechender Ausschluss von Zweitstimmen, die einem erfolgreichen Parteibewerber gegeben worden sind, dessen Partei aber die 5%-Hürde verfehlt hat. Das ist natürlich ohne Interesse, wenn der Wähler auch dessen Partei gewählt hat, denn dann unterfällt seine Zweitstimme schon der Regel in Satz 1. Es ist nur interessant beim Stimmensplitting. Die Differenzierung ist zumindest vertretbar, weil in den in Satz 1 genannten Fällen der Wähler bei der Wahl wusste, dass er bei Erfolg des Wahlkreis-kandidaten ein doppeltes Stimmgewicht hat, in dem nicht geregelten Fall aber nicht.

dieser Sitze statt. (angelehnt an § 6 Abs. 3).<sup>44</sup> Die Sitzzahl nach § 1 erhöht sich entsprechend.

- (3) Erzielt eine Partei auch bei der bundesweiten Verrechnung Überhangmandate oder weil sie sich nur in einem Land zur Wahl stellt, so werden die überzähligen Wahlkreissitze der Kandidaten dieser Partei mit dem geringsten prozentualen Stimmgewicht nicht besetzt;<sup>45</sup> bei gleichem Stimmgewicht entscheidet das Los.“

§§ 2 und 3 alt werden §§ 6 und 7 neu.

### III. Die Fristsetzung des Bundesverfassungsgerichts

Es fällt nicht schwer, Verständnis für die Entscheidung des Senats aufzubringen, einen schon fast drei Viertel seiner Wahlperiode amtierenden Bundestag nicht aufzulösen. Hingehen mag auch noch, dass keine Konsequenzen gezogen worden sind für die nach Meinung des Gerichts „insgesamt nur wenigen Mandate des Deutschen Bundestages“, die von dem Phänomen des negativen Stimmgewichts“ betroffen sind (NVwZ 2008, 991, 997; Umdruck S. 42 sub B V 2 b; in DVBl. 2008 nicht abgedruckt). Schwerlich kann der Senat dagegen Verständnis für den langen Zeitraum erhoffen, den er dem Bundestag zur Korrektur einräumt.<sup>46</sup> Mit Recht verweist der Senat auf die Möglichkeit, bis zum April 2009 das Gesetzgebungsverfahren abzuschließen, um die Geltung der neuen Regelung noch für die Bundestagswahl 2009 zu gewährleisten. Der Bundestag hat weitaus schwierigere gesetzgeberische Aufgaben in kürzerer Zeit als in sage schreibe acht Monaten erledigt. Wie die oben geschilderten zum Teil schon politisch unwahrscheinlichen Lösungen zeigen, geht es um nichts, was das Parlament nicht in acht Monaten erledigen könnte. Wer auch nur ein wenig Einblick in das Verhältnis von Politik und Wahlrecht besitzt, wird wissen, dass die primäre Fragestellung ist, hilft eine Änderung in dem unausweichlichen Konkurrenzkampf uns oder nicht. Das kann kompliziert werden durch die Überlegung, welchen Landsverband es wahrscheinlich besonders trifft. Mit der Frist haben die daraus folgenden Hemmnisse allerdings nichts zu tun. Im Jahre 2011 tauchen dieselben Probleme ebenso auf wie vor der Wahl 2009 und müssen doch entschieden werden. Glaubt der Senat ernsthaft, die Politik werde die Zeit bis 2011 nutzen, um intensive Studien zu betreiben? Die plausibelste Erklärung für eine so wenig plausible Entscheidung des Senats wäre die Annahme einer Kompensationsleistung innerhalb Senats. Das wäre nicht schön und ein solches Verhalten führt auch meist zu unsoliden Urteilen. Was aber sollte die Seite, die das ertrotzt hat, sich davon versprechen. Was soll nach der Wahl 2009 denn nun besser aussehen? Kleine Koalitionen werden kein Grabensystem vorschlagen und große nur, wenn sie durchmarschieren wollten; wie sollte es dann aber mit den kleinen Koalitionen in den Ländern weitergehen und wie bei der Rückkehr zu kleinen Koalitionen im Bund? Ein dunkler Fleck auf dem ansonsten vor dem tiefschwarzen Hintergrund der BVerfGE 95, 335, 334 ff. jedenfalls im Tenor sich wohltuend abhebenden Urteil.

Der Bundestag muss die ungemein großzügig bemessene Frist aber nicht nutzen. Ohne Not den Bundestag 2009 nach einem grob verfassungswidrigen Wahlgesetz wählen zu lassen, das

<sup>44</sup> Das lehnt sich an eine von *Fr. Pukelsheim* (s. Anm. 4, S. 897) vorgeschlagene Alternative an.

<sup>45</sup> Da es sich nach § 1 schon des geltenden Wahlgesetzes bei der Wahl insgesamt um eine Verhältniswahl handelt, die nur mit einer „Personenwahl“, nicht aber mit einer Mehrheitswahl verbunden ist, ist die Dominanz der Verhältniswahl über die Personenwahl konsequent. Nach *Fr. Pukelsheim* (s. Anm. 4, S. 895/896) kannte das bayerische Landtagswahlrecht 1954 eine vom Verfassungsgerichtshof nicht beanstandete vergleichbare Regelung. Heute findet sich eine ähnliche, wenn auch nicht direkt vergleichbare Regelung in Art. 42 Abs. 3 BayLWG.

<sup>46</sup> Siehe auch die fundierte Kritik von *Gerald Roth*, Negative Stimmgewichte und Legitimationsdefizit des Parlaments, NVwZ 2008, 1199 – 1201.

nach der Erkenntnis des Senats „zu willkürlichen Ergebnissen (führt) und den demokratischen Wettbewerb widersinnig erscheinen (lässt)“, würde der Politik ein schlechtes Zeugnis ausstellen. Um den Effekt zu erreichen, dass eine Stimme *für* eine Partei wie eine Stimme *gegen* die Partei wirkt, muss man in Bananenrepubliken zur Wahlfälschung schreiten, wie geschaffen das durch Parlamentsgesetz! Sollte die Annahme so abwegig sein, dass eine Partei, die sich für eine schnelle Korrektur ausspricht, politisch im Vorteil ist? Auf das schon laufende Aufstellungsverfahren innerhalb der Parteien hat die notwendige Korrektur keinen Einfluss; diese bezieht sich ausschließlich auf die Umsetzung des Wahlergebnisses in Mandate. Es hilft aber nichts über die Erkenntnis hinweg, dass eine Korrektur nur möglich ist, wenn die gleichheitswidrigen Privilegien des derzeitigen verfassungswidrigen Systems beseitigt werden.

(veröffentlicht in DVBl. 2008, 237 – 246)



15. April 2009 FP/fp

**Stellungnahme für die öffentliche Anhörung am 4. Mai 2009  
zum Gesetzentwurf in BT-Drucksache 16/11885:  
Beseitigung des negativen Stimmgewichts  
durch eine systemkonforme Änderung im geltenden Wahlsystem**

**Sofort vollziehbare Minimallösung**

Die Änderung des Bundeswahlgesetzes gemäß BT-Drucksache 16/11885 beseitigt das negative Stimmgewicht, das 2005 bei der Nachwahl im Wahlkreis Dresden I Tausende von Wählern irritiert hat. Alles spricht dafür, die Änderung vorzunehmen. Sie beeinträchtigt weder die Kandidatenaufstellung noch die Wahlwerbung der Parteien. Sie lässt die Stimmgebung durch die Wählerinnen und Wähler unberührt. Vollzugstechnisch kann die Änderung von jetzt auf gleich umgesetzt werden.

**Verbindung von Personen- und Verhältniswahl**

Die Änderung lässt die Oberzuteilung auf Bundesebene unberührt. Sie betrifft nur die Untertzuteilungen an die Landeslisten der Parteien. Das bestehende Verfahren zur Verrechnung von Stimmen in Mandate, die Divisormethode mit Standardrundung (Sainte-Laguë/Schepers), wird zur *direktmandatsbedingten* Variante modifiziert (Augsburger Zuteilungsverfahren). Die Variante garantiert, dass jede Landesliste mindestens so viele Sitze erhält, wie sie Wahlkreissieger aufweist. Dies schafft eine materielle Verbindung zwischen Direkt- und Verhältnismandaten, die sich in den Parteidivisoren niederschlägt. Dem gesetzten Ziel, eine "mit der Personenwahl verbundene Verhältniswahl" zu schaffen, wird besser Genüge getan als bisher.

Bisher werden zunächst die beiden Komponenten der Personenwahl und der Verhältniswahl *unverbunden* ausgewertet und danach die so zu Stande gekommenen Sitzzahlen miteinander abgeglichen. Wenn es bei dem Abgleich hapert, verbleiben Überhangmandate. Beispiel 2005: Auf je 76 500 SPD-Zweitstimmen entfiel rund ein SPD-Sitz; es verblieben neun Überhangmandate. Überhangmandate können ihrerseits ein negatives Stimmgewicht für die Wähler und Wählerinnen nach sich ziehen.

Die vorgeschlagene Änderung garantiert, dass die einer Landesliste zugewiesenen Sitze immer ausreichen, um alle Wahlkreissieger zum Zuge kommen zu lassen. Für die Wahl von 2005 zeigt dies **Anhang 1**: Je 80 000 SPD-Zweitstimmen begründen rund einen SPD-Sitz, außer wenn in einem Land die Direktmandatsgewinne mehr erfordern. Überhangmandate und negative Stimmgewicht werden in den Untertzuteilungen zu einem Relikt der Vergangenheit.

## Einzelheiten

Der Änderungsvorschlag formuliert die für die Untertzuteilungen durchzuführenden Rechenschritte als Divisorverfahren. Dies erlaubt eine griffige und anschauliche Weitergabe des Ergebnisses in der Form: *Auf je  $x$  Stimmen entfällt rund ein Sitz, außer die Direktmandatsgewinne erfordern mehr.* Will man eher Einblick in die Bestimmung des Divisors (Wahlschlüssels) geben, kann man (zweitens) das Verfahren auch als Höchstzahlmethode darstellen, wie es **Anhang 2** am Beispiel SPD 2005 vormacht. Oder man folgt (drittens) der Beschreibung als Rangmaßzahlverfahren wie im Bundestagshandbuch. Meines Erachtens [8] gehören solche Vollzugsdetails nicht in das Wahlgesetz, sondern in die Wahlordnung.

Der Änderungsvorschlag unterscheidet die *Oberzuteilung* auf Bundesebene, bei der alle 598 Sitze im Verhältnis der Stimmenerfolge den Parteien zugeteilt werden, von den *Untertzuteilungen*, die für eine jede Partei ihre Sitze an die Landeslisten weiter reichen. Während das geltende Gesetz durch die (kaum verständlichen) Rückbezüge in §§6–7 für beide Stufen dieselbe Regelung vorgibt, kann der Gesetzgeber nun bei der ersten, unitarischen Zuteilungsstufe anders verfahren als bei der zweiten, föderalen Stufe. Der Vorschlag macht von dieser Gestaltungsmöglichkeit Gebrauch und beschränkt die Änderungen minimalistisch nur auf die Untertzuteilungen, siehe auch [9].

## Denkbare zukünftige Ergänzungen

Der Änderungsvorschlag lässt es zu, dass bei der Oberzuteilung auf Bundesebene— auch wenn das noch nie der Fall war—Überhangmandate auftreten könnten. Für deren Vermeidung wäre unseres Erachtens [16] die beste Lösung, die Gesamtsitzzahl zu vergrößern, bis der angestrebten Verhältnismäßigkeit Raum gegeben wird.

Da der Änderungsvorschlag im Gesetz eine materielle Verbindung zwischen Direkt- und Verhältnismandaten herstellt, *bevor* es zur Sitzzuteilung kommt, findet der bisherige Antagonismus zwischen Direkt- und Verhältnismandaten ein Ende. Die Verbindung— einmal etabliert—kann dann auch *nach* der Sitzzuteilung zu Problemlösungen beitragen. Bei einem frei werdenden Mandat kann meines Erachtens [17] *immer* aus der betroffenen Landesliste nachgerückt werden.

Auch wenn jegliches negative Stimmgewicht zukünftig vermieden wird, bleiben Nachwahlen wie die in Dresden in jedem Fall ein massiver Stolperstein: Der größte Teil der Bürger wählt unter gänzlich anderen Bedingungen als ein kleiner Rest. Die materielle Verbindung zwischen Direkt- und Verhältnismandaten eröffnet auch hier neue Lösungswege. Um Nachwahlen aus dem Weg zu räumen, ließen sich ausgefallene Wahlkreisbewerber aus der Liste ersetzen. Zwar wäre auch dieser Weg nicht perfekt, aber einen tadellosen Königsweg für die Nachwahl-Problematik gibt es nicht.

Professor Dr. Friedrich Pukelsheim

**Anhang 1: Sitzzuteilung 2005 gemäß BT-Drucksache 16/11885.**

**Anhang 2: Direktmandatsbedingte Divisormethode mit Standardrundung.**

**Anhang 3: Literaturanmerkungen.**

**Anhang 1: Sitzzuteilung 2005 gemäß BT-Drucksache 16/11885.**

Die Oberzuteilung im Bund benutzt die bestehende Divisormethode mit Standardrundung (Sainte-Laguë/Schepers). Die Untertzuteilungen an die Landeslisten beruhen auf der neuen *direktmandatsbedingten* Variante (Augsburger Zuteilungsverfahren).

16. Wahlperiode	SPD	CDU	FDP	LINKE	GRÜNE	CSU
<i>Oberzuteilung von 598 Mandaten an die Parteien (Bundesdivisor = 76 000)</i>						
Bund	16 194 665	13 136 740	4 648 144	4 118 194	3 838 326	3 494 309
18. Sep. 2005	213	173	61	54	51	46
<i>Untertzuteilungen an die Landeslisten</i>						
Schleswig-Holstein	655 361 5√8=8-1	624 510 6√8=8	173 320 2	78 755 1	144 712 1	
Mecklenburg-Vorpommern	314 830 4√4=4	293 316 3√4=4	62 049 1	234 702 3	39 379 1	
Hamburg	365 546 6√5=6	272 418 3-1	84 593 1	59 463 1	140 751 2	
Niedersachsen	2 058 174 25√26=26-1	1 599 947 4√20=20-1	426 341 6	205 200 3	354 853 5	
Bremen	155 366 2√2=2	82 389 1	29 329 0	30 570 0	51 600 1	
Brandenburg	561 689 10√7=10	322 400 4	107 736 1	416 359 5	80 253 1	
Sachsen-Anhalt	474 909 10√6=10	357 663 5	117 155 2	385 422 5	59 146 1	
Berlin	637 674 7√8=8	408 715 1√5=5	152 157 2	303 630 3√4=4	254 546 1√3=3	
Nordrhein-Westfalen	4 096 112 40√51=51-3	3 524 351 24√44=44-2	1 024 924 13	529 967 7	782 551 10	
Sachsen	649 807 3√8=8	795 316 14√10=14	269 623 4	603 824 8	126 850 2	
Hessen	1 197 762 13√15=15-1	1 131 496 8√14=14-1	392 123 5	178 913 2	340 288 5	
Thüringen	432 778 6√5=6	372 435 3√5=5	115 009 1	378 340 5	69 976 1	
Rheinland-Pfalz	822 074 5√10=10-1	877 632 10√11=11-1	278 945 4	132 154 2	172 900 2	
Bayern	1 806 548 1√23=23-1		673 817 9	244 701 3	559 941 7	3 494 309 44√46=46
Baden-Württemberg	1 754 834 4√22=22-1	2 283 085 33√29=33	693 835 9	219 105 3	623 091 8	
Saarland	211 201 4√3=4	191 067 2-1	47 188 1	117 089 2	37 489 0	
<i>Parteidivisor</i>	<i>80 000</i>	<i>79 300</i>	<i>77 000</i>	<i>77 000</i>	<i>75 000</i>	<i>76 000</i>

Der Saarland-Eintrag  $4 \vee 3 = 4$  für die SPD besagt, dass 4 Direktmandate verbunden sind mit 3 Verhältnismandaten; die größere Zahl hat Bestand (4). Die 3 Verhältnismandate resultieren aus Teilung der Zweitstimmen (Landeslisten-Stimmen) durch den SPD-Parteidivisor und Rundung ( $211\,201/80\,000 = 2.64 \rightarrow 3$ ). Einträge der Art  $0 \vee 2 = 2$  sind auf 2 verkürzt, Saldi zum Status quo in kleiner Schrift angefügt.

**Anhang 2: Direktmandatsbedingte Divisormethode mit Standardrundung (Augsburger Zuteilungsverfahren).**

Die Zuteilung der Sitze an die Landeslisten einer Partei lässt sich in alter Tradition nach fallenden Höchstzahlen reihen. Die Stimmen werden durch 0.5, 1.5, usw. geteilt und die Sitze in Reihung der Höchstzahlen zugewiesen, die auf die Direktmandatsgewinne (Dir) folgen. Die Tabelle zeigt am Beispiel der SPD bei der Wahl 2005, wie dieses Vorgehen zu den Sitzzahlen in Anhang 1 führt.

2005 SPD Sitze Teiler	SH	MV	HH	NI	HB	BB	ST	BE	NW	SN	HE	TH	RP	BY	BW	SL
1	0.5	Dir	Dir	Dir	Dir	Dir	Dir	Dir	Dir	Dir	Dir	Dir	Dir	Dir	Dir	Dir
2	1.5	Dir	Dir	Dir	Dir	Dir	Dir	Dir	Dir	Dir	Dir	Dir	Dir	1 204 365	Dir	Dir
3	2.5	Dir	Dir	Dir	62 146	Dir	Dir	Dir	Dir	Dir	Dir	Dir	Dir	722 619	Dir	Dir
4	3.5	Dir	Dir	Dir	Dir	Dir	Dir	Dir	Dir	185 659	Dir	Dir	Dir	516 157	Dir	Dir
5	4.5	Dir	Dir	Dir	Dir	Dir	Dir	Dir	Dir	144 402	Dir	Dir	Dir	401 455	389 963	46 934
6	5.5	119 157	Dir	Dir	Dir	Dir	Dir	Dir	Dir	118 147	Dir	Dir	149 468	328 463	319 061	
7	6.5	100 825	56 238	Dir	Dir	Dir	Dir	Dir	Dir	99 970	Dir	66 581	126 473	277 930	269 974	
8	7.5	87 381		Dir	Dir	Dir	85 023	Dir	Dir	86 641	Dir	109 610	240 873	233 978		
9	8.5	77 101		Dir	Dir	Dir	75 021	Dir	Dir	76 448	Dir	96 715	212 535	206 451		
10	9.5			Dir	Dir	Dir	Dir	Dir	Dir		Dir	86 534	190 163	184 719		
11	10.5			Dir	53 494	45 229					Dir	78 293	172 052	167 127		
12	11.5			Dir							Dir		157 091	152 594		
13	12.5			Dir							Dir		144 524	140 387		
14	13.5			Dir							88 723		133 818	129 988		
15	14.5			Dir							82 604		124 590	121 023		
16	15.5			Dir							77 275		116 551	113 215		
17	16.5			Dir									109 488	106 354		
18	17.5			Dir									103 231	100 276		
19	18.5			Dir									97 651	94 856		
20	19.5			Dir									92 643	89 991		
21	20.5			Dir									88 124	85 602		
22	21.5			Dir									84 025	81 620		
23	22.5			Dir									80 291	77 993		
24	23.5			Dir									76 874			
25	24.5			Dir												
26	25.5		80 713	Dir												
27	26.5		77 667	Dir												
—	—		—	—												
51	50.5			81 111												
52	51.5			79 536												

Griffiger ist die—ergebnisgleiche—Beschreibung als Divisormethode: *Auf je 80 000 SPD-Zweitstimmen entfällt rund ein Sitz, außer die Direktmandatsgewinne erfordern mehr.* Als Divisor (Wahlschlüssel) mag jede Zahl dienen, die zwischen der ersten unbenutzten Höchstzahl (NW: 79 536) und der letzten benutzten (BY: 80 291) liegt. In diesem Bereich sticht 80 000 als schöner Wert hervor.

### Anhang 3: Literaturanmerkungen.

Eine mit der Personenwahl verbundene Verhältniswahl wurde meines Wissens als erstes 1902 von Geyerhahn entwickelt, einschließlich Varianten zur Vermeidung von Überhangmandaten. Jeder Wähler hatte eine Stimme, die zweifach ausgewertet wurde.

- [1] Siegfried Geyerhahn: *Das Problem der verhältnismässigen Vertretung—Ein Versuch seiner Lösung*. Tübingen, 1902 [12, 30].

Dasselbe Wahlsystem propagierte Heile 1926 in einem Zeitungsartikel.

- [2] Wilhelm Heile: “Ein Vorschlag zur Wahlreform.” *Frankfurter Zeitung und Handelsblatt*, Nr. 75 vom 29. Januar 1926.

Ein Jahr zuvor hatte Thoma ein Zweistimmen-System vorgeschlagen.

- [3] Richard Thoma: “Die Reform des Reichstags.” *Germania—Zeitung für das deutsche Volk*, Morgenausgaben Nr. 200 vom 30. April 1925 und Nr. 202 vom 1. Mai 1925. Auch als Sonderdruck, Heidelberg, 1925.

Nach dem Krieg arbeitete Heile im Ausschuss für Wahlrechtsfragen des Parlamentarischen Rates mit. Thoma hielt dort in der zweiten Sitzung als Sachverständiger ein Referat “Über die Geschichte des Verhältniswahlrechts”, in dem er sein Zweistimmen-System eindringlich darstellte.

- [4] Harald Rosenbach: *Der Parlamentarische Rat 1948–1949, Akten und Protokolle. Band 6: Ausschuss für Wahlrechtsfragen*. Boppard am Rhein, 1994 [XXIII, 25, 106].

Meyer wies 1994 erstmals darauf hin, dass Überhangmandate aus Wählersicht ein negatives Stimmgewicht nach sich ziehen können.

- [5] Hans Meyer: “Der Überhang und anderes Unterhaltsames aus Anlass der Bundestagswahl 1994.” *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 77 (1994) 312–362 [321].

In einem Gesetzentwurf der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen wurde 1996 ein Weg aufgezeigt, Überhangmandate (und damit negative Stimmgewichte) zu vermeiden. Der Rechenweg war ergebnisgleich zum jetzigen, aber umständlicher formuliert.

- [6] BT-Drucksache 13/5575 vom 24. September 1996.

Schon seit 1998 wird die direktmandatsbedingte Variante, die mit der Divisormethode mit *Abrundung* (D’Hondt/Hagenbach-Bischoff) einher geht, für die Wahl zum Schottischen Parlament praktiziert.

- [7] Internet: [www.opsi.gov.uk/acts/acts1998/ukpga\\_19980046\\_en\\_2](http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1998/ukpga_19980046_en_2)

Dagegen baut die vorgelegte BT-Drucksache 16/11885 auf der geltenden Divisormethode mit Standardrundung (Sainte-Laguë/Schepers) auf und benutzt die zu dieser Methode gehörige direktmandatsbedingte Variante (Augsburger Zuteilungsverfahren).

Zwei Vorschläge meinerseits sollen mithelfen, die entsprechenden Systemänderungen transparent, berechenbar und abstrakt-generell auszugestalten und somit eine normenklare und verständliche Grundlage zu schaffen:

- [8] “Die Divisormethode mit Standardrundung (Sainte-Laguë/Schepers): Verfahrensnorm, Vollzugshinweise, Erläuterungsbeispiele.” 20. August 2007, Internet: [www.uni-augsburg.de/bazi/DivStd.pdf](http://www.uni-augsburg.de/bazi/DivStd.pdf).
- [9] “Vorschlag für §6–7 BWahlG zur Vermeidung negativer Stimmgewichte.” 22. September 2008, Internet: [www.uni-augsburg.de/pukelsheim/2008Berlin/VorschlagBWahlG.pdf](http://www.uni-augsburg.de/pukelsheim/2008Berlin/VorschlagBWahlG.pdf).

In mehreren Aufsätzen\* habe ich die Variante an Hand der Wahlen 1994, 2002 und 2005 erläutert, die verfügbaren Rechenwege bewertet und alternative Regelungen aufgezeigt.

- [10] “Mandatzuteilungen bei Verhältniswahlen: Vertretungsgewichte der Mandate.” *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 83 (2000) 76–103 [100].
- [12] “Erfolgswertgleichheit der Wählerstimmen? Der schwierige Umgang mit einem hehren Ideal.” *Stadtforschung und Statistik* 16 (2003) 56–61 [59].
- [13] “Erfolgswertgleichheit der Wählerstimmen zwischen Anspruch und Wirklichkeit.” *Die Öffentliche Verwaltung* 57 (2004) 405–413 [411].
- [14] “Das Kohärenzprinzip, angewandt auf den Deutschen Bundestag.” *Spektrum der Wissenschaft*, Heft 3/2004, 96.
- [15] “Stellungnahme zur Neuverteilung der Sitze im Vermittlungsausschuss vor dem Hintergrund des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 8. Dezember 2004.” Deutscher Bundestag, Ausschuss für Wahlprüfung, Immunität und Geschäftsordnung, Ausschussdrucksache 15 - G - 46 vom 2. März 2005 [11]. Überarbeitungen (mit Sebastian Maier): “Eine schonende Mehrheitsklausel für die Zuteilung von Ausschusssitzen.” *Zeitschrift für Parlamentsfragen* 36 (2005) 763–772 [772]. “A gentle majority clause for the apportionment of committee seats.” Seiten 177–188 [187] in: *Mathematics and Democracy—Recent Advances in Voting Systems and Collective Choice*. Berlin, 2006.
- [16] “Current issues of apportionment methods.” Seiten 167–176 [173] in: *Mathematics and Democracy—Recent Advances in Voting Systems and Collective Choice*. Berlin, 2006.
- [17] (Mit Sebastian Maier) Parlamentsvergrößerung als Problemlösung für Überhangmandate, Pattsituationen und Mehrheitsklauseln. *Zeitschrift für Parlamentsfragen* 39 (2008) 312–322 [315].
- [18] Bundeswahlgesetz—Nächste Etappe. *Deutsches Verwaltungsblatt* 123 (2008) 889–897 [891, 895].

---

\* Als Volltexte unter [www.uni-augsburg.de/pukelsheim/publikationen.html](http://www.uni-augsburg.de/pukelsheim/publikationen.html) abrufbar.

**Innenausschuss**  
**A-Drs. 16(4)592 E**

Bremen, den **28. April 2009**

**Stellungnahme**

anlässlich der Anhörung des Innenausschusses des Deutschen Bundestages am 4. Mai 2009  
zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Bundeswahlgesetzes

**BT-Drucksache 16/11885**

**I.**

**Die Fristsetzung durch das Bundesverfassungsgericht**

Das Bundesverfassungsgericht hat dem Gesetzgeber aufgetragen, bis zum 30. Juni 2011 eine verfassungsgemäße Regelung zu treffen, die ein negatives Stimmgewicht vermeidet. Es hat diese Frist ohne jeden Vorbehalt gesetzt. Verfassungsrechtlich ist der Gesetzgeber somit frei, die Frist auszunutzen, ohne dadurch eine erfolgreiche Wahlanfechtung nach der Wahl zum 17. Deutschen Bundestag zu riskieren.

Dies gilt selbst dann, wenn bei der Wahl am 27. September 2009 Überhangmandate in einer so hohen Zahl anfallen sollten, dass nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – unabhängig vom negativen Stimmgewicht – die Gleichheit der Wahl verletzt wäre. Nach Auffassung der vier die Entscheidung vom 10. April 1997 tragenden Richter darf die Zahl der Überhangmandate wohl nicht die Grenze von fünf Prozent der regulären Sitzzahl überschreiten (BVerfGE 95, 335, 365 f.). Diese Grenze wäre bei dreißig Überhangmandaten erreicht. In einem Beschluss vom 15. Januar 2009 hat das Bundesverfassungsgericht jedoch klargestellt, dass es sich zur Frage der grundsätzlichen Verfassungswidrigkeit von Überhangmandaten erst wieder auf Grundlage der vom Gesetzgeber nun neu zu treffenden Regelung äußern werde (BVerfG, 2 BvC 4/04 vom 15.1.2009, Absatz-Nr. 27).

Sowohl hinsichtlich des negativen Stimmgewichts als auch der Überhangmandate an sich ist also die kommende Bundestagswahl verfassungsrechtlich nicht angreifbar, auch wenn der

Gesetzgeber es vorerst bei der für verfassungswidrig erklärten Regelung der §§ 6 und 7 BWahlG beließe.

Man kann sogar die Frage stellen, ob eine Änderung des Bundeswahlgesetzes so kurz vor der Wahl jetzt noch zulässig wäre. Nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts müsse „das reguläre Gesetzgebungsverfahren [...] spätestens im April 2009 abgeschlossen sein, damit das neue Recht bei den Vorbereitungen zur Wahl zum 17. Deutschen Bundestag berücksichtigt werden könnte“ (BVerfG, 2 BvC 1/07 vom 3.7.2008, Absatz-Nr. 144). Es handelt sich hierbei jedoch nicht um einen tragenden Grund der Entscheidung, der für den Gesetzgeber bindend wäre. Auch ist nicht recht ersichtlich, warum ausgerechnet der April hier eine zeitliche Grenze darstellen soll. Die Kandidatenaufstellung zur Wahl am 27. September ist seit Sommer 2008 im Gange und bei den im Bundestag vertretenen Parteien größtenteils längst abgeschlossen. Die „heiße Phase“ der Wahlvorbereitung beginnt hingegen erst Ende Juni, wenn die Frist zur Beteiligungsanzeige abläuft, bzw. Ende Juli, wenn die Wahlvorschläge eingereicht sein müssen.

In der Geschichte der Bundestagswahlen hat es wesentlich kurzfristigere Änderungen am Wahlsystem unmittelbar vor dem Wahltag gegeben. So wurde erst neun Tage vor der Bundestagswahl 1949 eine Regelung aus dem Gesetz gestrichen, die im Falle von Überhangmandaten die Zuteilung von Ausgleichsmandaten vorsah. Nur sechs Wochen vor der Bundestagswahl 1990 mussten die Fünfprozent-Sperrklausel sowie die Bestimmungen über Listenverbindungen aufgrund eines Urteils des Bundesverfassungsgerichts neu geregelt werden.

Im Gegensatz zum letztgenannten Fall hätte eine Annahme des vorliegenden Gesetzentwurfs aus Sicht der Parteien keine Auswirkungen auf die Frage, ob und mit welchen Bewerbern man zur Wahl antreten sollte. Auch das Ende Juni beginnende Zulassungsverfahren wäre von einer Neuregelung der §§ 6 und 7 BWahlG nicht betroffen. Verfassungsrechtlich spricht also nichts dagegen, die notwendige Anpassung des Bundeswahlgesetzes bis zum Beginn der parlamentarischen Sommerferien Anfang Juli noch vorzunehmen.

## **II.**

### **Notwendigkeit einer Neuregelung vor der Bundestagswahl**

Obgleich der Gesetzgeber also verfassungsrechtlich nicht gezwungen ist, noch vor der Bundestagswahl im September tätig zu werden, spricht verfassungspolitisch doch alles dafür, bereits die kommende Wahl vom Makel des negativen Stimmgewichts zu befreien.

Zunächst täte es natürlich der Legitimation des 17. Deutschen Bundestags nicht gut, wenn sich eine vom Bundesverfassungsgericht bereits für verfassungswidrig erklärte Regelung möglicherweise wahlentscheidend auswirken würde.

Darüber hinaus ist aber vor allem zu bedenken, dass der Effekt des negativen Stimmgewichts durch das Urteil nun weiten Teilen der interessierten Öffentlichkeit bekannt ist und somit erheblichen Einfluss auf das Wahlverhalten haben könnte. Entgegen anderslautender Meinungen ist der Effekt nämlich durchaus vorhersehbar: **Immer** wenn es zu Überhangmandaten in einem Bundesland kommt, wirken sich Zweitstimmen für die betroffene Partei tendenziell negativ aus. Zwar weiß man vor der Wahl nicht hundertprozentig, wo für welche Partei Überhangmandate anfallen, doch sie kommen auch nicht aus heiterem Himmel. Anhand von Erfahrungen bei vergangenen Bundestagswahlen und aktuellen Wahlumfragen lassen sich sehr wohl Aussagen darüber treffen, in welchen Bundesländern für welche Parteien Überhangmandate möglich oder gar wahrscheinlich sind. Diese pure Wahrscheinlichkeit des Anfallens von Überhangmandaten reicht aber schon aus, um als rational handelnder Wähler auf die – womöglich schädlich wirkende – Zweitstimme für die bevorzugte Partei zu verzichten und stattdessen die nächstpräferierte Partei zu wählen.

Es ist nicht absehbar, in welchem Maße die Wähler durch die Berichterstattung in den Medien über den Effekt des negativen Stimmgewichts generell und konkret auf bestimmte Bundesländer bezogen im Vorfeld der Wahl informiert werden. Das Schattendasein, das das negative Stimmgewicht in der öffentlichen Wahrnehmung bis zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts fristete, dürfte jedenfalls vorbei sein. Angesichts der Kuriosität des Effekts werden viele Journalisten nicht davor zurückschrecken, dieses komplizierte Thema aufzugreifen. Möglicherweise werden sie sich dabei sogar auf Überhangmandats-Prognosen der bekannten Meinungsforschungsinstitute berufen können. Das Forsa-Institut hat beispielsweise schon vor einigen Monaten eine Prognose veröffentlicht, in welchen Bundesländern mit Überhangmandaten für welche Parteien zu rechnen ist. Inwieweit sich derartige Vorhersagen dann nach der Wahl tatsächlich als zutreffend erweisen, ist für ihren Einfluss vor der Wahl nicht ausschlaggebend.

Das Ergebnis der Nachwahl in Dresden im Jahre 2005 hat einen Vorgeschmack darauf gegeben, in welchem Maße die Wähler bereit sind, sich in ihrem Wahlverhalten von taktischen Erwägungen aufgrund des negativen Stimmgewichts beeinflussen zu lassen. Zwar sahen sich die dortigen Wähler nicht nur mit einer Wahrscheinlichkeit, sondern geradezu mit einer Ge-

wissheit konfrontiert, dass Zweitstimmen für die CDU eine negative Wirkung hätten. Doch andererseits stand ebenso fest, dass der Wahlausgang insgesamt durch die Auswirkungen der Nachwahl nicht mehr entscheidend beeinflusst werden konnte. Daher ist nicht völlig auszuschließen, dass das negative Stimmgewicht als potentiell wahlentscheidender Faktor bei der Bundestagswahl 2009 einen ähnlich großen Einfluss auf das Wählerverhalten haben wird wie bei der Nachwahl 2005 in Dresden.

Im Übrigen kann sich keine Partei und kein politisches Lager im Vorfeld sicher sein, von der Beibehaltung der bestehenden Regelung zu profitieren. Bereits die Annahme, vor allem die großen Parteien seien Nutznießer des geltenden Verfahrens, greift zu kurz. Denn zunächst einmal werden die Wähler auf den Effekt des negativen Stimmgewichts so reagieren, indem sie Union und SPD weniger Zweitstimmen geben, die stattdessen vor allem an FDP und GRÜNE fallen dürften. Ob die großen Parteien als Ausgleich entsprechend mehr Überhangmandate erhalten, ist vergleichsweise ungewiss. Und selbst wenn: Für die Mehrheitsverhältnisse bei der Sitzverteilung werden die Überhangmandate vielleicht gar nicht ausschlaggebend sein, der Verlust an Zweitstimmen wirkt sich aber auf jeden Fall negativ auf den Prozentwert aus, der am Wahlabend und danach von der Öffentlichkeit als entscheidender Indikator für den Wahlerfolg bewertet werden wird.

Insbesondere die CDU sollte sich nicht von der aktuell vorherrschenden Meinung, die bestehende Rechtslage wirke sich bei der kommenden Wahl wahrscheinlich zu ihren Gunsten aus, in die Irre führen lassen. Zwar sprechen in der Tat die aktuellen Umfragedaten dafür, dass die Union diesmal auf wesentlich mehr Überhangmandate hoffen kann als die SPD. Aber sollten die Wähler im September tatsächlich so abstimmen, wie es die Umfragen derzeit vorhersagen, dann werden aus Sicht der Union gar keine Überhangmandate benötigt, um zusammen mit der FDP die Mehrheit der Sitze zu erringen. Stattdessen könnten die Überhangmandate die Position der Union innerhalb der Koalition eher schwächen, da das negative Stimmgewicht die Wähler unter diesen Umständen zu einem noch stärkeren Stimmensplitting zugunsten der FDP animieren würde. Sollte es hingegen der SPD gelingen, bis zur Wahl auf Kosten von „Schwarz-Gelb“ einige Prozentpunkte zuzulegen, wäre es ohnehin wieder völlig offen, welche der großen Parteien mehr Überhangmandate erzielen wird.

So oder so gilt: Niemand kann wirklich ein politisches Interesse an der Beibehaltung der bestehenden Gesetzeslage haben, da nicht absehbar ist, wie sich der nunmehr in die Höhe geschossene Bekanntheitsgrad des negativen Stimmgewichts auf das Wahlergebnis auswirken wird. Sollten die Wähler aufgrund entsprechender Informationen durch die Medien regen Ge-

brauch von taktischem Stimmensplitting machen, droht ein verzerrtes Wahlergebnis, dem kaum noch die tatsächlichen Parteipräferenzen in der Bevölkerung zu entnehmen sind. Dies wäre eine schwere Hypothek für etwaige Koalitionsverhandlungen.

### III.

#### **Der vorliegende Gesetzentwurf**

Der Gesetzentwurf in BT-Drucksache 16/11885 entspricht den Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts einer verfassungsgemäßen Neuregelung, die negatives Stimmgewicht vermeidet. Der Entwurf erreicht dies, indem er jeder Landesliste bei der Unterteilung nach § 7a des Entwurfs mindestens so viele Sitze zuteilt, wie die Partei im jeweiligen Bundesland Direktmandate erworben hat. Den übrigen Landeslisten dieser Partei werden durch Heraufsetzung des Parteidivisors entsprechend weniger Sitze zugeteilt (§ 7a Absatz 7 des Entwurfs). Etwaige Überhangmandate werden also innerhalb der betroffenen Partei kompensiert. Ein Weniger an Zweitstimmen in einem bestimmten Bundesland kann sich nun nicht mehr positiv für die Partei auswirken, ein Mehr an Zweitstimmen nicht mehr negativ.

Die partei-interne Kompensation von Überhangmandaten stellt die beste Möglichkeit dar, dem Problem des negativen Stimmgewichts Herr zu werden. Zwar geht mit der Kompensation aus den anderen Landeslisten der Partei eine Störung des partei-internen Länderproporz einher, weil die betroffenen Landeslisten weniger Sitze erhalten, als es ihrem Zweitstimmenanteil eigentlich entspräche. Im Vergleich zur durch die Überhangmandate ohnehin schon bedingten Störung des Länderproporz fällt diese Beeinträchtigung jedoch wesentlich geringer aus, da sie sich auf die nicht überhängenden Landeslisten gleichmäßig – entsprechend ihres jeweiligen Zweitstimmenanteils – verteilt. Zudem tritt diese zusätzliche Proporzstörung nur dann ein, wenn es tatsächlich zu einem Überhang innerhalb der Partei kommt. Anderenfalls ändert der im Gesetzentwurf vorgesehene Rechenweg nichts an dem Ergebnis nach der geltenden Rechtslage. Schließlich wird der Länderproporz nur insoweit beeinträchtigt, wie dies zur Kompensation etwaiger Überhänge unbedingt erforderlich ist. Die im Gesetzentwurf vorgesehene Nachrücker-Regelung führt die Störung des Länderproporz während der Wahlperiode zurück, sofern dies durch das Ausscheiden von Abgeordneten aus dem Überhang-Land möglich ist (§ 48 Absatz 1 Satz 4 des Entwurfs).

Letztlich ist also abzuwägen, welchen Regelungszielen ein höheres Gewicht beizumessen ist: Dem partei-internen Länderproporz einerseits oder dem bundesweiten Parteienproporz sowie

der Vermeidung negativen Stimmgewichts andererseits. Diese Abwägung geht ganz eindeutig zugunsten der letztgenannten Ziele aus.

Hinsichtlich der dem Gesetzgeber zur Verfügung stehenden Alternativen und ihrer Nachteile kann an dieser Stelle auf den Info-Brief „Negative Stimmgewichte und die Reform des Bundestags-Wahlrechts“ des Wissenschaftlichen Dienstes des Deutschen Bundestags verwiesen werden. Die vom vorliegenden Gesetzentwurf gewählte Lösung erweist sich dabei als vorzugswürdig gegenüber allen anderen Möglichkeiten.

Auch handwerklich ist der Gesetzentwurf geeignet, der kommenden Bundestagswahl eine gesicherte Rechtsgrundlage zu bieten. Insbesondere berücksichtigt er die notwendigen Folgeänderungen in den §§ 3, 29 und 46. Lediglich drei kleinere Mängel sollten vor der Verabschiedung des Gesetzentwurfs noch behoben werden:

- Der Fall einer erschöpften Landesliste ist zwar in der Nachrücker-Regelung in § 48 Absatz 1 Satz 7 und 8 des Entwurfs berücksichtigt. Es fehlt aber eine entsprechende Regelung für den Fall, dass eine Landesliste bereits bei Feststellung des Wahlergebnisses erschöpft ist (bisher § 6 Absatz 4 Satz 3 BWahlG). Sie sollte in § 7a Absatz 6 des Entwurfs hinzugefügt werden. Dabei ist es sinnvoll, wie in § 48 Absatz 1 Satz 7 den Sitz der erschöpften Landesliste an eine andere Landesliste zu vergeben. Dies verhindert zum einen negatives Stimmgewicht, entspricht zum anderen der durch die neue Direktmandatsverrechnung engeren Verbindung der Landeslisten einer Partei.
- In § 6 Absatz 3 des Entwurfs ist die Rede von „Erstimmen“ (statt „Erststimmen“) und von Landeslisten, die für einen Bewerber (statt für eine Partei) zugelassen sind. Außerdem sollen pauschal „die Stimmen“ der genannten Wähler nicht berücksichtigt werden, tatsächlich sind es aber natürlich nur die Zweitstimmen. Dieser Absatz bedarf daher einer Überarbeitung.
- In § 48 fehlt – wie auch im geltenden Gesetz – eine eindeutige Regelung, was mit freiwerdenden Sitzen passieren soll, die erfolgreiche Wahlkreisbewerber innehatten, deren Partei an der Sperrklausel gescheitert ist. Diese Konstellation ist bei der Bundestagswahl 2002 in zwei Berliner Wahlkreisen aufgetreten. Letztlich handelt es sich hierbei um externe Überhangmandate, da die Zahl der von der Partei errungenen Direktmandate die Zahl der ihr aufgrund ihrer Zweitstimmen zustehenden Sitze (null)

übersteigt. Im Falle des Ausscheidens eines so gewählten Abgeordneten sollte der Sitz also ebenso unbesetzt bleiben wie bei externen Überhangmandaten nach § 7 Absatz 6 des Entwurfs. Nicht sinnvoll wäre es hingegen, die Zweitstimmen der betroffenen Wähler von der Sitzverteilung auszuschließen, wie dies bei den Wählern von erfolgreichen Einzelbewerbern vorgesehen ist. Denn während bei Einzelkandidaten von vornherein feststeht, dass das Direktmandat nicht mit irgendwelchen Zweitstimmenmandaten verrechnet werden kann, ergibt sich dies bei erfolgreichen Wahlkreisbewerbern, deren Partei an der Sperrklausel scheitert, erst aufgrund des Wahlergebnisses. Auch insoweit ist die Situation eher mit „herkömmlichen“ externen Überhangmandaten vergleichbar, bei denen eine Nichtberücksichtigung von Zweitstimmen ebenfalls nicht stattfindet.

In diesem Zusammenhang ist anzumerken, dass der vorliegende Gesetzentwurf zurecht darauf verzichtet, den Umgang mit externen Überhangmandaten (§ 7 Absatz 6 des Entwurfs) neu zu regeln. Hierzu bestünde kein Anlass. Externe Überhangmandate entstehen bereits bei der Oberverteilung der Sitze auf die Parteien und können kein negatives Stimmgewicht verursachen. Auch hinsichtlich ihrer proporzverzerrenden Wirkung sind sie nach Ansicht aller acht Richter im Überhangmandatsurteil des Bundesverfassungsgerichts von 1997 unbedenklich (BVerfGE 95, 335, 401). Anders als die zu negativem Stimmgewicht führenden internen Überhangmandate lassen sich externe Überhangmandate zudem nicht partei-intern kompensieren. Um die Proporzverzerrung aufzuheben, müsste man daher Ausgleichsmandate vorsehen. Hiervon sollte der Gesetzgeber aber jedenfalls zum jetzigen Zeitpunkt absehen. Denn auf Grundlage der aktuellen politischen Verhältnisse ist das Anfallen externer Überhangmandate unwahrscheinlich, am ehesten noch bei der CSU in Bayern möglich. Für ein Überhangmandat einer Partei, die wie die CSU bundesweit unter zehn Prozent der Zweitstimmen liegt, sind aber wesentlich mehr Ausgleichsmandate erforderlich als für ein Überhangmandat einer bundesweit größeren Partei. Die geringe Gefahr von externen Überhangmandaten rechtfertigt diese potentiell beträchtliche Aufblähung des Deutschen Bundestages nicht.

#### IV.

#### **Eigener Entwurf**

Nicht ganz zu Unrecht wurde dem vorliegenden Gesetzentwurf in der Ersten Lesung vorgeworfen, das vom Bundesverfassungsgericht vorgegebene Ziel, die §§ 6 und 7 BWahlG normklarer und verständlicher zu formulieren, verfehlt zu haben. Ursache hierfür ist vor allem die Darstellung des Divisorverfahrens mit Standardrundung in Form des iterativen Verfah-

rens, bei dem der Divisor so lange herauf- oder herabgesetzt wird, bis er passt. Da dies bei der Kompensation interner Überhangmandate mehrmals erforderlich ist, erscheint die Beschreibung des Verfahrens im Gesetzentwurf sehr umständlich. Hier bietet es sich an, den Rechenweg umzustellen auf ein Höchstzahlverfahren, das zu denselben Ergebnissen führt (vgl. BT-Drucksache 16/7461, Seite 12). Anders als beim d'Hondtschen Höchstzahlverfahren lautet die Divisorreihe beim Verfahren nach Sainte-Laguë nicht  $1 - 2 - 3 - 4$  usw., sondern  $0,5 - 1,5 - 2,5 - 3,5$  usw. Wie der unten stehende Entwurf zeigt, ermöglicht das Höchstzahlverfahren eine wesentlich kompaktere Formulierung des Gesetzes. Zur Darstellung des Rechenwegs verweise ich auf Seite 4 der Stellungnahme von Prof. Pukelsheim.

Der folgende Entwurf bereinigt außerdem die oben erwähnten Mängel der vorliegenden Drucksache 16/11885. Darüber hinaus sieht er die Abschaffung der Ersatzwahl im Falle eines ausscheidenden Einzelbewerbers in § 48 Absatz 2 vor. Eine solche Ersatzwahl führt zwangsläufig zu einem neuen externen Überhangmandat, da keine erneute Verrechnung mit den Listenmandaten der siegreichen Partei stattfinden kann, ohne einem Abgeordneten das Mandat wegzunehmen. Die bestehende Rechtslage widerspricht daher einer Neuregelung, die auf Vermeidung von Überhangmandaten abzielt. Dieses Detail ist sicherlich nicht dringend änderungsbedürftig, gehört aber zu dem vom Bundesverfassungsgericht durch die Entscheidungen vom 3. Juli 2008 und 15. Januar 2009 aufgerufenen Regelungskomplex und ist daher im folgenden Entwurf berücksichtigt.

Es bleibt dem Gesetzgeber natürlich unbenommen, zum jetzigen Zeitpunkt nur die zur Vermeidung des negativen Stimmgewichts unbedingt notwendigen Korrekturen vorzunehmen und sich in der kommenden Wahlperiode mit einer umfassenderen Reform des Bundeswahlgesetzes zu beschäftigen. Anlass hierzu geben zahlreiche in den letzten Jahren eingebrachte Gesetzentwürfe bis hin zur Empfehlung der Enquete-Kommission „Verfassungsreform“ von 1976, den Wählern mehr Einfluss auf die personelle Zusammensetzung des Bundestags einzuräumen.

## Entwurf eines Neunzehnten Gesetzes zur Änderung des Bundeswahlgesetzes

Der Bundestag hat das folgende Gesetz beschlossen:

### Artikel 1 Änderung des Bundeswahlgesetzes

Das Bundeswahlgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. Juli 1993 (BGBl. I S. 1288, 1594), das zuletzt durch das Gesetz vom 17. März 2008 (BGBl. I S. 394) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. Die Inhaltsübersicht wird wie folgt geändert:
  - a) Die Angabe zu den §§ 6 und 7 wird wie folgt gefasst:

„§ 6 Verteilung der Sitze an die Parteien auf Bundesebene (Oberverteilung)

§ 7 Verteilung der Sitze an die Landeslisten der Parteien (Unterverteilung)“
  - b) Die Angabe zu § 29 wird wie folgt gefasst:

„§ 29 (weggefallen)“
  - c) In der Angabe zu § 48 werden die Wörter „und Ersatzwahlen“ gestrichen.
2. In § 3 Absatz 1 Satz 1 Nr. 2 Satz 1 werden die Wörter „§ 6 Abs. 2 Satz 2 bis 7 für die Verteilung der Sitze auf die Landeslisten“ durch die Wörter „§ 6 Abs. 3 Satz 2 bis 4 für die Verteilung der Sitze auf die Parteien“ ersetzt.
3. Die §§ 6 und 7 werden wie folgt gefasst:

„§ 6  
Verteilung der Sitze an die Parteien  
auf Bundesebene (Oberverteilung)

(1) Für die Verteilung der nach Landeslisten zu besetzenden Sitze werden die für alle Landeslisten jeder Partei abgegebenen Zweitstimmen zusammengerechnet. Nicht berücksichtigt werden dabei die Zweitstimmen derjenigen Wähler, die ihre Erststimme für einen im Wahlkreis erfolgreichen Bewerber abgegeben haben, der von einer Wählergruppe gemäß § 20 Abs. 3 oder von einer Partei vorgeschlagen ist, für die im Wahlgebiet keine Landesliste zugelassen ist. Von der Gesamtzahl der Abgeordneten (§ 1 Abs. 1) wird die Zahl der erfolgreichen Wahlkreisbewerber abgezogen, die in Satz 2 genannt oder von einer nach Absatz 2 nicht zu berücksichtigenden Partei vorgeschlagen sind.

(2) Bei Verteilung der Sitze auf die Landeslisten werden nur Parteien berücksichtigt, die mindestens fünf vom Hundert der im Wahlgebiet abgegebenen gültigen Zweitstimmen erhalten o-

der in mindestens drei Wahlkreisen einen Sitz errungen haben. Satz 1 findet auf Parteien nationaler Minderheiten keine Anwendung.

(3) Die nach Absatz 1 Satz 3 verbleibenden Sitze werden auf die Parteien auf der Grundlage der nach Absatz 1 Sätze 1 und 2 zu berücksichtigenden Zweitstimmen verteilt. Für jede Partei wird eine Reihe von Höchstzahlen ermittelt, indem ihre Stimmzahl nacheinander zunächst durch 0,5 geteilt wird, dann durch 1,5, dann durch 2,5, dann durch 3,5 und so weiter. Die zu vergebenden Sitze werden auf die Parteien nach der parteiübergreifend absteigenden Reihenfolge der Höchstzahlen verteilt. Ergeben sich für den letzten Sitz oder die letzten Sitze gleiche Höchstzahlen für eine größere Anzahl von Parteien, als Sitze zu vergeben sind, entscheidet das vom Bundeswahlleiter zu ziehende Los.

(4) Von der für jede Partei so ermittelten Abgeordnetenzahl wird die Zahl der von der Partei in den Wahlkreisen errungenen Sitze abgerechnet. Die restlichen Sitze werden gemäß § 7 aus den Landeslisten dieser Partei besetzt.

(5) In den Wahlkreisen errungene Sitze verbleiben einer Partei auch dann, wenn sie die nach Absatz 3 ermittelte Zahl übersteigen. In einem solchen Fall erhöht sich die Abgeordnetenzahl (§ 1 Abs. 1) um die Unterschiedszahl (Überhangmandate); eine erneute Berechnung nach Absatz 3 findet nicht statt.

(6) Erhält eine Partei, auf die mehr als die Hälfte aller zu berücksichtigenden Zweitstimmen entfallen, nicht mehr als die Hälfte aller Sitze, so werden ihr so viele weitere Sitze zugeteilt, bis sie über eine absolute Sitzmehrheit verfügt. Die zusätzlichen Sitze werden gemäß § 7 aus den Landeslisten dieser Partei besetzt.

#### § 7

#### Verteilung der Sitze an die Landeslisten der Parteien (Unterverteilung)

(1) Die nach § 6 Abs. 4 Satz 2 und Abs. 6 Satz 2 noch zu vergebenden Sitze einer Partei werden auf die Landeslisten dieser Partei nach demselben Berechnungsverfahren verteilt, das nach § 6 Abs. 3 Satz 2 bis 4 für die Verteilung der Sitze auf die Parteien angewandt wird. Dabei wird für die in den Wahlkreisen des jeweiligen Landes errungenen Sitze der Partei die entsprechende Anzahl von Höchstzahlen einer Landesliste überschritten.

(2) Die sich hiernach ergebenden Sitze einer Landesliste werden in der dort festgelegten Reihenfolge besetzt. Bewerber, die in einem Wahlkreis gewählt sind, bleiben auf der Landesliste

unberücksichtigt. Entfallen auf eine Landesliste mehr Sitze als Bewerber benannt sind, so werden die Sitze aus den Landeslisten besetzt, auf die bei erneuter Anwendung von Absatz 1 die nächsten noch nicht berücksichtigten Höchstzahlen entfallen. Sind alle Landeslisten dieser Partei erschöpft, so bleiben die Sitze unbesetzt.“

4. § 29 wird aufgehoben.
5. § 45 wird wie folgt geändert:
  - a) Absatz 2 wird aufgehoben.
  - b) Der bisherige Absatz 3 wird Absatz 2.
6. In § 46 Absatz 2 wird die Angabe „§ 6 Abs. 4 Satz 3“ durch die Angabe „§ 7 Abs. 2 Satz 2“ ersetzt.
7. § 48 wird wie folgt gefasst:

„§ 48

Berufung von Listennachfolgern

(1) Wenn ein gewählter Bewerber stirbt oder dem Landeswahlleiter schriftlich die Ablehnung des Erwerbs der Mitgliedschaft erklärt oder wenn ein Abgeordneter stirbt oder sonst nachträglich aus dem Deutschen Bundestag ausscheidet, so wird der Sitz aus einer Landesliste derjenigen Partei besetzt, für die der gewählte Bewerber oder ausgeschiedene Abgeordnete bei der Wahl aufgetreten ist. Dies gilt nicht, solange die Partei Überhangmandate gemäß § 6 Abs. 5 Satz 1 innehat. Ist der Ausgeschiedene über eine Landesliste gewählt, wird der Sitz aus dieser Landesliste besetzt. Hat der Ausgeschiedene den Sitz in einem Wahlkreis errungen, wird der Sitz aus der Landesliste besetzt, auf die bei erneuter Anwendung von § 7 Abs. 1 die nächste noch nicht berücksichtigte

Höchstzahl entfällt. Bei der Nachfolge bleiben diejenigen Listenbewerber unberücksichtigt, die seit dem Zeitpunkt der Aufstellung der Landesliste aus dieser Partei ausgeschieden oder Mitglied einer anderen Partei geworden sind. Unberücksichtigt bleiben ebenso Listenbewerber, die als gewählte Bewerber im Wahlkreis ihren Mitgliedschaftserwerb abgelehnt oder als Abgeordnete auf ihre Mitgliedschaft im Deutschen Bundestag verzichtet haben. Ist die Liste erschöpft, so wird der Sitz aus der Landesliste besetzt, auf die bei erneuter Anwendung von § 7 Abs. 1 die nächste noch nicht berücksichtigte Höchstzahl entfällt. Sind alle Landeslisten dieser Partei erschöpft, so bleibt der Sitz unbesetzt. Die Feststellung, wer als Listennachfolger eintritt, trifft der Bundeswahlleiter. Er benachrichtigt den Listennachfolger und fordert ihn auf, binnen einer Woche schriftlich zu erklären, ob er die Nachfolge annimmt.

(2) Ist der Ausgeschiedene als Wahlkreisabgeordneter einer Wählergruppe oder einer Partei gewählt, für die im Wahlgebiet keine Landesliste zugelassen worden oder die gemäß § 6 Abs. 2 bei der Sitzverteilung nicht zu berücksichtigen war, so bleibt der Sitz unbesetzt.“

8. In § 52 Absatz 1 Satz 2 Nummer 17 werden die Wörter „Neuwahlen, Wiederholungswahlen und Ersatzwahlen“ durch die Wörter „Neuwahlen und Wiederholungswahlen“ ersetzt.

**Artikel 2**  
**Inkrafttreten**

Dieses Gesetz tritt am Tage nach seiner Verkündung im Bundesgesetzblatt in Kraft. Es findet erstmals Anwendung auf die Wahl zum 17. Deutschen Bundestag.

**Betreff:** WG: CSU Ueberhang Fallbeispiele  
**Von:** Sebastian Edathy <sebastian.edathy@bundestag.de>  
**Datum:** Thu, 7 May 2009 18:58:01 +0200  
**An:** "innenausschuss@bundestag.de" <innenausschuss@bundestag.de>

-----Ursprüngliche Nachricht-----

Von: Friedrich Pukelsheim [<mailto:Pukelsheim@Math.Uni-Augsburg.De>]  
Gesendet: Dienstag, 5. Mai 2009 11:53  
An: Sebastian Edathy  
Betreff: CSU Ueberhang Fallbeispiele

Sehr geehrter Herr Ausschussvorsitzender, lieber Herr Edathy:

Nach der Sitzung gestern fragten Sie mich nach den Verlusten, die bei der CSU zu Ueberhangmandaten fuehren wuerde.

In der anliegenden Beispielrechnung hab ich 2005 erst 230 000 Stimmen von der CSU zur SPD in BY verschoben. Der CSU-Anteil an den zuteilungsberechtigten Zweitstimmen (45 430 378) sinkt dann von 7.7 auf 7.2 Prozent. Es entsteht ein CSU-Ueberhangmandat. Um dieses in die Verhaeltnisrechnung nahtlos einzubetten, muesste der BT von 598 auf 606 Sitze vergroessert werden.

Schiebe ich weitere 70 000 Stimmen von der CSU (dann 7.0%) zur SPD, kommen zwei CSU-Ueberhangmandate heraus. Diese werden von der Verhaeltnisrechnung aufgesogen, wenn der Bundestag 619 Sitze haette.

Nochmal 70 000 Stimmen (CSU dann 6.9%) ergeben drei CSU-Ueberhangmandate. Dieser Ueberhang verschwindet bei Hausgroesse 633.

Diese Rechnungen nehmen an, das alles andere unveraendert bleibt, einschliesslich der Direktmandatsgewinne der CSU. Das scheint mir ziemlich hypothetisch und wenig praktisch aussagekraeftig. Denn wenn die CSU einbricht, dann in den Ballungsraeumen wohl auch bei den Direktmandaten. Und dann sieht alles anders aus.

Beste Gruesse und alle guten Wuensche fuer eine erfolgreiche Politik in Berlin! Ihr  
-fp

--  
Mit freundlichen Grüßen, Regards & Amitiés  
Professor Dr. Friedrich Pukelsheim  
Inst. für Mathematik, Univ. Augsburg, 86135 Augsburg, Germany  
Fon: +49-821-598-2206; Fax: +49-821-598-2280  
Web: <http://www.uni-augsburg.de/pukelsheim/>  
--

<b>UeberhaengeCSU.pdf</b>	<b>Content-Description:</b> UeberhaengeCSU.pdf
	<b>Content-Type:</b> application/pdf
	<b>Content-Encoding:</b> base64

\*\*\*\*\*

\*16.Dt.BT, 18.Sep.2005, Oberzuteilung an die Parteien

Partei	Zweitstimmen	DivStd	Überhang
"SPD"	16194665	213	0
"CDU"	13136740	173	0
"FDP"	4648144	61	0
"Linke"	4118194	54	0
"Grüne"	3838326	51	0
"CSU"	3494309	46	0
Summe	45430378	598	0
Divisor		76000	

\*BAZI 2008.08-b-02 - Made in Augsburg University  
\*\*\*\*\*

\*\*\*\*\*

\*230000 Stimmen (= 3 Sitze) von CSU an SPD erzeugt 1 CSU-Überhangmandat

\*Kleinste ueberhangfreie Hausgroesse ist dann 606

Partei	Zweitstimmen	DivStd	Überhang	...	DivStd	Überhang	DivStd	Überhang
"SPD"	16424665	216	0	...	219	0	219	0
"CDU"	13136740	173	0	...	175	0	175	0
"FDP"	4648144	61	0	...	62	0	62	0
"Linke"	4118194	54	0	...	55	0	55	0
"Grüne"	3838326	51	0	...	51	0	51	0
"CSU"	3264309	43	1	...	43	1	44	0
Summe	45430378	598	1	...	605	1	606	0
Divisor		76000	...	75100		75000		

\*BAZI 2008.08-b-02 - Made in Augsburg University  
\*\*\*\*\*

\*\*\*\*\*

\*Weitere 70000 Stimmen von CSU an SPD erzeugt 2 CSU-Überhangmandate

\*Kleinste ueberhangfreie Hausgroesse ist dann 619

Partei	Zweitstimmen	DivStd	Überhang	...	DivStd	Überhang	DivStd	Überhang
"SPD"	16494665	217	0	...	225	0	225	0
"CDU"	13136740	173	0	...	179	0	179	0
"FDP"	4648144	61	0	...	63	0	63	0
"Linke"	4118194	54	0	...	56	0	56	0
"Grüne"	3838326	51	0	...	52	0	52	0
"CSU"	3194309	42	2	...	43	1	44	0
Summe	45430378	598	2	...	618	1	619	0
Divisor		76000	...	73450		73300		

\*BAZI 2008.08-b-02 - Made in Augsburg University  
\*\*\*\*\*

\*\*\*\*\*

\*Weitere 70000 Stimmen von CSU an SPD erzeugt 3 CSU-Überhangmandate

\*Kleinste ueberhangfreie Hausgroesse ist dann 633

Partei	Zweitstimmen	DivStd	Überhang	...	DivStd	Überhang	DivStd	Überhang
"SPD"	16564665	218	0	...	231	0	231	0
"CDU"	13136740	173	0	...	183	0	183	0
"FDP"	4648144	61	0	...	65	0	65	0
"Linke"	4118194	54	0	...	57	0	57	0
"Grüne"	3838326	51	0	...	53	0	53	0
"CSU"	3124309	41	3	...	43	1	44	0
Summe	45430378	598	3	...	632	1	633	0
Divisor		76000	...	71840		71800		

\*BAZI 2008.08-b-02 - Made in Augsburg University  
\*\*\*\*\*