

**Deutscher Bundestag**

Innenausschuss

Ausschussdrucksache

17(4)634 F

ERNST MORITZ ARNDT  
UNIVERSITÄT GREIFSWALD



Wissen  
lockt.  
Seit 1456

Universität Greifswald, Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät  
D – 17487 Greifswald

**Rechts- und Staats-  
wissenschaftliche  
Fakultät**

Lehrstuhl für Öffentliches Recht,  
Sozial- und Gesundheitsrecht

Prof. Dr. jur. Heinrich Lang,  
Dipl. Sozialpäd.

Telefon: +49 3834 86-2174  
Telefax: +49 3834 86-2113  
heinrich.lang@uni-greifswald.de

Greifswald, den 13.1.2012

**Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung des Innenausschusses des Deutschen  
Bundestages zu den Entwürfen zur Änderung des Bundeswahlgesetzes  
BT-Drucks. 17/11819, 17/11820, 17/11821  
sowie zu einem Änderungsantrag  
A-Drucks. 17(4)625**

## I.

Die mit den vorliegenden Gesetzentwürfen beabsichtigte 22. Änderung des Bundeswahlgesetzes (BWG) ist durch zwei Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts erforderlich geworden.

1.

Mit Urteil vom 25. Juli 2012 (2 BvF 3/11 – 2 BvR 2670/11 – 2 BvE 9/11, [www.bverfg.de](http://www.bverfg.de)) erklärte das Bundesverfassungsgericht mehrere mit der 21. Änderungsnovelle bewirkte, aber auch überkommene Regelungen des Bundeswahlgesetzes für verfassungswidrig. Das Gericht erblickte in § 6 Abs. 1 S. 1 BWG a.F. (also der Zuweisung von Ländersitzkontingenten nach der Wählerzahl) und § 6 Abs. 2a BWG a.F. (dem sog. Restimmenausgleich) einen Verstoß gegen die Grundsätze der Gleichheit und Unmittelbarkeit der Wahl, weil die Regelungen verfassungswidrige inverse Effekte ermöglichten (BVerfG v. 25.7.2012, 2 BvF 3/11 u.a. Rn. 66, [www.bverfg.de](http://www.bverfg.de)).

Außerdem wurde § 6 Abs. 5 BWG a.F. als mit Art. 21 Abs. 1 GG und Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG unvereinbar angesehen, wenn und soweit die Vorschrift (ausgleichslose) Überhangmandate ermöglichte, die in einer Zahl anfielen, dass damit der Grundcharakter der Bundestagswahl als einer Verhältniswahl aufgehoben wurde (BVerfG v. 25.7.2012, 2 BvF 3/11 u.a., [www.bverfg.de](http://www.bverfg.de), Rn. 66).

2.

Mit Beschluss vom 4. Juli 2012 (2 BvC 1/11 – 2 BvC 2/11, [www.bverfg.de](http://www.bverfg.de)) entschied der Zweite Senat, dass § 12 Abs. 2 S. 1 BWG mit Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG unvereinbar und nichtig sei, weil die wahlgesetzliche Ausgestaltung der Wahlberechtigung der Auslandsdeutschen gegen den Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl verstoße.

3.

Auf beide Entscheidungen reagieren sämtliche hier zu beurteilende Entwürfe. Wie der im Folgenden unter II. behandelte Gesetzentwurf (BT-Drucks. 17/11819), der von den Fraktionen CDU/CSU, SPD, FDP und Bündnis 90/Die Grünen getragen wird, hat auch der Gesetzentwurf der Fraktion Die Linke (BT-Drucks. 11/11821, zu dessen Beurteilung nachfolgend III.) in erster Linie das Sitzzuteilungsverfahren des Bundeswahlgesetzes zum Gegenstand. Ergänzt wird der Gesetzentwurf BT-Drucks. 17/11819 (im Folgenden Mehrheitsentwurf) von einem Änderungsantrag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen (A-Drucks. 17[4]625, im Folgenden Alternativentwurf), der ausweislich der Begründung keinen

inhaltlichen Dissens zum Gesetzentwurf 17/11819 markiert; er intendiert „inhaltliche Klarstellungen“ (Begründung zu A-Drucks. 17[4]625) und wird in der vorliegenden Stellungnahme daher im Rahmen der Beurteilung des Mehrheitsentwurfs mitbehandelt.

4.

Infolge des Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts vom 4. Juli 2012 (BVerfG, 2 BvC 1/11 – 2 BvC 2/11, [www.bverfg.de](http://www.bverfg.de)) liegt zudem ein von allen Fraktionen des Bundestages getragener Entwurf zur Änderung des § 12 Abs. 2 BWG vor (BT-Drucks. 17/11820), der nachfolgend unter IV. beurteilt wird.

5.

Am Ende der Stellungnahme erfolgt eine abschließende Bewertung der Gesetzentwürfe (nachfolgend V.)

## **II. Gesetzentwurf BT-Drucks. 17/11819 und darauf bezogener Änderungsantrag A-Drucks. 17(4)625 – Sitzzuteilungsverfahren**

### **1. Beseitigung inverser Effekte**

Ein erklärtes Ziel des Entwurfs ist es, in Reaktion auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 121, 266; BVerfG, 2 BvF u.a. v. 25.7.2012, [www.bverfg.de](http://www.bverfg.de)) ein Wahlrecht vorzulegen, das den verfassungswidrigen Effekt sog. inverser Effekte (meist etwas ungenau mit negativem Stimmgewicht umschrieben) ausschließt. Trotz der Schwierigkeiten, die die insoweit deutungs offene Terminologie hervorruft, hat der Entwurf das Ziel erreicht, verfassungswidrige negative Stimmgewichte zu beseitigen.

Das Bundesverfassungsgericht beurteilte es in seiner Entscheidung aus dem Jahre 2008 zunächst dann als inversen Effekt, wenn es die Ausgestaltung des Wahlrechts ermöglicht, 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. (BVerfGE 121, 266 - Leitsatz). Diesen Effekt, der im alten Wahlrecht durch das Zusammenspiel von Listenverbindung und Überhangmandaten auftreten konnte, wird durch die hier zu beurteilende Fassung von § 6 des Bundeswahlgesetzes verhindert. Weil keine Listenverbindung besteht (sie war schon im 21. Änderungsgesetz ersatzlos gestrichen worden) und den Ländern anhand der Bevölkerungszahl (statt wie in der letzten Novelle anhand der Wählerzahl) bestimmte Sitzkontingente zugeordnet werden, kann es nicht mehr

vorkommen, dass sich der Zweitstimmenzuwachs einer Partei zu Lasten der Partei in einem anderen Land auswirkt oder vice versa.

In der Entscheidung aus dem Jahre 2012 hat es das Bundesverfassungsgericht aber auch als einen die Verfassungswidrigkeit auslösenden inversen Effekt angesehen, dass das – seinerzeitige – in § 6 Abs. 1 S. 1 i.V.m. Abs. 2 BWG a.F. geregelte Sitzzuteilungsverfahren dazu führen konnte, dass in bestimmten Konstellationen abgegebene Zweitstimmen für Landeslisten einer Partei insofern negativ wirken, als diese Partei in einem Land Mandate verliert oder eine andere Partei Mandate gewinnt (BVerfG, 2 BvF 3/11 v. 25.7.2012, www.bverfg.de, Rn. 86). Auch an anderer Stelle stellte der Senat auf das Verhältnis der Parteien zueinander ab („...,wenn auf ... einen konkurrierenden Vorschlag mehr Stimmen entfallen...“, BVerfG, 2 BvF 3/11, v. 25.7.2012, www.bverfg.de, Rn. 85).

Auf den ersten Blick scheint damit auch der hier zu beurteilende Entwurf einem verfassungsrechtlichen Risiko ausgesetzt. Denn künftig ist es möglich, dass ein Überhangmandat in einem bestimmten Land dazu führt, dass zur Proporzwahrung hinzukommende Ausgleichsmandate anderen Parteien – und also konkurrierenden Wahlvorschlägen – zugute kommen.

Gleichwohl ist das verfassungsrechtliche Risiko aus zwei Gründen gering. Zum einen hat das Bundesverfassungsgericht selbst und zwar ausdrücklich in seiner Entscheidung aus dem Jahre 2012 die Zuteilung von Ausgleichsmandaten als eine Möglichkeit angesprochen, Friktionen, die sich aus der Verbindung von Personen- und Verhältniswahl ergeben, aufzulösen (BVerfG, 2 BvF 3/11 u.a. v. 25.7.2012, www.bverfg.de, Rn. 135). Zum anderen muss man sich den normativen Bezugspunkt der Schlagworte „inverse Effekte“ bzw. „negatives Stimmgewicht“ verdeutlichen, der in Art. 38 Abs. 1 S. 1 und Art. 21 Abs. 1 GG und damit in der Wahlrechtsgleichheit bzw. der Chancengleichheit der Parteien liegt. Diesen Grundsätzen entnimmt das Bundesverfassungsgericht u.a. auch, dass zwischen Stimmabgabe und Stimmerfolg keine widersinnigen Wirkungszusammenhänge bestehen dürfen (BVerfG, 2 BvF 3/11 u.a. v. 25.7.2012, www.bverfg.de, Rn. 85), anders ausgedrückt, dass eine Stimmabgabe keinen gegenteiligen Erfolg haben darf. Ein solcher gegenteiliger Erfolg besteht aber nach dem Entwurf nicht mehr, weil die Gewährung von Ausgleichsmandaten gerade der Wiederherstellung des Proporztes dient. Der oben beschriebene „neue“ Effekt, der nach der hier zu beurteilenden Änderung des § 6 möglich ist, dass nämlich Überhangmandate einer Partei zu Ausgleichsmandaten bei anderen Parteien führen können, ist wegen der mit dem Modell verwirklichten Wahrung des Gesamtproporztes auch unter Berücksichtigung der Rechtsprechung zum negativen Stimmgewicht wahlgleichheitsrechtlich irrelevant. Dass das

Bundesverfassungsgericht derartige Effekte nicht als verfassungswidrige inverse Effekte ansehen wollte, erhellt auch aus folgender Überlegung. Das Gericht selbst hat die Gewährung von Ausgleichsmandaten als einen Weg angesehen, gleichheitsverzerrende Effekte auszugleichen (BVerfG, 2 BvF 3/11 u.a. v. 25.7.2012, www.bverfg.de, Rn. 135). Der gerade beschriebene Effekt kann indes bei der Gewährung von Ausgleichsmandaten immer auftreten. Es ist aber nicht anzunehmen, dass das Gericht eine Methode zur Proporzwahrung ins Spiel bringt, die es selbst, an anderer Stelle des Urteils als wegen damit verbundener Effekte als verfassungswidrig beurteilte.

## **2. Reststimmenausgleich beseitigt**

Ein Reststimmenausgleich ist in § 6 BWG nicht mehr vorgesehen. Auch diesen Verfassungsverstoß beseitigt der Gesetzentwurf.

## **3. Beseitigung proporzbeeinträchtigender Überhangmandate**

Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung aus dem Jahre 2012 ausgleichslose Überhangmandate zwar als im Grundsatz verfassungsgemäß angesehen, sie jedoch auf die Zahl begrenzt, die einer halben Fraktionsstärke entspricht (BVerfG, 2 BvF 3/11 u.a. v. 25.7.2012, www.bverfg.de, Rn. 140). Sofern bei einer Wahl mehr als 15 Überhangmandate entstünden, sei dies geeignet, den Grundcharakter der Wahl als einer Verhältniswahl in Frage zu stellen (BVerfG, 2 BvF 3/11 u.a. v. 25.7.2012, www.bverfg.de, Rn. 66).

Darauf reagiert der Gesetzentwurf, in dem in der sog. zweiten Stufe der Sitzverteilung die Gesamtzahl der Sitze so weit erhöht wird, bis bei anschließender bundesweiter Oberverteilung an die Parteien und nachfolgender Unterverteilung auf die Landeslisten alle Wahlkreismandate auf Zweitstimmen der Parteien angerechnet werden können (BT-Drucks. 17/11819, S. 7 f.). Die vom Bundesverfassungsgericht den (ausgleichslosen) Überhangmandaten attestierte Beeinträchtigung des Erfolgswerts und der dadurch begründete Verstoß gegen die Wahlrechtsgleichheit sind mit der Neufassung des Entwurfs beseitigt. Nach endgültigem Abschluss des Sitzverteilungsverfahrens (also nach der in den Absätzen 5 und 6 geregelten Zuteilung) sind alle Überhangmandate durch Zweitstimmen unterlegt. Erfolgswertrelevante Bedenken bestehen daher bei (ausgeglichenen) Überhangmandaten nicht. Dass das Bundesverfassungsgericht das Verdikt der Verfassungswidrigkeit (nur) auf ausgleichslose Überhangmandate bezieht, zeigt auch der „Subsumtionsobersatz“ nach der Maßstabsbildung in der Begründetheitsprüfung. Dort wird § 6 Abs. 5 BWG a.F. deshalb ein Verstoß gegen die Grundsätze der Wahlfreiheit (Art. 38 Abs.1 GG) und die

Chancengleichheit der Parteien (Art. 21 Abs. 1 GG) attestiert, weil die Vorschrift das „...ausgleichslose Anfallen von Überhangmandaten in einem Umfang zul(asse), der den Grundcharakter der Bundestagswahl als Verhältniswahl aufheb(e)“ (BVerfG, 2 BvF 3/11 u.a. vom 25.7.2012, www.bverfg.de, Rn. 66). Nach dem Entwurf kommt es nicht mehr zu ausgleichslosen Überhangmandaten, diesen attestierte Proporzstörungen können daher auch nicht mehr auftreten.

Im Ergebnis lässt sich damit festhalten, dass der Entwurf sämtliche vom Bundesverfassungsgericht in seiner vorgängigen Rechtsprechung als wahlgleichheitswidrig bezeichneten Effekte beseitigt.

Aus den gleichen Gründen wahrt die Neufassung auch die Chancengleichheit der Parteien.

#### **4. Folgefragen**

##### **a) Anbindung an die Bevölkerungszahl**

Nachdem das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung aus dem Jahre 2012 die Bestimmung von Landessitzkontingenten anhand der Wählerzahl wegen damit ermöglichter inverser Effekte als verfassungswidrig angesehen hat und dabei ausdrücklich die Anknüpfung an die Bevölkerungszahl als verfassungsgemäß angesehen hat, dürfte der Entwurf insoweit keinen verfassungsrechtlichen Bedenken ausgesetzt sein.

Eine Schwierigkeit kann sich indes aus der rechtstechnischen Umsetzung dieser Anbindung ergeben. Der Entwurf knüpft nämlich mittelbar an die Bevölkerungszahl an, indem er die Wahlkreise zur Ausgangsgröße macht und deren Zahl in § 6 Abs. 2 S. 1 des Entwurfs verdoppelt. Nun sind die Wahlkreise angesichts ihrer unterschiedlichen Zuschnitte nicht ohne Reibungsfläche zur Wahlrechtsgleichheit und in gewisser Weise schleppt der Entwurf damit verbundene Ungenauigkeiten bei der Verdoppelung der Wahlkreise fort. Das ist indes verfassungsrechtlich aus zwei Gründen nicht zu beanstanden. Zunächst ist die unterschiedliche Wahlkreisgröße auch durch Faktoren bestimmt, die vor der Wahlrechtsgleichheit Bestand haben (etwa § 3 Abs. 1 Nr. 3 oder Nr. 5 BWG). Zum anderen gleichen sich innerhalb eines Bundeslandes unterschiedliche Wahlkreisgrößen aus.

##### **b) föderale Verzerrung**

Dass nach dem Entwurf in Bezug auf die von einer Partei in einem Land errungenen Überhangmandate kein Vollaussgleich innerhalb der Partei erfolgt, ist verfassungsrechtlich zulässig. Das dem Entwurf zugrundeliegende Sitzzuteilungsverfahren erzeugt kein negatives

Stimmgewicht und verletzt nicht die Wahlrechtsgleichheit. Selbst wenn man das Fehlen eines Vollausgleiches als in einem Spannungsverhältnis zur Wahlgleichheit stehend ansieht, ist die Konzeption des Entwurfs jedenfalls durch das verfassungsrechtlich ohne weiteres zulässige Ziel gerechtfertigt, die Größe des Bundestages in vertretbaren und damit auch arbeitsfähigen Umfang zu halten.

### **c) Nachrückerregelung**

Die bisher in § 48 Abs. 1 S. 2 BWG enthaltene Sonderregelung für den Fall des „Nachrückens in den Überhang“ bedarf es nicht mehr. Ein solches Nachrücken hat das Bundesverfassungsgericht als problematisch angesehen, weil (frühere) Überhangmandate nicht hinreichend durch Zweitstimmen unterlegt waren. Deshalb sah das Gericht ein Nachrücken aus der Landesliste (§ 48 Abs. 1 S. 1 BWG) als nicht möglich an, solange die Partei durch Wahlkreismandate über mehr Sitze verfüge, als ihr nach dem Zweitstimmenergebnis der Verhältniswahl zugestanden hätten. In diesem Fall reiche die Landesliste nicht aus, um das Nachrücken zu legitimieren (BVerfGE 97, 317 [328]). Nach dem im Entwurf geregelten Verfahren sind nach Abschluss des gesamten Sitzzuteilungsverfahrens (insbesondere nach den Absätzen 5 und 6) sämtliche Sitze durch Zweitstimmen unterlegt. Nach der sog. zweiten Stufe der Verteilung verfügt darum – wie die Entwurfsbegründung zu Recht hervorhebt – keine Partei in einem Land über mehr Direktmandate als ihr dort nach der zweiten Stufe der Sitzverteilung Listensitze zustehen (BT-Drucks. 17/11819, S. 26). Damit gibt es nach der Neufassung keine nur von einer Mehrheit der Erst-, nicht aber vom Erfolg der Zweitstimmen getragene Mandate; das verfassungsrechtliche Bedenken des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 97, 317 [325]) ist damit gegenstandslos geworden. § 48 Abs. 1 S. 2 BWG wird deshalb zu Recht gestrichen.

### **d) Normenklarheit**

Der Alternativentwurf will einem weiteren Petition des Bundesverfassungsgerichts (z.B. BVerfGE 121, 266 [316]) Rechnung tragen, nämlich das Wahlrecht auf eine verständlichere und normenklarere Grundlage zu stellen. Dieses Anliegen ist loblich, es bricht sich in der konkreten Umsetzung allerdings an der Komplexität der Regelungen; zudem enthält der Alternativentwurf selbst etliche Ungenauigkeiten, Deutungsschwierigkeiten und Verunklarungen. Im Einzelnen:

aa)

Bereits die im Alternativentwurf an pointierter Stelle erwünschte frühe Bezugnahme auf die 5%-Klausel führt zu Deutungsschwierigkeiten. Aufgabe der Sperrklausel ist es, die Funktionsfähigkeit des Parlaments sicherzustellen, in dem bei der Sitzzuteilung solche Parteien unberücksichtigt bleiben, die nicht mindestens 5% der Zweitstimmen auf sich vereinigen konnten. Die Sperrklausel findet also Anwendung, **nachdem** die gültigen Zweitstimmen addiert wurden.

Dieser Zusammenhang wird im Alternativvorschlag nicht deutlich. § 6 Abs. 1 S. 1 des Alternativentwurfs spricht davon, dass, um die Verteilung der Sitze der Landesliste bestimmen zu können, die für jede Landesliste abgegebenen Stimmen zusammenzuzählen seien. § 6 Abs. 1 S. 2 des Alternativentwurfs bezieht sich unmittelbar darauf und ordnet an, dass dabei u.a. die Stimmen der Wähler unberücksichtigt bleiben müssen, die mit ihrer Zweitstimme eine Partei gewählt haben, die nicht 5% der Wähler auf sich vereinigen konnte. Nimmt man diesen Wortlaut ernst, setzt die Sperrklausel nicht bei der Verteilung der Sitze an (also nachdem die Anzahl der gültigen Zweitstimmen ermittelt worden ist), sondern schon bei der Addition der Zweitstimmen. Man wird annehmen dürfen, dass bei der Formulierung ein – dann aber eben nicht normativ verankertes Zusammenrechnen der Zweitstimmen – gedanklich vorausgesetzt war. Dieses „Durchrutschen“ kommt im Eifer eines hektischen Gesetzgebungsverfahrens sicher vor, zur Normenklarheit führt es aber nicht.

bb)

Schwierigkeiten bereit bei unbefangener Betrachtungsweise auch die in § 6 Abs. 2 S. 5 des Alternativentwurfs enthaltene Formulierung („bundesweite Garantiesitzzahl“), weil ausgerechnet mit ihr – wie die Begründung ausführt – verdeutlicht werden soll, dass im ersten Verfahrensschritt keine „echte Sitzverteilung“ vorgenommen wird. Sie birgt zudem die Gefahr, einem Missverständnis Vorschub zu leisten. Wenn nämlich aufgrund des in den Absätzen 5 und 6 des Mehrheitsentwurfs beschriebenen endgültigen Verteilungsverfahrens die in Absatz 2 vorgenommene Zuordnung korrigiert wird, liegt darin keine Entziehung eines Mandats, ein Gedanke, auf den aber gerade der Ausdruck „Garantiesitzzahl“ assoziativ hinführen könnte. Der Klarstellung halber: der Alternativvorschlag meint das nicht, es geht hier nur um den Hinweis, dass aus meiner Sicht die Formulierung „Garantiesitzzahl“ die Gefahr eines solchen Missverständnisses birgt und gerade nicht die Vorläufigkeit der Zuordnung im Rahmen der ersten Stufe verdeutlichen hilft (trotz der Verwendung des Begriffs „bundesweit“).

cc)

An zwei Stellen fehlen im Alternativentwurf gesetzliche Klarstellungen zu § 1 Abs. 1 BWG. Diese Vorschrift bestimmt, dass der Bundestag aus 598 Abgeordneten (übrigens nicht Sitze wie in § 6 Abs. 2 S. 1 des Alternativentwurfs formuliert) besteht, enthält dann aber die öffnende Formulierung, dass dies vorbehaltlich der sich aus diesem Gesetz ergebenden Abweichungen gilt. Deshalb enthält der Mehrheitsentwurf sowohl in § 6 Abs. 4 S. 2 (also wenn feststeht, dass sich aufgrund von Überhangmandaten und Ausgleichsmandaten die Höhe der in § 1 Abs. 1 genannten Abgeordnetenzahl – 598 – erhöht) als auch wenn die zugegebenermaßen wenig praktische Mehrheitssicherungsklausel in Betracht kommt (§ 6 Abs. 7 S. 3 des Mehrheitsentwurfs) eine normative Klarstellung, dass sich in diesen Fällen die gesetzliche Zahl der Abgeordneten des § 1 Abs. 1 BWG erhöht. Der Alternativentwurf enthält in beiden Fällen keine Regelung; auch dies dient nicht der Verständlichkeit des Gesetzes und wird so dem eigentlichen Ziel des Alternativvorschlags nicht gerecht.

dd)

Das in der Begründung des Alternativentwurfs hervorgehobene Ziel, eine klarere Beschreibung des eigentlichen Sitzzuteilungsverfahrens zu versuchen, wird zudem durch etliche weitere Ungenauigkeiten konterkariert.

So ist § 6 Abs. 2 S. 1 des Alternativentwurfs unklar formuliert, weil nicht das Sitzkontingent vorläufig ist, sondern die Zuordnung der Sitze auf der ersten Stufe.

§ 6 Abs. 2 S. 3 des Alternativentwurfs ist ebenfalls missverständlich. Gemeint ist wohl, dass die bei der Anwendung des Zuteilungsdivisors entstehenden Bruchteile gerundet werden. Sprachlich ausgedrückt ist, dass der Zuteilungsdivisor gerundet wird.

Vergleichbares geschieht in § 6 Abs. 3 Zif. 1 S. 2 des Alternativentwurfs. Hier würde bei Anwendung des vorgeschlagenen Gesetzestextes die Zweitstimmenzahl gerundet (gemeint ist wohl, dass die sich aus der Berechnung ergebenden Sitzbruchteile gerundet werden).

§ 6 Abs. 3 Zif. 2 S. 2 des Alternativentwurfs wiederholt den Fehler von § 6 Abs. 2 S. 3 des Alternativentwurfs, hier wird wieder der Zuteilungsdivisor gerundet.

Dem Grundsatz der Einfachheit des Normtextes wenig dienlich scheint es auch, dass der Alternativentwurf mehrfach gezwungen ist, nach unten zu verweisen. Diese die Verständlichkeit eines Textes beeinträchtigende Verweisung auf eine noch nicht gelesene Stelle beginnt in § 6 Abs. 2 S. 3 des Alternativentwurfs („...durch einen nach Absatz 4 zu ermittelnden Zuteilungsdivisor...“). Sie setzt sich dann unschön und in mehrfacher Weise in § 6 Abs. 3 des Alternativentwurfs fort. Schon der Beginn des Absatzes, der nach der

Begründung das „eigentliche Sitzzuteilungsverfahrens klarer“ beschreiben soll, enthält einen Vorbehalt und Verweis nach unten, auf Absatz 5. Diese Verweisungstechnik setzt sich dann fort in § 6 Abs. 3 Zif 1. S. 2 und § 6 Abs. 3 Zif. 2 S. 2 des Alternativentwurfs, womit die Lesbarkeit und Verständlichkeit von § 6 des Alternativentwurfs mit insgesamt vier Verweisungen nach unten zu kämpfen hat.

ee)

Im Hinblick auf die Wahrung des Grundcharakters der Wahl als einer mit der Personenwahl verbundenen Verhältniswahl, wiegt aus meiner Sicht die „stiefmütterliche“ Behandlung der in den Wahlkreisen errungenen Sitze im Rahmen des Alternativentwurfs schwer. Es besteht Konsens zwischen den Fraktionen – was auch die Begründung des Alternativvorschlags betont –, dass der Grundcharakter der Wahl als einer mit der Personenwahl verbundenen Verhältniswahl, wie es § 1 Abs. 1 S. 2 BWG postuliert, unverändert bleiben soll und dass – was im übrigen verfassungsrechtlich geboten ist – die in den Wahlkreisen errungenen Sitze den Parteien verbleiben. Im Alternativvorschlag werden diese Sitze nur an zwei Stellen (§ 6 Abs. 2 S. 4 und § 6 Abs. 3 Zif. 2 S. 2 des Alternativentwurfs) angesprochen. Unklar ist indes, ob sie damit bereits ausreichend gewährleistet sind. Jedenfalls an dieser unser Wahlsystem zentral ausdrückenden Stelle erscheint aus meiner Sicht gerade um der Normen- und Systemklarheit willen eine eindeutige Regelung, wie sie § 6 Abs. 4 S. 2 des Mehrheitsentwurfs enthält (Die Vorschrift lautet: „In den Wahlkreisen errungene Sitze verbleiben einer Partei auch dann, wenn sie die nach den Absätzen 2 und 3 ermittelte Zahl übersteigen“), geboten.

Alles in allem ist deshalb der Alternativvorschlag aus meiner Sicht keinesfalls klarer oder systematischer formuliert und aufgebaut als der Mehrheitsentwurf. Das schließt dort etwaige Textverbesserungen selbstverständlich nicht aus, der Mehrheitsentwurf erscheint aber insgesamt vorzugswürdig.

### **III. Gesetzentwurf BT-Drucks. 17/11821 – Sitzzuteilung**

Der Gesetzentwurf der Fraktion Die Linke ähnelt beim Sitzzuteilungsverfahren in Bezug auf Überhangmandate einem bereits früher diskutierten Verfahren und nimmt die Verrechnung dieser Mandate auf das Zweitstimmenergebnis einer Partei auf Bundesebene vor (der Entwurf spricht insoweit von der Oberzuteilung). Er vermeidet allerdings die verfassungsrechtlichen Spannungslagen, die mit der Existenz sog. externer Überhangmandate verbunden sein können. Nach § 7 Abs. 6 des Entwurfs bleiben Direktmandate in jedem Fall erhalten, nach § 6

Abs. 6 S. 2 des Entwurfs werden in diesem Fall Ausgleichsmandate gewährt, um den Proporz zwischen den Parteien zu wahren.

Vorteil des Entwurfs ist, dass mit ihm – jedenfalls wenn man die Ergebnisse vergangener Bundestagswahlen zugrunde legt – eine (nur) marginale Vergrößerung des Bundestages verbunden ist. Allerdings enthält der Entwurf zum einen den gravierenden Nachteil, dass sein Sitzzuteilungsverfahren zu erheblichen föderalen Verzerrungen und Verwerfungen führt. Zum anderen hat das Aufkommen neuer Parteien gezeigt, dass die zum Schutz der Funktionsfähigkeit des Parlaments errichtete wahlrechtliche Sperrklausel und die notwendige Offenheit, Flexibilität und Responsibilität des politischen Systems hinreichend gut ausbalanciert sind; die im Entwurf befürwortete Streichung der Sperrklausel (BT-Drucks. 17/11821, S. 6) kann deshalb ungeachtet der mit einer derartigen Streichung verbundenen verfassungsrechtlichen Bedenken nicht überzeugen.

Insgesamt ist der Entwurf daher erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken ausgesetzt und sollte, da ein das bewährte System der mit einer Personenwahl verbundenen Verhältniswahl mit dem Mehrheitsentwurf zur Verfügung steht, nicht weiter verfolgt werden.

#### **IV. Gesetzentwurf BT-Drucks. 17/11820 – Auslandsdeutsche**

1.

Der von allen im Deutschen Bundestag vertretenen Fraktionen getragene Gesetzentwurf (BT-Drucks. 17/11820) reagiert auf einen Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 4. Juli 2012 (B. v. 4.7.2012, 2 BvC 1/11 – 2 BvC 2/11, [www.bverfg.de](http://www.bverfg.de)). Das Gericht hatte darin § 12 Abs. 2 S. 1 BWG als mit Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG (Allgemeinheit der Wahl) unvereinbar und nichtig erklärt. Aufgrund dessen können derzeit Deutsche, die dauerhaft im Ausland leben (sog. Auslandsdeutsche), nicht an Bundestagswahlen teilnehmen.

a)

Nach der Konzeption des Gesetzentwurfs sind Auslandsdeutsche künftig bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen wieder wahlberechtigt. Zunächst müssen die allgemeinen Voraussetzungen (also etwa Volljährigkeit) vorliegen. Der Entwurf enthält aber auch weitere Anforderungen, die bei Auslandsdeutschen zu erfüllen. Auslandsdeutsche müssen entweder nach Vollendung ihres vierzehnten Lebensjahres mindestens drei Monate ununterbrochen in der Bundesrepublik Deutschland eine Wohnung innegehabt oder sich sonst gewöhnlich aufgehalten haben und dieser Aufenthalt darf nicht länger als 25 Jahre zurückliegen (§ 12 Abs. 2 Nr. 1). § 12 Abs. 2 Nr. 2 sieht Auslandsdeutsche auch dann als wahlberechtigt an,

wenn sie aus anderen Gründen persönlich und unmittelbare Vertrautheit mit den politischen Verhältnissen in der Bundesrepublik Deutschland erworben haben und von diesen betroffen sind.

b)

Bei genauer Betrachtung der gesetzlichen Konzeption gilt Folgendes. Im Grundsatz wird die Ausübung des Wahlrechts von einem Mindestmaß an realer Verbindung zur Bundesrepublik Deutschland abhängig gemacht. Der Entwurf vertypet die insoweit erforderlichen objektiven Anknüpfungspunkte in § 12 Abs. 2 Nr. 1, was für Massenverwaltungen nichts ungewöhnliches ist. Zugunsten der Wahrnehmung des vornehmsten Rechts des Bürgers in der Demokratie enthält § 12 Abs. 2 Nr. 1 also einen Regelatbestand. Liegen dessen Voraussetzungen vor, geht der Gesetzgeber ohne weiteres davon aus, dass die geforderte Verbundenheit vorliegt. Auslandsdeutsche, bei denen eine solche Bindung überhaupt nicht (mehr) besteht, bleiben vom Wahlrecht ausgeschlossen.

§ 12 Abs. 2 Nr. 2 des Entwurfs enthält im Interesse eines möglichst schonenden Eingriffs in Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG sodann einen Auffangtatbestand, der dann, wenn die Tatbestandsmerkmale des Regelfalls in § 12 Abs. 2 Nr. 1 nicht (mehr) erfüllt sind, zum Tragen kommt. Ratio der Regelung ist es also, dem Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl soweit als möglich zum Durchbruch zu verhelfen.

2.

Verfassungsrechtlich ist gegen diese gesetzliche Konzeption nichts zu erinnern.

a)

Den grundgesetzlichen Maßstab bildet insoweit der Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl (Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG). Allgemeinheit der Wahl bedeutet zunächst, Gleichheit beim Zugang zur Wahl (Magiera, in Sachs [Hrsg.], GG, 6. Aufl. 2011, Art. 38 Rn. 79). Anders ausgedrückt: Das Wahlrecht darf nicht von besonderen, nicht von jedermann erfüllbaren Voraussetzungen abhängig gemacht werden (BVerfGE 58, 202 [205]), untersagt sind damit insbesondere Differenzierungen nach politischen, wirtschaftlichen oder sozialen Gründen (Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, 10. Aufl. 2009, Art. 38 Rn. 5). Zwar ist der im Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl angesprochene Gleichheitsaspekt formal zu verstehen, er schließt aber nicht, was schon Art. 38 Abs. 2 GG zeigt, jegliche Differenzierungen aus. Entscheidend ist, dass der Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl den unberechtigten Ausschluss von Staatsbürgern von der Wahl untersagt (Achterberg/Schulte in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 2, 4. Aufl. 2000, Art. 38 Rn. 121 a.E.). Es verwundert daher nicht, dass das Staats- und

Verfassungsrecht etliche Durchbrechungen des Grundsatzes der Allgemeinheit der Wahl kennt; auf der Ebene des Verfassungsrechts etwa den schon angesprochenen Art. 38 Abs. 2 GG. Aber auch das einfache Recht kennt solche Beschränkungen, traditionell gehört dazu auch die Sesshaftigkeit (Niederlassung) im Wahlgebiet, man spricht insoweit vom Sesshaftigkeitserfordernis (Schreiber, BWahlG, 8. Aufl. 2009, § 1 Rn. 12).

Ungeachtet der Tradition solcher Beschränkungen liegt auf der Hand, dass aus verfassungsrechtlicher Perspektive einfachrechtliche Beschränkungen des Grundsatzes der Allgemeinheit der Wahl wegen des Vorranges der Verfassung (Art. 1 Abs. 3, Art. 20 Abs. 3 GG) eines besonderen rechtfertigenden Grundes bedürfen, eben darin zeigt sich der strenge und formale Charakter des Grundsatzes der Allgemeinheit der Wahl (BVerfG, 2 BvC 1/11 u.a. v. 4.7.2012, [www.bverfg.de](http://www.bverfg.de), Rn. 31). Solche besonderen Gründe liegen in Bezug auf die hier zu beurteilenden Regelungen aber vor. Denn das Erfordernis eines Mindestmaßes an realer Verbindung zur Bundesrepublik Deutschland, das mithilfe der Kriterien des § 12 Abs. 2 des Entwurfs sichergestellt werden soll, dient dazu, wesentliche Funktionen der Wahl und des Wahlakts zu wahren.

Wahlen kommen in der parlamentarischen Demokratie des Grundgesetzes unterschiedliche Funktionen zu. Aufgabe der Wahl ist es zum einen, ein Vertretungsorgan für das in seiner Gesamtheit handlungsunfähige Staatsvolk zu kreieren. Gleichzeitig wird mittels Wahl aber auch die nach der Konzeption des Grundgesetzes besonderen Organen anvertraute Ausübung der Staatsgewalt legitimiert. Der Wahlakt selbst erfüllt aber auch eine Integrations- und – wie das Bundesverfassungsgericht jüngst formuliert hat – Kommunikationsfunktion (BVerfG, 2 BvC 1/11 u.a. v. 4.7.2012, [www.bverfg.de](http://www.bverfg.de), Rn. 39 m.w.N.). Namentlich jene Kommunikationsfunktion kann in ein Spannungsverhältnis zum Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl geraten, etwa dann, wenn die Möglichkeit, eine reflektierte Wahlentscheidung zu treffen infolge mangelnder Vertrautheit mit den Verhältnissen in Deutschland fehlt (so BVerfG, 2 BvC 1/11 u.a. v. 4.7.2012, [www.bverfg.de](http://www.bverfg.de), Rn. 47).

b)

Dieses Spannungsverhältnis sucht der Entwurf durch die o.a. Kombination von Regel- und Ausnahmetatbestand aufzulösen; gegen die mit § 12 Abs. 2 bewirkte Umsetzung bestehen keine durchgreifenden Bedenken.

Der Regeltatbestand des § 12 Abs. 2 S. 1 beruht zunächst darauf, dass die Wahl einen Massenvorgang darstellt, bei dem notwendigerweise mit Vertypungen gearbeitet werden muss. Die im Gesetz genannten Voraussetzungen, die an die Wahrnehmung des Wahlrechts im Falle sog. Auslandsdeutscher gestellt werden, sind zur Wahrung der o.a. Funktionen der

Wahl geeignet und erforderlich und stellen keine unangemessene Beschränkung des Grundsatzes der Allgemeinheit der Wahl dar.

aa)

Im Einzelnen gilt hinsichtlich § 12 Abs. 2 Nr. 1 Folgendes. Ziel der Vorschrift ist es, objektive Kriterien zu bestimmen, bei deren Vorliegen davon ausgegangen werden kann, dass Auslandsdeutsche nur dann als wahlberechtigte „Aktivbürger“ qualifiziert werden, wenn gewährleistet ist, dass sie am politischen Willens- und Meinungsbildungsprozess informiert mitwirken und über die hierfür notwendige auf eigenen Erfahrungen beruhende Vertrautheit mit den politischen Verhältnissen in der Bundesrepublik Deutschland verfügen (BT-Drucks. 17/11820, S. 4). Der Entwurf konkretisiert dies durch eine Kombination von Zeit- und Alterserfordernissen.

§ 12 Abs. 2 Nr. 1 verlangt in zeitlicher Hinsicht zunächst, dass ein Auslandsdeutscher für mindestens drei Monate ununterbrochen in der Bundesrepublik Deutschland eine Wohnung innegehabt oder sich sonst gewöhnlich aufgehalten haben muss; zudem darf dieser Aufenthalt nicht länger als 25 Jahre zurück liegen (sog. Fortzugserfordernis). Diese Kriterien sind nicht nur geeignet, eine hinreichende Verbindung zur Bundesrepublik Deutschland zu verdeutlichen. Gegen sie ist auch unter Erforderlichkeitsgesichtspunkten nichts zu erinnern. Erforderlichkeit meint, dass im Hinblick auf die (grund)rechtlichen Berechtigungen kein milderes Mittel zur Erreichung des gesetzlich erstrebten Zwecks vorhanden sein darf; die Erforderlichkeit scheidet aber nur dann, wenn das mildere Mittel im Hinblick auf den erstrebten Zweck auch gleich effektiv ist. Als gegenüber den angesprochenen zeitlichen Anforderungen milder stellte sich zwar der Verzicht auf jegliche zeitliche Erfordernisse dar, doch wäre ein solcher Verzicht auf sämtliche objektive (zeitliche) Kriterien zur Messung hinreichender Vertrautheit mit dem hiesigen Staat nicht gleich geeignet. Vergleichbares gilt hinsichtlich des Alterserfordernisses von 14 Jahren in § 12 Abs. 2 Nr. 1 des Entwurfs. Der Gesetzgeber knüpft damit an eine in der Rechtsordnung geläufige Altersgrenze an, die auch in anderen Zusammenhängen als Beginn eigenverantwortlichen Handelns und gehobener Einsichtsfähigkeit angesprochen ist. Eine unangemessene Beschränkung des Grundsatzes der Allgemeinheit der Wahl ist ebenfalls nicht anzunehmen. Das zeigt sich nicht zuletzt daran, dass das Bundesverfassungsgericht die dreimonatige Mindestdauer des Aufenthaltes als eher großzügig bemessen angesehen hat (BVerfG, 2 BvC 1/11 u.a. v. 4.7.2012, [www.bverfg.de](http://www.bverfg.de), Rn. 48) und dass vergleichbares für die Fortzugsfrist des Entwurfs gilt, die erst nach einer Zeitspanne von 25 Jahren abläuft. Zudem würde innerhalb dieser Zeitspanne ein mindestens dreimonatiger Aufenthalt die Frist erneut laufen lassen. Es erscheint aber im Hinblick auf die

Wahrung der o.a. Grundfunktionen der Wahl nicht außer Verhältnis, wenn der Entwurf die zur Sicherung der Grundfunktionen einer Wahl erforderliche Anbindung an die politischen Verhältnisse von der Erfüllung derart „weicher“ Kriterien abhängig.

Unter verfassungsrechtlichen Auspizien muss sich der Gesetzgeber auch nicht auf eine vollständige Streichung sämtlicher materialen Kriterien zur Ausfüllung des Sesshaftigkeitserfordernisses verweisen lassen. Es trifft zwar ohne weiteres zu, dass bei einem Wegfall des § 12 Abs. 2 auf den ersten Blick ein Spannungsverhältnis zum Grundsatz der Allgemeinheit nicht auftreten würde. Das o.a. und auch vom Bundesverfassungsgericht betonte Spannungsverhältnis (BVerfG, 2 BvC 1/11 u.a. v. 4.7.2012, [www.bverfg.de](http://www.bverfg.de), Rn. 48) würde indes lediglich einseitig aufgelöst und der Idee, wichtigen Zentralfunktionen des Wahlakts gerecht zu werden, würde nicht Genüge getan. Das trifft neben der vom Bundesverfassungsgericht hervorgehobenen Kommunikationsfunktion der Wahl vor allem auch auf die weitere Hauptaufgabe der Wahl zu, die Ausübung von Herrschaftsgewalt zu legitimieren. Dahinter steht der Gedanke, dass der Wahlakt und die daraus hervorgehende Volksvertretung Ausdruck der Selbstbestimmung sind, weil die Gewaltunterworfenen der Herrschaftsausübung aufgrund der Wahl von Repräsentanten selbst zugestimmt haben. Würde man nun vollständig auf einen Inlandsbezug verzichten, geriete das Wahlrecht in Gefahr, anstatt der Selbstbestimmung zum Durchbruch zu verhelfen, Fremdbestimmung zu ermöglichen. Das kann nicht Sinn und Zweck eines demokratischen Wahlrechts sein.

Aus ähnlichen Überlegungen heraus, ist auch das Erfordernis, dass der dreimonatige Aufenthalt nach Vollendung des 14. Lebensjahres liegen muss, gerechtfertigt. Damit wird zwar das Zeit- um ein inhaltliches Moment angereichert, doch sprechen dafür ebenfalls gute Gründe, weil andernfalls der erforderliche Inlandsbezug zu einem Zeitpunkt vermittelt würde, zu dem die betreffenden Auslandsdeutschen regelmäßig gar nicht über die erforderliche Reife verfügen.

bb)

Liegen die Voraussetzungen des § 12 Abs. 2 Nr. 1 nicht vor, enthält § 12 Abs. 2 Nr. 2 einen Auffangtatbestand, der atypische Konstellationen einfangen hilft. Der Gesetzgeber nennt unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Personen, bei denen die Voraussetzungen der Nr. 1 nicht oder nicht mehr vorliegen, die aber aufgrund anderer Umstände mit den politischen Verhältnissen in der Bundesrepublik Deutschland hinreichend vertraut sind (BT-Drucks. 17/11820, S. 9). Beispielhaft angeführt werden etwa Grenzpendler oder etwa deutsche Mitarbeiter an Goetheinstituten etc. (vgl. dazu im einzelnen BT-Drucks. 17/11820, S. 10). Selbstredend ist diese Aufzählung nicht abschließend und dass

sich der Gesetzgeber zu dieser Regelungstechnik entschlossen hat, ist unter Bestimmtheitsgesichtspunkten unschädlich. Durch Auslegung lässt sich hinreichend klarstellen, wann von einer hinreichenden Vertrautheit mit den politischen Verhältnissen in der Bundesrepublik Deutschland ausgegangen werden kann. Die Auslegung ausfüllungsbedürftiger Tatbestandsmerkmale stellt keinen Verstoß gegen Bestimmtheitserfordernisse dar. Dass die Verwaltung insofern zu einer Einzelfallprüfung genötigt ist, vermag ebenfalls keine verfassungsrechtlichen Bedenken auszulösen, sondern stellt sich im Gegenteil als notwendiges Korrelat der typisierenden Regelung in § 12 Abs. 2 Nr. 1 dar. Ebenso wie die typisierende Regelung in § 12 Abs. 2 Nr. 1 bewirkt auch § 12 Abs. 2 Nr. 2 eine zulässige Einschränkung des Grundsatzes der Allgemeinheit der Wahl. Insoweit ist zusätzlich aber auch die Funktion des § 12 Abs. 2 Nr. 2 in den Blick zu nehmen, bei dem es nicht um zusätzliche Begrenzungen geht, sondern mit dessen Hilfe der Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl auch dann gewahrt werden soll, wenn sich die Wahlberechtigung Auslandsdeutscher gerade nicht aufgrund der vertypten Fallgruppen des § 12 Abs. 2 Nr. 1 ergibt.

Der Verfassungsmäßigkeit des Entwurfs steht schließlich nicht entgegen, dass mit ihm die Ausgestaltung des Wahlrechts Auslandsdeutscher teilweise restriktiver vorgenommen wird als in der Vergangenheit. Maßstab bleibt insoweit der Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl (nicht ein etwaiges „Rückschrittsverbot“) bzw. die Auflösung des beschriebenen Spannungsverhältnisses zwischen Allgemeinheit und Funktion der Wahl. Zur verfassungsgemäßen Auflösung dieses Spannungsverhältnisses stehen dem Gesetzgeber unterschiedliche Ausgestaltungen des Wahlrechts zur Verfügung. Dass § 12 Abs. 2 den dem Gesetzgeber zuzubilligenden Gestaltungsspielraum überschreitet, lässt sich nicht feststellen.

## V.

### **Zusammenfassende Bewertung**

Die Gesetzentwürfe BT-Drucks. 17/11819 – Sitzzuteilungsverfahren und BT-Drucks. 17/11820 begegnen keinen durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken. Die im Änderungsantrag A-Drucks. 17(4)625 angesprochenen Zielsetzungen werden verfehlt, er sollte daher nicht weiter verfolgt werden.

Der Gesetzentwurf BT-Drucks. 17/11821 begegnet verfassungsrechtlichen Bedenken und sollte ebenfalls nicht weiter verfolgt werden.

*Heinrich Lang*