

VII. Zusammenfassung

Die Forderung nach mehr Interdisziplinarität gehört seit Jahrzehnten zu den Standardfloskeln der Wissenschaftspolitik. Bemerkenswerterweise hat sie nicht dazu geführt, der fortschreitenden Spezialisierung der Wissenschaften Einhalt zu gebieten. Ganz im Gegenteil verhält es sich so, dass Interdisziplinarität, gerade weil sie wissenschaftliche Innovation befördert, auch die weitere wissenschaftliche Spezialisierung

unterstützt. Interdisziplinarität kann Missverständnissen Vorschub leisten, eine Tendenz zu unverbindlichem Gerede hervorrufen und u.U. selbst fachliche Standards in Gefahr bringen. Gelingende Interdisziplinarität setzt deshalb mindestens dreierlei voraus: Reflexion auf die fachlichen Standards der eigenen Disziplin, frühzeitige Einigung über die eigentliche Problemstellung und schließlich den unbedingten Willen zu sprachlicher Klarheit.

Professor Dr. Friedrich Pukelsheim und Professor Dr. Matthias Rossi, Augsburg*

Wahlsystemnahe Optionen zur Vermeidung negativer Stimmgewichte

Das BVerfG hat 2008 zwei Bestimmungen des Bundeswahlgesetzes insoweit für verfassungswidrig erklärt, als sie negative Stimmgewichte bewirken können. Dem Bundesgesetzgeber ist aufgegeben, bis zum 30. Juni 2011 eine verfassungsgemäße Regelung zu treffen. Vor diesem Hintergrund illustriert der Beitrag den monierten Defekt anhand der Bundestagswahl 2009 und diskutiert Optionen, die negative Stimmgewichte ausschließen und doch eine mit der Personenwahl verbundene Verhältniswahl fortschreiben, die sich seit mehr als einem halben Jahrhundert bewährt hat.

I. Verfassungsgerichtlicher Gesetzgebungsauftrag und verfassungsrechtlicher Gesetzgebungsrahmen

Das BVerfG hat mit Urteil vom 3. 7. 2008 das Auftreten von negativen Stimmgewichten im Bundeswahlgesetz für verfassungswidrig erklärt und dem Gesetzgeber aufgegeben, das Gesetz bis zum 30. 6. 2011 entsprechend zu korrigieren.¹ Die gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit² reicht von Feinkorrekturen des bestehenden Wahlsystems, die das überkommene und grundsätzlich auch bewährte bundesdeutsche Wahlrecht weitgehend bestehen lassen, bis hin zu einer grundsätzlichen Neugestaltung des gesamten Wahlsystems. Das BVerfG hat diesen umfassenden Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers explizit hervorgehoben und selbst verschiedene Möglichkeiten der Neuregelung angedeutet.³ Allerdings formt die verfassungsrechtliche Bindung des Gesetzgebers quasi ein begrenzendes Dreieck um sein politisches Ermessen: Als erster Eckpunkt sind die grundrechtsgleich ausgestalteten und subjektive Rechte vermittelnden Wahlrechtsgrundsätze des Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG zu beachten. Einen zweiten Eckpunkt markiert die aus Art. 21 Abs. 1 i. V. mit Art. 3 Abs. 1 GG abgeleitete (Chancen-) Gleichheit der politischen Parteien. Als dritter Eckpunkt kommt die aus Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG folgende (Status-) Gleichheit der gewählten Abgeordneten hinzu. Über diese Verfassungsvorgaben wölben sich zudem die allgemeinen rechtsstaatlichen und demokratischen Anforderungen: Das Wahlrecht muss in sich stimmig, folgerichtig⁴ und dem Wähler klar und verständlich,⁵ kurz, es muss transparent sein.⁶

Vor dem Hintergrund dieser komplexen Rahmenbedingungen – aber auch vor dem Hintergrund der nicht nur legitimierenden,⁷ sondern zugleich integrierenden Bedeutung⁸ von Wahlen und damit des Wahlsystems – erscheint es sinnvoll, das Wahlsystem im Grundsatz zu bewahren und nur die verfassungswidrigen Einzelelemente systemnah zu korrigieren. Zwar wäre es theoretisch und auch verfassungsrechtlich möglich, das Wahlrecht zum Bundestag vollständig neu zu regeln. Der Gesetzgeber ist insoweit frei, grundsätzlich andere Wege zu gehen als im geltenden BWahlG. Nicht zuletzt aber vor dem Hintergrund, dass jegliche Novellierung des als materielles Verfassungsrecht zu bewertenden Wahlrechts politisch auf eine breitere Grundlage als bloß auf die Kanzlermehrheit im Bundestag gestellt sein sollte und für grundlegende Änderungen im 17. Bundestag die politischen, jedenfalls aber zunehmend die zeitlichen Voraussetzungen fehlen, soll im Folgenden ausgelotet werden, mit welchen minimalen Korrekturen des geltenden Wahlrechts negative Stimmgewichte vermieden werden können.⁹

Nah am bisherigen System bleiben solche Alternativen, die den Wählern zwei Stimmen belassen (§ 4 BWahlG) und unproblematische Fälle so behandeln wie bisher. Die Umrechnung der Stimmen in Sitze bedarf nur dann einer Anpassung, wenn problematische Fälle wie ein Auftreten negativer Stimmgewichte ausgeschlossen werden sollen. Die Bundestagsabgeordneten werden nach den Grundsätzen einer mit der Personenwahl verbundenen Verhältniswahl gewählt.

* Die Autoren sind Ordinarien an der Universität Augsburg, *Friedrich Pukelsheim* für Stochastik und ihre Anwendungen an der Mathematisch-Naturwissenschaftlichen Fakultät, *Matthias Rossi* für Staats- und Verwaltungsrecht, Europarecht sowie Gesetzgebungslehre an der Juristischen Fakultät.

¹ BVerfGE 121, 266, Ls. 1 u. 2. Zu Gesetzgebungsaufträgen des BVerfG vgl. allgemein *Brandner*, Gesetzesänderung, 2004, S. 189 ff.

² Hierzu grundlegend *Meßerschmidt*, Gesetzgebungsermessen, 2000, passim, in Bezug auf verfassungsgerichtliche Eingrenzung insbesondere S. 713 ff.

³ BVerfGE 121, 266 (307).

⁴ Zur Folgerichtigkeit als allgemeines Postulat kritisch *Rossi*, in: *Koch/Rossi* (Hrsg.), Kodifikation in Europa, 2010, im Erscheinen.

⁵ So mittelbar BVerfGE 121, 266 (316): „normenklare und verständliche Grundlage“.

⁶ BVerfGE 123, 39 (69) = JZ 2009, 566 mit Anm. S. *Schiedermair*.

⁷ Vgl. *Stern*, Staatsrecht, Bd. I, 2. Aufl. 1984, S. 293 f.

⁸ Vgl. BVerfGE 6, 84 (92 f.); 24, 300 (341) = JZ 1969, 557 (dazu *Randehofer* JZ 1969, 533); 51, 222 (236); 71, 81 (97); 95, 408 (418 ff.); sowie vor allem *Smend*, in: *ders.*, Staatsrechtliche Abhandlungen, 2. Aufl. 1968, S. 119 (154).

⁹ Verwandte Lösungsmöglichkeiten, wenn auch anders akzentuiert: *H. Meyer* DVBl 2009, 137 ff.

Die Zuteilung der Sitze an die Wahlkreis- und Listenbewerber erfolgt in einem dreistufigen Verfahren. Erstens werden im Wege der sogenannten Oberzuteilung 598 Sitze den Parteien im Verhältnis ihrer bundesweiten Zweitstimmenerfolge zugeteilt. Zweitens werden diese Parteisitze in sogenannten Untorzuteilungen pro Partei an ihre Landeslisten im Verhältnis der Zweitstimmen weiter gereicht. Drittens werden von den so ermittelten Verhältnissitzen die Direktmandate abgerechnet. Nur die restlichen Mandate werden mit Listenbewerbern besetzt. Wenn die mittels Verhältnisrechnung einer Parteilandesliste zugeteilten Sitze nicht für alle ihre Wahlkreissieger reichen, kommen Zusatzsitze zu Stande und der Bundestag wird über die Ausgangszahl 598 hinaus um sogenannte Überhangmandate größer.

Negative Stimmgewichte können entstehen, weil das System eine Personenwahl- und eine Verhältniswahlkomponente besitzt und die föderale Untergliederung in sechzehn Bundesländer berücksichtigt. Die „Reparaturoptionen“ lassen sich danach ordnen, welcher dieser drei Aspekte dominieren soll. Option P behandelt die Personenwahlkomponente als sakrosankt (III.), Option V die Verhältniswahlkomponente (IV.) und Option F die Einbeziehung der föderalen Staatsgliederung (V.). Zuvor sei am Beispiel der Wahl zum 17. Bundestag im September 2009 illustriert, wie das geltende Bundeswahlrecht die von den Wählern abgegebenen Stimmen in Mandate umrechnet und wie dabei negative Stimmgewichte auftreten können (II.).

II. Zahlen und Besonderheiten der Wahl zum 17. Bundestag im September 2009

Bei der Wahl traten zwei Besonderheiten auf, die vom *BVerfG* bei seiner Entscheidung vom 3. 7. 2008 nicht in den Blick genommen wurden. Zum einen kam es erstmals schon auf Bundesebene zu Überhangmandaten, sie entfielen auf die unverbundene Landesliste der CSU. Zum anderen erreichte die CDU mit 173 Wahlkreissiegen dieselbe Mandatzahl wie in der Oberzuteilung. Ein einziges zusätzliches CDU-Direktmandat hätte erstmals einer Partei, die mit verbundenen Landeslisten antritt, auf Bundesebene ein Überhangmandat beschert.¹⁰ Die Analyse des Wahlsystems sollte deshalb nicht nur praktisch-empirische, sondern auch theoretisch-denkbare Fallgestaltungen im Auge behalten.

Für die Wahl 2009 waren 62 168 489 Deutsche wahlberechtigt. Davon blieben 18 162 914 der Wahl fern, 44 005 575 Wähler nahmen teil.¹¹ Von diesen gaben 634 385 ihre Zweitstimme ungültig ab, 43 371 190 Zweitstimmen waren gültig. Darunter gab es 2 606 902 Wähler, deren Zweitstimmen das Gesetz die Zuteilungsberechtigung vorenthielt.¹² Die verbleibenden 40 764 288 zuteilungsberechtigten Zweitstimmen bilden die Grundlage für die Verhältnisrechnung.

¹⁰ Noch bei der Bundestagsinnenausschussanhörung im Mai 2009 wurden beide Besonderheiten alleits für unwahrscheinlich gehalten; siehe <http://www.uni-augsburg.de/pukelsheim/2009Berlin>.

¹¹ *Gisart* Statistisches Bundesamt, Wirtschaft und Statistik 11/2009, 1063 (1076).

¹² Eine Zweitstimme ist zuteilungsberechtigt, falls sie gültig ist und für eine Partei abgegeben wird, die mindestens fünf Prozent der gültigen Zweitstimmen erhält (Fünfprozenthürde) oder mindestens drei Direktmandate erringt (Grundmandatsklausel) oder eine nationale Minderheit vertritt (Minderheitenprivileg). Zudem bleibt einer Zweitstimme die Zuteilungsberechtigung versagt, falls ihre zugehörige Erststimme zum Mandatsgewinn eines Wahlkreiskandidaten beiträgt, der parteilos ist oder für dessen Partei im betreffenden Bundesland keine Landesliste zugelassen ist.

1. Das Divisorverfahren mit Standardrundung (Sainte-Laguë/Schepers)

Seit der Novellierung des Bundeswahlgesetzes im März 2008 wird für die Umrechnung der Zweitstimmen in Mandate das sogenannte Divisorverfahren mit Standardrundung verwendet. Der das Verfahren bestimmende Divisor dient als Wahlschlüssel, der den Zugang zum Ergebnis eröffnet. Als Wahlschlüssel kommt jede Zahl aus einem Bereich in Frage, der durch den Übergang zur nächstgrößeren oder nächstkleineren Gesamtsitzzahl abgegrenzt ist.¹³ Die auf den ersten Blick innerhalb gewisser Grenzen gegebene Beweglichkeit des Wahlschlüssels mag als Willkür erscheinen, wird aber durch anschließende Rundung der errechneten Quotienten neutralisiert. So ist sichergestellt, dass die sich ergebende Sitzzuteilung eindeutig ist. Rechtliche Relevanz hat allein die Eindeutigkeit des Ergebnisses. Dagegen ist irrelevant, dass das Ergebnis angesichts der Beweglichkeit des Wahlschlüssels auf unterschiedliche Weisen berechnet werden kann. Bei der Wahl 2009 liegt der Wahlschlüssel im Bereich zwischen 68 194.46 und 68 196.51.¹⁴ Schaubild 1 rechnet mit dem mittigen Wert 68 196.

In Schaubild 1 werden die Stimmenzahlen durch den Wahlschlüssel geteilt und die resultierenden Quotienten standardmäßig zur Sitzzahl gerundet. Die Standardrundung geht so vor, wie es im kaufmännischen Bereich die Regel ist: Ein Bruchteilsrest kleiner als ein Halbes wird abgerundet. Ist er größer als ein Halbes, wird aufgerundet. Im Schaubild sind so viele Nachkommastellen ausgewiesen, dass die Rundungsrichtung eindeutig erkennbar wird. Ein prägnanter Satz reicht aus, um die Sitzzuteilung zu beschreiben: Auf je 68 196 Zweitstimmen entfällt rund ein Verhältnissitz.

Die SPD-Stimmen sind mit den ihnen zugeteilten 146 Sitzen von Proporzpech betroffen. Ihr Quotient $9990488/68196 = 146497$ verpasst knapp die nächste Rundungsschwelle (146.5). Ein Wahlschlüssel kleiner als $9990488/146.5 = 68194.46$ hätte zu einem Bruchteilsrest größer als ein Halbes und zur Aufrundung geführt. Dies ist aber ausgeschlossen, weil dann 599 Sitze zugeteilt werden, obwohl nur 598 anstehen. Oder anders ausgedrückt: Hätte über die 598 Ausgangssitze hinaus ein weiterer Sitz zur Verfügung gestanden, wäre er den SPD-Wählern zu Gute gekommen. Die CSU-Stimmen sind bei 42 Sitzen von Proporzglück bedacht, weil sie mit Quotient $2830238/68196 = 41502$ um ein Weniges die letzte Rundungsschwelle übertreffen (41.5). Bei einem Wahlschlüssel größer als $2830238/41.5 = 68198.51$ wäre der Bruchteilsrest unter ein Halbes gerutscht und abgerundet worden. Dies kann aber keinen Bestand haben, weil dann nur 597 Sitze verteilt werden. Oder anders herum: Der letzte der 598 Verhältnissitze entfällt auf die CSU-Stimmen. Allerdings entstehen drei Überhangmandate, da die CSU mit 45 Wahlkreisen drei Mandate mehr erworben hat, als ihr nach der Oberzuteilung zustehen.

Die Transparenz des Lösungssatzes „Auf je 68 196 Zweitstimmen entfällt rund ein Sitz“ ist eine bemerkens-

¹³ § 6 Abs. 2 Sätze 5–7 BWahlG enthalten nähere Vorgaben zur Bestimmung des Wahlschlüssels. Nähere Erläuterungen dazu in: Bericht der Wahlkreiskommission für die 16. Wahlperiode des Deutschen Bundestags, BT-Drs. 16/4300 vom 24. 1. 2007, Anlage 1d.

¹⁴ Die Schwellenwerte entstehen dadurch, dass die Stimmenzahlen durch die Teiler 0.5, 1.5, 2.5, ..., 41.5, ..., 146.5, etc. dividiert werden. Dieses Vorgehen ist dasselbe wie im früheren Divisorverfahren mit Abrundung (D'Hondt/Hagenbach-Bischoff), außer dass dort die Teiler 1, 2, 3, ..., 42, ..., 147 etc. benutzt wurden. Die Schwellenwerte werden traditionell auch Höchstzahlen genannt. In dieser Diktion ist 68 198.51 die letzte Höchstzahl, auf die ein Sitz entfällt, und 68 194.46 die erste, die leer ausgeht.

Schaubild 1: Oberzuteilung im Bundesgebiet			
27. September 2009	Zweitstimmen	Quotient $\frac{\text{Zweitstimmen}}{68\,196}$	Verhältnissitze
CDU	11 828 277	173.4	173
SPD	9 990 488	146.497	146
FDP	6 316 080	92.6	93
LINKE	5 155 933	75.6	76
GRÜNE	4 643 272	68.1	68
CSU	2 830 238	41.502	42
Summe	40 764 288		598
Auf je 68 196 Zweitstimmen entfällt rund ein Verhältnissitz.			

werte Stärke des Divisorverfahrens mit Standardrundung.¹⁵ Aber verfassungsrechtlich ausschlaggebend ist die besondere Vereinbarkeit des Verfahrens mit dem Grundsatz der Wahlgleichheit. Das *BVerfG* präzisiert und stilisiert diesen Grundsatz zur Erfolgswertgleichheit der Wählerstimmen.¹⁶ Mit dieser wählerbezogenen Gleichheitsnorm harmoniert das Divisorverfahren mit Standardrundung in ganz hervorragendem Maße.¹⁷

Die hohe Übereinstimmung von Gleichheitsanspruch und Verfahrenswirklichkeit ist zunächst auf die Verhältnisrechnung beschränkt. Nach dem geltenden Wahlrecht treten neben die Verhältniskomponente aber noch Elemente der Personenwahl. Das Zusammenspiel dieser beiden Komponenten kann zu Folgen führen, die das *BVerfG* für verfassungswidrig hält, zu negativen Stimmgewichten. Sie können im Rahmen einer Unterzuteilung auftreten, aber unter bestimmten Umständen auch im Rahmen der Oberzuteilung.

2. Negative Stimmgewichte in einer Unterzuteilung

Bei der Unterzuteilung der bundesweiten Sitze einer Partei an ihre Landeslisten können negative Stimmgewichte dort auftreten, wo die Erststimmenerfolge berücksichtigt werden. Fallen die Direktmandatsgewinne einer Partei geringer aus als die der Landesliste zugeteilten Verhältnissitze, kommen alle Wahlkreissieger im Lande zum Zuge und die restlichen Verhältnissitze werden aus der Landesliste besetzt. Dieser Fall ist unproblematisch.

Gewinnt aber eine Partei mehr Direktmandate als Verhältnissitze, wird eine Unterschiedszahl ins Leben gerufen, die den Kern des Problems darstellt.¹⁸ Denn da das Wahlgesetz allen Wahlkreissiegern ein Parlamentsmandat zuweist und die Verhältnisrechnung nicht genügend Sitze bereit stellt, werden Zusatzsitze nötig. In Höhe der Unterschiedszahl entstehen Überhangmandate und der Bundestag wird über die Ausgangszahl von 598 Sitzen hinaus größer. Schon *Geyerhahn*¹⁹ erwo, dass die Wahlkreissiege die Verhältnissitze übertreffen können, sah darin aber nur eine seltene

Eventualität. Vor 1980 traten in Bundestagswahlen Überhangmandate in der Tat nur unregelmäßig auf. Seitdem ist die seltene Eventualität zum Regelfall geworden.

Soweit es ein bestimmtes Bundesland und eine bestimmte Partei betrifft, bezeichne d die Zahl der Direktmandate und v die Zahl der Verhältnissitze. Die Unterschiedszahl $d - v$ wurde lange Zeit einseitig mit Sicht auf die d Direktmandate beurteilt. Wenn mehr Wahlkreise gewonnen werden, wächst d und damit auch die Unterschiedszahl. Mehr Wahlkreisgewinne bedeuten mehr Erfolg bei den Wählern, mehr Wahlerfolg rechtfertigt mehr Parlamentsmandate. Dass diese Mandate zur Ausgangssitzzahl hinzutreten und nicht in die Verhältnisrechnung eingebettet sind, erscheint dann als Eigenheit eines Systems, das eine mit der Personenwahl verbundene Verhältniswahl verwirklicht.

Meyer war der erste, der auch die Verhältnissitze v in den Blick nahm.²⁰ Die Unterschiedszahl $d - v$ wächst auch dann, wenn die Zahl der Verhältnissitze v kleiner wird. Weniger Verhältnissitze kommen durch weniger Erfolg bei den Zweitstimmen zu Stande. Ein Verhältnissitz, der in einem Land frei wird, kann aber das Sitzkontingent in einem anderen Land vergrößern. Hat die Partei in einem Land schon Überhangmandate sicher, dann bleibt der Verlust von Zweitstimmen dort ohne Wirkung, aber in einem anderen Land kann ein Verhältnissitz hinzukommen. Weniger Zweitstimmen können so zu einem Sitzgewinn für die Partei insgesamt führen.

Aus Sicht der Gesamtpartei erscheint dies profitabel, wenn auch nur schwer steuerbar. Aus Sicht derjenigen Wähler, die das Wahlrecht nicht nur als „black box“ betrachten, sondern die Wirkung ihrer Stimmen verstehen wollen, stellt sich diese Gegenläufigkeit dagegen als Desorientierung dar. Sie verunsichert und stellt die Legitimations- und Integrationskraft des Wahlsystems in Frage.

Schaubild 2 zeigt die Unterzuteilung von 173 Sitzen an die CDU-Landeslisten. Auf je 69 000 Zweitstimmen entfällt rund ein Verhältnissitz. Nach Abrechnung der Direktmandate entstehen 21 Überhangmandate, davon vier in Sachsen. Hier lassen sich die Auswirkungen negativer Stimmgewichte sichtbar machen. Der Verlust von 15 000 CDU-Zweitstimmen in Sachsen hätte das CDU-Bundeskontingent gleich gelassen, aber Niedersachsen einen Sitz mehr zugeteilt und Sachsen einen weniger.²¹ Bei sechzehn Direktmandaten wäre bei der sächsischen CDU ein weiteres Überhangmandat hinzugekommen, bundesweit wären also 22 statt 21 entstanden. Der Verlust an Zweitstimmen hätte also den Gewinn eines Sitzes für die CDU-Fraktion nach sich gezogen, von $173 + 21 = 194$ auf $173 + 22 = 195$ Sitze.

Diese Eigenheit hat nichts mit einer parteipolitischen Ausrichtung zu tun. Genauso hätte der Verlust von 600 SPD-Zweitstimmen in Bremen zu einem Sitzgewinn für die SPD-Fraktion geführt.²² Die Gegenläufigkeit von Stimmenzahl und Sitzzuteilung, die mit dem Begriff negative Stimmgewichte umschrieben wird, hat das *BVerfG* als verfassungswidrig verworfen.²³

¹⁵ Das Verfahren benutzt einen beweglichen Wahlschlüssel und ein festes Rundungsverfahren. Dagegen beruht das frühere Quotenverfahren mit Ausgleich nach größten Resten (Hare/Niemeyer) auf einem festen Wahlschlüssel und einem beweglichen Rundungsverfahren. Ein Verfahren, das einen festen Wahlschlüssel mit einem festen Rundungsverfahren kombiniert, um immer die vorgegebene Zahl von Sitzen zuzuteilen, gibt es nicht.

¹⁶ Vgl. ausführlich *BVerfGE* 95, 408 (418), wo das *BVerfG* seine Rechtsprechung zu Differenzierungen des Erfolgswerts der Wählerstimmen zusammenfasst.

¹⁷ *Pukelsheim* DVBl 2008, 889 (895); und *W. Schreiber* DVBl 2006, 529 (534).

¹⁸ § 6 Abs. 5 BWahlG.

¹⁹ *Geyerhahn*, Das Problem der verhältnismäßigen Vertretung, Wiener Staatswissenschaftliche Studien, Bd. 3 Heft 4, 1902, S. 29.

²⁰ *H. Meyer* KritV 1994, 312 (321).

²¹ Bei dann 785 898 Zweitstimmen für die CDU in Sachsen, mit Divisor 68 400.

²² Eine detailreiche Analyse der Dresdner Nachwahl 2005 bietet *Behnke* Politische Vierteljahresschrift 49 (2008), 695 (697). Weitere Beispiele mit den Zahlen der Wahl 2009 bei *Lübbert* Zeitschrift für Parlamentsfragen (Zparl) 2/2010, 278 (283). Zur Verursachung negativer Stimmgewichte durch Beteiligungsskoren bei Volksabstimmung *Jung*, in: *Feld/Huber/Jung/Welzel/Wittreck* (Hrsg.), Jahrbuch für direkte Demokratie 2009, S. 40 (61).

²³ *BVerfGE* 121, 266 (Ls.).

Schaubild 2: Unterteilung an die Landeslisten der CDU					
27. September 2009	Direktmandate	Zweitstimmen	Quotient <small>$\frac{\text{Zweitstimmen}}{69000}$</small>	Verhältnissitze	Überhangmandate
Schleswig-Holstein	9	518 457	7.51	8	1
Mecklenburg-Vorpommern	6	287 481	4.2	4	2
Hamburg	3	246 667	3.6	4	
Niedersachsen	16	1 471 530	21.3	21	
Bremen	0	80 964	1.2	1	
Brandenburg	1	327 454	4.7	5	
Sachsen-Anhalt	4	362 311	5.3	5	
Berlin	5	393 180	5.7	6	
Nordrhein-Westfalen	37	3 111 478	45.1	45	
Sachsen	16	800 898	11.6	12	4
Hessen	15	1 022 822	14.8	15	
Thüringen	7	383 778	5.6	6	1
Rheinland-Pfalz	13	767 487	11.1	11	2
Baden-Württemberg	37	1 874 481	27.2	27	10
Saarland	4	179 289	2.6	3	1
<i>Summe</i>	<i>173</i>	<i>11 828 277</i>		<i>173</i>	<i>21</i>
Auf je 69 000 Zweitstimmen entfällt rund ein Verhältnissitz.					

Schaubild 3: CSU-Stimmenverlust und CDU-Sitzgewinn					
Fiktives Szenario	Direktmandate	Zweitstimmen	Quotient <small>$\frac{\text{Zweitstimmen}}{68183}$</small>	Verhältnissitze	Überhangmandate
CDU (+ 2 000)	173	11 830 277	173.508	174	21
SPD (- 2 000)	64	9 988 488	146.495	146	
FDP	0	6 316 080	92.6	93	
LINKE	16	5 155 933	75.6	76	
GRÜNE	1	4 643 272	68.1	68	
CSU (- 68 000)	45	2 762 238	40.51	41	4
<i>Summe</i>	<i>299</i>	<i>40 696 288</i>		<i>598</i>	<i>25</i>
Auf je 68 183 Zweitstimmen entfällt rund ein Verhältnissitz.					

3. Negative Stimmgewichte in der Oberzuteilung

Auch die Oberzuteilung ist für negative Stimmgewichte anfällig. Bis zur Wahl 2009 erschien dies als vollkommen unrealistisch. Dementsprechend hat sich auch das *BVerfG* nicht zu diesem Problem geäußert. Der Gesetzgebungsauftrag bezieht sich deshalb bei enger Auslegung nur auf die Beseitigung negativer Stimmgewichte in den Unterteilungen. Freilich steht es dem Gesetzgeber offen, sie auch in der Oberzuteilung auszuschließen. Konfrontiert ist er mit der Problematik jedenfalls insofern, als erstmals Überhangmandate auf die CSU entfallen und damit die thematisierte Unterschiedszahl auch in der Oberzuteilung an Bedeutung gewinnt.

Das Wahlergebnis 2009 verursacht keine Probleme, wie aus Schaubild 1 ersichtlich wird. Hätten etwas weniger Wähler ihre Zweitstimme der CSU gegeben, so ginge der dadurch freiwerdende CSU-Verhältnissitz an die SPD, die mit Quotient 146 497 sichtbar die Aspirantin auf den nächsten verfügbaren Sitz ist. Weniger Stimmen für eine Partei (CSU) führen zur Stärkung einer konkurrierenden Partei (SPD) – das erscheint als Logik politischer Repräsentation recht und billig. Anzumerken ist allerdings, dass die CSU nicht schwächer vertreten wäre, da ihre 45 Wahlkreissiege unangetastet bleiben.

Anders sähe die Lage aus, wenn der CSU-Sitz zum politischen Freund wanderte. Zur Konstruktion eines solchen fiktiven Szenarios seien in Niedersachsen 2000 Stimmen von der SPD zur CDU transferiert. Mit dieser Umgewichtung ginge die Aspirantur auf den nächsten Sitz zur CDU über. Wie Schaubild 3 verdeutlicht, würde der Verlust von 68 000 CSU-Stimmen – was fast den Divisor 68 183 erreichen und einen Sitzverlust bedeuten würde – zu einem Sitzgewinn der niedersächsischen CDU führen. Die CDU/CSU-Fraktion würde um ein Mitglied gestärkt, von vorher 173+21+45 = 239 auf jetzt 174+21+45 = 240 Sitze.

Das fiktive Szenario erzeugt dieselbe verkehrte Welt wie negative Stimmgewichte. CSU-Anhänger könnten ihrer Partei die Zweitstimme verweigern, um die Unionsfraktion insgesamt zu stärken. Anhänger gegnerischer Parteien mögen erwägen, mit ihren Zweitstimmen zur CSU überzulaufen, um den Sitzgewinn der Unionsfraktion zu vereiteln.

Freilich bleiben solche Deutungen spekulativ. Zum einen ist fraglich, ob die CSU-Wähler im Interesse der CDU/CSU-Fraktion im Bundestag tatsächlich davon absehen, der CSU in Bayern ihre Stimme zu geben. Zum anderen gilt bei der Diskussion um strategische Stimmabgaben zu bedenken, dass in der Regel die Steuerbarkeit der gewünschten Auswir-

kung ungewiss bleibt. Im Fall des der Entscheidung des *BVerfG* zu Grunde liegenden Sachverhalts war es erst die Nachwahl im Wahlkreis Dresden I, die negative Stimmgewichte kalkulierbar machte.²⁴

Das fiktive Szenario illustriert jedenfalls, dass auch auf der Ebene der Oberzuteilung Fälle auftreten können, die dem negativen Stimmgewicht ähneln. Dies wird deshalb im Folgenden in die Lösungsoptionen mit einbezogen. Die Unterschiedszahl zwischen Direktmandaten und Verhältnissitzen gibt den Optionen Struktur. Man kann (mit § 6 Abs. 5 Satz 1 BWahlG) die Zahl der Direktmandate als fest ansehen und verhindern, dass die Zahl der Verhältnissitze darunter fällt (III.). Oder man hält an den Verhältnissitzen fest und deckelt damit die Zahl der Direktmandate (IV.). Schließlich kann man auch separate Berechnungen pro Bundesland durchführen, um so landeslistenübergreifende Sitztransfers zu unterbinden (V.).

III. Personenwahl vor Verhältniswahl: Parlamentsvergrößerung und Augsburgere Zuteilungsverfahren (Option P)

Das direktmandatsbedingte Divisorverfahren mit Standardrundung (Augsburger Zuteilungsverfahren) bietet eine erste Möglichkeit, um negative Stimmgewichte bei den Unterteilungen an die Landeslisten der Parteien auszuschließen. Von dem Sitzkontingent, das die Parteien auf Bundesebene bekommen, erhalten ihre Landeslisten mindestens so viele Sitze, wie sie Wahlkreissieger vorweisen. Die Bestimmung des Wahlschlüssels ist an diese Zusatzbedingung anzupassen, was rechnerisch kein Problem darstellt. Die Komponenten von Personenwahl und Verhältniswahl werden dadurch so verbunden, dass das bessere Ergebnis – die Direktmandate oder die angepassten Verhältnissitze – zum Tragen kommt.²⁵

Bei der Wahl 2009 wären über die 173 CDU-Direktmandate hinaus der CDU keine weiteren Sitze zugefallen. Die bundesweite Verhältnisrechnung gibt der CDU 173 Verhältnissitze (siehe Schaubild 1), was exakt gleich der Zahl ihrer Wahlkreissiege ist. Die 21 CDU-Mandatsträger, die jetzt über Landeslisten in den Bundestag eingezogen sind, gäbe es erst gar nicht. Bundestagspräsident *Lammert* wäre ohne Mandat geblieben wie auch Ministerin *von der Leyen*, um die Konsequenzen einmal zu personifizieren.²⁶

Die direktmandatsbedingte Variante stellt allerdings nur eine Minimalreparatur dar, die das Auftreten negativer Stimmgewichte – wie vom *BVerfG* verlangt – bei den Unterteilungen heilt. Vor der Wahl 2009 waren die bundesweiten Oberzuteilungen immer frei von der diskutierten Problematik und die Minimallösung wäre vertretbar gewesen, der Bundestag konnte sich aber nicht dazu durchringen. Nach der Wahl 2009 stellt sich die Lage anders dar. Die erstmalig angefallenen Überhangmandate der CSU und die

auf Bundesebene in greifbare Nähe gerückten Überhangmandate der CDU rufen nach einem ergänzenden Eingriff in die Oberzuteilung.

Eine systemnahe Korrekturmöglichkeit bestünde darin, die Bundestagsgröße über die Anfangssitzzahl 598 hinaus heraufzusetzen, bis alle Überhangmandate abgebaut sind.²⁷ Bei der vergangenen Wahl 2009 wäre der Überhang an Sitzen in der Oberzuteilung ab einer Bundestagsgröße von 641 Sitzen beseitigt. Bei dieser Größe entfielen auf die CDU 186 Mandate (Divisor 63 500). Dementsprechend verblieben der CDU über die 173 Direktmandate hinaus 13 Sitze, die aus Landeslisten zu besetzen wären. Bundestagspräsident und Ministerin wären gerettet.

Die zweigleisige Lösung, Probleme in der Oberzuteilung durch eine Vergrößerung des Bundestags zu umgehen und Probleme in den Unterteilungen durch die direktmandatsbedingte Variante des Divisorverfahrens mit Standardrundung zu beseitigen, sei als Option P bezeichnet, da die Personenwahlkomponente dominiert. Zwei Einwände erscheinen bedenkenswert.

Erstens ließe sich einwenden, dass ein Bundestag mit 641 Sitzen zu groß sei. Aber um am Ende mit weniger Sitzen heraus zu kommen, müsste man nur am Anfang die Ausgangszahl von 598 Sitzen (und 299 Wahlkreisen) herabsetzen. Unterstellt man ein gleichbleibendes Wahlverhalten, wären in der Wahl 2009 bei anfänglichen 550 Sitzen (und 275 Wahlkreisen) am Schluss um die 600 Sitze zusammen gekommen, bei anfänglichen 500 Sitzen (und 250 Wahlkreisen) nur etwa 550.

Der erste Verfahrensteil der Option P, den Bundestag gegebenenfalls zu vergrößern, vermeidet Überhangmandate nur bei der Oberzuteilung, nicht aber bei den Unterteilungen. Selbst bei einer Ausgangszahl von 641 Sitzen, bei der in der Oberzuteilung alle Direktmandate von der Verhältnisrechnung getragen werden, kommt es nach geltender Gesetzeslage bei der Unterteilung von dann 186 Sitzen an die CDU-Landeslisten noch zu insgesamt 16 Überhangmandaten. Der Bundestag würde also 657 (= 641 + 16) Mitglieder umfassen. Nach derzeitiger Regelung würden zum Beispiel der nordrhein-westfälischen CDU-Landesliste 49 der 186 Sitze zugeteilt, unberührt von den anderswo ins Leben gerufenen Überhangmandaten.

An dieser Stelle käme ein zweiter Einwand ins Spiel. Die direktmandatsbedingte Variante, der zweite Verfahrensteil von Option P, kennt keine Überhangmandate. Von den 186 CDU-Verhältnissitzen werden 173 für die Wahlkreissieger reserviert. Nachfolgend kann nur über 13 Sitze verfügt werden. Die nordrhein-westfälischen CDU-Stimmen bekommen nunmehr 41 Sitze zugeteilt. Dies macht acht Sitze weniger als nach geltendem Gesetz. Zur Ausstattung der vorherigen 16 Überhangmandate werden acht (= 49–41) allein von der nordrhein-westfälischen CDU-Landesliste geschultert. Die dortigen CDU-Wähler könnten sich im Vergleich etwa zu den baden-württembergischen CDU-Wählern benachteiligt fühlen.

Hier prallen zwei konkurrierende Gleichheitsansprüche aufeinander. Einerseits steht parteiübergreifend der Gleichheitsanspruch des Wahlvolks im gesamten Wahlgebiet im Raum. Hauptziel ist, dass alle Parteien in einem möglichst den Stimmzahlen angenäherten Verhältnis im Bundestag vertreten sind.²⁸ Die Erfolgswertgleichheit bei der (Ober-)Zuteilung der Sitze an die Parteien wird durch das beschriebene Verfahren gesichert. Dies wiegt umso schwerer, als der

²⁴ Das *BVerfG* hebt diese Besonderheit selbst hervor; *BVerfGE* 121, 266 (299); sehr deutlich *Behnke* KritV 1/2010, 1 (18).

²⁵ *Pukelsheim* DVBl. 2008, 889 (894). Ein ergebnisgleicher Rechenweg wurde schon 1996 in einem Gesetzentwurf der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen aufgezeigt; siehe BT-Drs. 13/5575 vom 24. 9. 1996. Schon seit 1998 wird die direktmandatsbedingte Variante für die Wahl zum Schottischen Parlament praktiziert, allerdings in Verbindung mit dem Divisorverfahren mit Abrundung (D'Hondt/Hagenbach-Bischoff) an Stelle des hier relevanten Divisorverfahrens mit Standardrundung; siehe www.opsi.gov.uk/acts/acts1998/ukpga_19980046_en_2.

²⁶ Das wäre wahrscheinlich eher nicht eingetreten, da bei Option P die Prominenz wohl darauf bestanden hätte, in einem sicheren Wahlkreis zu kandidieren.

²⁷ *Pukelsheim/Maier* ZParl 2008, 312 (315).

²⁸ *BVerfGE* 121, 266 (296).

Bundestag das Repräsentativorgan auf Bundesebene ist und föderale Aspekte eine nachgeordnete Rolle spielen.

Als weiteres Ziel können im Wahlsystem auch Belange des föderalen Proporz berücksichtigt werden.²⁹ Jede Parteienhängerschaft unter sich (im obigen Beispiel die CDU-Wähler) sollte über die diversen Landeslisten hinweg einen gleichen Erfolgswert für ihre Stimmen erzielen. Die Erfolgswertgleichheit bei den (Unter-)Zuteilungen an die Parteienlisten erscheint als eine Differenzierung, die dem Hauptziel nachgeordnet ist.

Die direktmandatsbedingte Variante beschneidet die Erfolgswertgleichheit in den Unterzuteilungen, um die Verhältnissitze an die mit den Erststimmen gewonnenen Direktmandate anzupassen und um negative Stimmgewichte zu vermeiden. Dies ist eine Möglichkeit, die vom Bundeswahlgesetz gewollte Verbindung von Personenwahl und Verhältniswahl herzustellen.

IV. Verhältniswahl vor Personenwahl: Bayerisches Vorbild 1954 (Option V)

Als Option V sei die Möglichkeit diskutiert, die Verhältnissitze einer Landesliste als Obergrenze festzulegen, wie viele Sitze für die Wahlkreissieger zur Verfügung stehen.³⁰ Reichen die Verhältnissitze nicht aus, kommen die Wahlkreissieger mit den geringsten Erststimmzahlen nicht mehr zum Zuge. Diese Regelung praktizierte Bayern für die Landtagswahl 1954.³¹ Der *Bayerische VerFGH* beurteilte sie als verfassungsgemäß.³² Logik und Argumentation des Urteils bleiben auch im Licht der heutigen Rechtsprechung aktuell.

Die Regelung, bei unzureichender Zahl von Verhältnissitzen in einem Bundesland den schwächsten Wahlkreissiegern keinen Sitz zuzuteilen, lässt sich gleichermaßen auf Ober- und Unterzuteilungen anwenden. Im Endergebnis wird die Ausgangszahl von 598 Gesamtsitzen makellos eingehalten. Wenn die Zweitstimmzahlen unverhältnismäßig hinter den Erststimmzahlen zurück bleiben, schlagen die Konsequenzen auf die Personenwahlkomponente durch.³³ Dies ist eine zweite Möglichkeit, die vom Gesetz gewollte Verbindung zwischen Personenwahl und Verhältniswahl herzustellen.

Option V geht mit dem geringsten rechnerischen Eingriff einher. Die Verhältnisrechnung läuft ab wie bisher, ohne dass Zusatzbedingungen erforderlich sind. Die Oberzuteilung wie auch alle Unterzuteilungen gehorchen dem Prinzip der Erfolgswertgleichheit der Zweitstimmen. An die Verhältnissitze, die sich so ergeben, wird das Personenwahlergebnis angepasst. Negative Stimmgewichte sind passé. Der politische Eingriff der Option ist dagegen immens, wird doch der Grundsatz aufgegeben, dass jeder Wahlkreis stets durch einen Abgeordneten im Bundestag vertreten ist. Option V kann so gedeutet werden, dass sie sich am Verursacherprinzip orientiert. Personen- und Verhältniswahl werden in denjenigen Bundesländern miteinander verbunden, wo sie auseinander zu laufen drohen. Anstatt in Baden-Württemberg zehn Überhangmandate entstehen zu lassen, die aus Nord-

rhein-Westfalen und anderswo abgezogen werden, findet die Reparatur im Ländle selbst statt. Zudem stärkt Option V die selbstregulierenden Kräfte des Systems. Zukünftig wäre es im Interesse nicht nur der Wähler, sondern auch der Kandidaten und Parteien, möglichst gleichgroße Wahlkreise einzurichten. Zu kleine Wahlkreise bergen die Gefahr in sich, dass die Wahlkreissieger wegen zu geringer Erststimmenerfolge nicht mehr zum Zuge kommen.³⁴

V. Erhalt der Überhangmandate: Föderales Eigenständigkeitsmodell (Option F)

Eine Vermeidung negativer Stimmgewichte ist auch ohne Abschaffung von Überhangmandaten möglich. Denkbar ist eine sechzehnfache, separat für jedes Bundesland vorgenommene Auswertung der Wahlergebnisse. Bei separaten Sitzzuteilungen pro Bundesland können Überhangmandate in einem Land nicht auf ein anderes ausstrahlen. Negative Stimmgewichte können nicht mehr auftreten.

Bei dieser Option muss allerdings klar sein, wie viele der Sitze auf jedes Bundesland entfallen. Die Sitzkontingente könnten in der Mitte einer Legislaturperiode von der Wahlkreiskommission zusammen mit der Wahlkreiseinteilung im Verhältnis der Bevölkerungszahlen bestimmt werden.

Problematisch erscheint der Widerspruch, mit dem dieses aufgebrochene Wahlsystem dem unitarischen Charakter des Bundestags entgegen steht,³⁵ er wiegt jedenfalls schwerer, als es nach dem geltenden Wahlsystem durch die Berücksichtigung föderaler Aspekte der Fall ist. Zudem drohen zwei Komplikationen, die im Grunde Option F als eine vertretbare Alternative verwerfen.³⁶ Erstens kann ein Verhältniswahlsystem der Erfolgswertgleichheit der Wählerstimmen nur nahe kommen, wenn es genügend viele Sitze gibt, um Verhältnismäßigkeit zu ermöglichen. Aus umfangreichen Untersuchungen ergibt sich als Faustregel, dass mindestens doppelt so viele Sitze verfügbar sein müssen, wie es Parteien im Parlament gibt.³⁷ Bei fünf Parteiblöcken im Bundestag wäre das Saarland mit acht Sitzen ein kleiner Problemfall, Bremen mit fünf ein großer.³⁸ Kleinen Wahldistrikten kann durch die Schaffung von Wahlkreisverbänden entgegen gewirkt werden. Etwa könnten das Saarland und Rheinland-Pfalz einen Verband bilden³⁹ und Bremen mit Niedersachsen einen anderen. Option F, die die föderale Struktur hofieren soll, würde stattdessen die Kleinstaaterei an den Pranger stellen.

Zweitens zwingt die Option das Wahlvolk dazu, sich ein strategisches Kalkül der Stimmenabgabe anzueignen. Zweitstimmen für eine überhängende Landesliste sind verloren.

³⁴ Bei der Wahlkreiseinteilung wäre eine Herabsetzung der Abweichungsschwellen von 15 und 25 Prozent in § 3 Abs. 3 Satz 3 BWahlG auf 10 und 15 Prozent nach den Empfehlungen der OSZE sinnvoll; vgl. Wahl zum Deutschen Bundestag, 27. September 2009, Bericht der OSZE/ODIHR-Wahlbewertungskommission, Warschau, 14. Dezember 2009, Abschnitt V.B; www.osce.org/documents/odihr-el/2009/12/42_097_de.pdf.

³⁵ H. Meyer DVBl. 2009, 137 (140).

³⁶ Das *BVerfG* bewertet das föderale Anliegen der Ausgestaltung des Wahlsystems zwar als verfassungslegitimes, aber nicht als sehr starkes Ziel; vgl. *BVerfGE* 121, 266 (303 ff.).

³⁷ Pukelsheim/Maier/Leutgäb NWVBl. 2009, 85 (88).

³⁸ Das Problem zu kleiner Wahldistrikten, mit dem sich die schweizerischen Kantone regelmäßig konfrontiert sehen, kann durch das doppelproportionale Divisorverfahren mit Standardrundung gelöst werden (Zürich, Schaffhausen, Aargau); siehe Pukelsheim/Schubmacher AJP/PJA 2004, 505 (512). Was gut zur schweizerischen Tradition passt, ist allerdings nicht automatisch auch attraktiv aus deutscher Sicht. Zudem wäre die doppelproportionale Variante zu modifizieren, um die mit den Erststimmen gekürzten Wahlkreissieger unterzubringen.

³⁹ So Isensee DVBl 2010, 269 (275).

²⁹ *BVerfGE* 121, 266 (302).

³⁰ Der Vorschlag wurde schon 1902 von Geyerhahn (Fn. 19) gemacht. § 5 BWahlG bedarf dann eines entsprechenden Vorbehalts.

³¹ *Unterpaul*, Die Grundsätze des Landeswahlrechts nach der Bayerischen Verfassung im Lichte der Entwicklung von 1946 bis 1989, 1992, S. 80–83, 176–179.

³² *BayVerfGH* 7 (1954), 99 (104f.).

³³ Bei der Wahl 2009 entfielen auf die 24 Wahlkreissieger, die in Überhangländern die schwächsten Erststimmenerfolge vorweisen, im Durchschnitt grob ein Drittel der Erststimmen (38 Prozent).

Der Stimmzettelaufdruck, dass die Zweitstimme die maßgebende Stimme für die Verteilung der Sitze insgesamt auf die einzelnen Parteien sei, wird unhaltbar. Bei der Wahl 2009 hätte die CDU in Baden-Württemberg ihre (Direkt-) Mandate auch ohne jede Zweitstimme erlangt, ebenso die CSU in Bayern. Insgesamt wäre knapp ein Fünftel der zuteilungsberechtigten Zweitstimmen wirkungslos verpufft.⁴⁰ Option F wäre insofern eine Einladung, die zwei Stimmen stärker strategisch einzusetzen als bislang,⁴¹ was rechtlich nach überwiegendem Verständnis der Wahlfreiheit durchaus zulässig wäre. Wollte man einem massiven strategischen Stimmen-splitting entgegenwirken, wäre der Übergang zu einem Einstimmensystem zu erwägen.

VI. Mehrheitswahl und Mythologie

Die Bewertung jeglicher Handlungsoptionen hängt wesentlich von der Ausformung bzw. Deutung des gesetzlichen Ziels ab, das Wahlsystem nach den Grundsätzen einer mit der Personenwahl verbundenen Verhältniswahl zu gestalten. Auch das *BVerfG* hat über die Jahrzehnte zur Konfusion beigetragen. Dies reicht von Formulierungen, es handle sich um eine Mehrheitswahl, „die ... der proportionalen Sitzverteilung vorgeschaltet ist“,⁴² bis zu einem „Verhältnisausgleich, der hinter eine Mehrheitswahl im Wahlkreis gesetzt wird“.⁴³ Andere Entscheidungen lassen Sensibilität für die Systemgestaltung erkennen, wenn es dort heißt, „dass bei der Auswahl der Kandidaten Elemente der Mehrheitswahl vorgeschaltet sind“.⁴⁴

Die tradierte Verkündung, dass die Personenwahlkomponente einer reinen Mehrheitswahl gleich komme, wird von *Lenski*⁴⁵ äußerst gehaltvoll entmythologisiert. Bei einer Mehrheitswahl gewinnt nur einer, nämlich wer die meisten Stimmen bekommt.⁴⁶ Beim bundesdeutschen Wahlsystem gewinnen aber vielfach auch zweite, dritte oder gar weitere Wahlkreisbewerber. Sie alle ziehen in den Bundestag ein, einer als Wahlkreis König und die anderen über Landeslisten. Eine Personenwahl, die mit der Verhältniswahl verbunden ist, ist solange keine reine Mehrheitswahl, wie sich Kandidaten sowohl um Wahlkreis- als auch um Listenmandate bewerben. Sie scheidet nicht die Mehrheit von der Minderheit. Nur ein Drittel der Wahlkreise (97) im amtierenden Bundestag sind allein durch ihren Wahlkreissieger vertreten, 117 durch zwei Abgeordnete, 64 durch drei, 19 durch vier und die Wahlkreise 252 und 279 (Augsburg-Stadt und Pforzheim) sogar durch alle fünf.⁴⁷ Der Personenwahlkomponente kommt insofern wohl eher eine psychologische Funktion zu. Sie macht deutlich, dass viele Wähler durch wenige Mandatsträger repräsentiert werden. Diese menschliche Dimension strahlt auch auf die Zweitstimme aus und diese Ausstrahlung ist nicht gering zu schätzen. Die Rolle der Personen würde in einem reinen Verhältniswahlsystem mit starren Listen weit

weniger betont. Dass darüber hinaus Parteien hinzutreten, um beim Massengeschäft demokratischer Volkswahlen als vermittelnde Institutionen mitzuwirken, steht diesem Verständnis nicht entgegen.

Wer das Heil der Demokratien im Mehrheitswahlrecht erblickt, wird als Reparaturoption das „Grabensystem“ favorisieren. Beim Grabensystem wird eine Hälfte des Bundestags durch reine Mehrheitswahl bestimmt, die andere durch reine Verhältniswahl.⁴⁸ Da dann der Verhältnisrechnung nur halb so viele Sitze wie derzeit zur Verfügung stehen, halbiert das Grabensystem die Repräsentation der Wählerschaft kleinerer Parteien, die keine Wahlkreissieger küren können. Verfassungsrechtlich bedeutsamer dürfte sein, dass mit Blick auf die Wahlgrundsätze gleichgroße Wahlkreise eingerichtet und mehrheitswahltaugliche Nachrückerregelungen geschaffen werden müssen, weder das eine noch das andere ist derzeit gegeben. Zudem geht jede Mehrheitswahl unweigerlich einher mit Wahlabsprachen, die 1918 als Grund für ihre Abschaffung galten: „Unleugbare Vorteile [eines Verhältniswahlsystems] sind auch der Wegfall jeder Nötigung zu unnatürlichen Wahlbündnissen“.⁴⁹

VII. Schlussfolgerungen

Im Ergebnis stellen sich die föderale Option F wie auch das Grabensystem als zu problembeladen dar, um als empfehlenswerte Handlungsalternativen fortzubestehen. Die Optionen P und V erscheinen dagegen als gangbar. Beide schaffen eine wirksame Verbindung zwischen der Personenwahl und der Verhältniswahl, wie das Bundeswahlgesetz es will.

Option P steht dem derzeitigen Wahlsystem näher. Die nach alter Art bei den Unterzuteilungen ins Leben gerufenen Überhangmandate würden von den überhangfreien Landeslisten derselben Partei alimentiert. Allerdings bestünde für die Parteipolitiker des Landes, deren Liste überhängt, kaum Veranlassung, daran etwas zu ändern. Wähler, die durch Stimmensplitting bewusst auf Überhangmandate hinarbeiten, könnten ihr Verhalten in dem Bewusstsein beibehalten, nicht nur die Repräsentation der Partei ihrer Wahl, sondern auch die ihres Bundeslandes zu verstärken.

Option V bietet das größere Potential, auch langfristig Bestand zu haben. Sie beinhaltet für die Parteipolitiker eines Landes Anreize zu selbstkorrigierenden Aktionen, da die Anpassungseffekte im betroffenen Land selbst spürbar würden.⁵⁰ Natürlich ist es für die Wähler enttäuschend, dass beide Stimmen ohne Wirkung bleiben können. Die 24 schwächsten Wahlkreissieger, die bei der Wahl 2009 in Überhangländern zusammen kamen, wurden von 1 141 487 Erststimmen getragen, die bei Option V unwirksam blieben. Dem steht allerdings mit 2 506 862 mehr als das Doppelte an Zweitstimmen zur Seite, die – obwohl maßgeblich – mangels Zuteilungsberechtigung ebenfalls keine Wirksamkeit entfalten. Dies sollte man als zwei Seiten derselben Medaille werten. Eine mit der Personenwahl verbundene Verhältniswahl bleibt eine hybride Konstruktion, die nicht frei von Nachteilen ist, deren Vorteile aber bei weitem überwiegen.

Die Verbindung zwischen den Systemkomponenten Personenwahl und Verhältniswahl, die in den Optionen P und V

⁴⁰ In Zahlen: 7 642 109/40 764 288 = 19 Prozent.

⁴¹ Eindringlich *Behnke* KritV 1/2010, 1 (25).

⁴² *BVerfGE* 10, 85 (90); 95, 408 (422); 97, 317 (325). Kritisch dazu auch *Nohlen* ZParl 2009, 179 (186).

⁴³ *BVerfGE* 6, 84 (90).

⁴⁴ *BVerfGE* 31, 127 (129); 66, 291 (304).

⁴⁵ *Lenski* AöR 134 (2009), 473 ff.

⁴⁶ Allgemein zum Mehrheitsprinzip jüngst *Krüper* www.zjs-online.com/dat/artikel/2009_5_223.pdf.

⁴⁷ Hinzu kommen 13 Listenbewerber, die in keinem Wahlkreis kandidiert haben; Der Bundeswahlleiter (Hrsg.), Wahl zum 17. Deutschen Bundestag am 27. September 2009, Heft 3, Endgültige Ergebnisse nach Wahlkreisen, 2009, S. 206–239. Für die 16. Legislaturperiode siehe *Lenski* AöR 134 (2009), 473 (594).

⁴⁸ Unter der Bezeichnung gemischtes Wahlsystem schon bei *Erdmannsdörffer*, Ein neues Wahlgesetz – Vorschläge zur Schaffung eines „gemischten Wahlsystems“, 1919, S. 36. Kritisch *Mahrenholz*, in: Festschrift für Winfried Hassemer, 2010, S. 111 (118).

⁴⁹ RT-Drs. 13/1288, II. Session 1914/18 (11).

⁵⁰ *Pukelsheim* KritV 2000, 76 (97).

hergestellt wird, befreit auch das Nachrücken aus der Landesliste vom Odium eines systemfremden Bruchs. Eine Unterschiedszahl, die ausdrückt, dass in einem Land einer Partei mehr Direktmandate zufallen als Verhältnissitze, kann bei keiner der beiden Optionen zu Stande kommen. Das Nachrücker-Urteil des *BVerfG* wird obsolet.⁵¹ Zudem könnten Nachwahlen wie 2005 die im Wahlkreis Dresden I durch eine Nachrückerregelung aus der Liste umgangen werden.

Bei beiden Optionen P und V wird darüber hinaus das Konstrukt des doppelten Stimmenerfolgs hinfällig, das im derzeitigen System ein zwielichtiges Dasein führt. Manche Stimmen werden wegen eines drohenden Doppelerfolgs kassiert, andere nicht.⁵² Die verbundene Auswertung der zwei Stimmen bei den Optionen P und V bietet allen Wählern die Chance, mit zwei Stimmen zum Endergebnis beizutragen. Es gäbe keinen Anlass mehr, den freien Gebrauch der beiden Stimmen im Gesetz zu beschneiden.

Wahlgesetze sind Entscheidungen des Parlaments in eigener Sache.⁵³ Es droht stets die Gefahr, dass sie von der Mehrheit der Abgeordneten zur Sicherung ihrer Mehrheit genutzt werden. Das *BVerfG* hat mit Weitblick die Frist für die Än-

derung des Wahlgesetzes in die Mitte der (regulären) Amtsperiode gelegt, weil belastbare Prognosen für die Wahlen zum 18. Bundestag dann noch nicht vorliegen können. Unabhängig davon ist die Ausgestaltung des Wahlsystems eine Grundsatzentscheidung von materiellem Gewicht, die einer breiten politischen Diskussion nicht nur im Parlament und in den politischen Parteien, sondern auch in der Gesellschaft bedarf. Dass diese Diskussion bislang nicht geführt wurde, jedenfalls nicht hinreichend, ist ein Versäumnis, das ein recht schlechtes Bild vom demokratischen Gemeinwesen in Deutschland gibt. Dem Gesetzgeber verbleibt nun nur noch weniger als ein Jahr, um eine Wahlrechtsänderung auf den Weg zu bringen, die dauerhaft dem wichtigsten Akt der Legitimationsvermittlung Gestalt gibt. Dabei sollten sich alle Akteure bis hin zum gegebenenfalls überprüfenden *BVerfG* darüber im Klaren sein, dass die drei unterschiedlichen verfassungsrechtlichen Eckpunkte, an denen sich das Wahlrecht ausrichten muss, nicht alle im gleichem Maße verwirklicht werden können – sie geben nur die Form des Dreiecks vor, nicht aber dessen inhaltliche Ausgestaltung. Die von der Verfassung bewusst dem Gesetzgeber überlassene Entscheidung, wie das Wahlrecht im Einzelnen ausgestaltet ist, impliziert insoweit auch, dass die verfassungsrechtliche und gerichtliche Kontrolle auf die Grundsätze des Wahlsystems beschränkt bleibt.

51 *BVerfGE* 99, 1.

52 Pukelsheim DVBl. 2008, 889 (893).

53 v. Arnim JZ 2009, 813 ff.

Professor Dr. Axel Metzger, LL.M. (Harvard), Hannover*

Perspektiven des internationalen Urheberrechts – Zwischen Territorialität und Ubiquität

Das internationale Urheberrecht sieht sich gegenwärtig erheblichem Veränderungsdruck ausgesetzt. Auf der einen Seite stehen die Medienindustrien, welche ihre bisherigen Geschäftsmodelle nur mit Schwierigkeiten an die Gewohnheiten der Nutzer im Internet anpassen können und nach einer Verstärkung des Rechtsschutzes rufen. Auf der anderen Seite fordert eine Koalition aus Nutzern und Internetdiensten die Beibehaltung des weitgehend ungehinderten Zugangs zu Inhalten und Technologien. Der folgende Beitrag beleuchtet vor diesem Hintergrund die aktuellen Entwicklungen im Recht der Staatsverträge und im Urheberkollisionsrecht.

I. Aufstieg und Fall der Konventionen – Von RBÜ zu ACTA

1. Ausgangslage im 19. Jahrhundert

Die aktuellen Entwicklungen im internationalen Urheberrecht lassen sich nur vor dem Hintergrund der Rechtsentwicklung seit dem Abschluss der ersten Staatsverträge begreifen. Als Ausgangspunkt bietet sich das Jahr 1886 an, am Vorabend der Unterzeichnung der ersten und bis heute

wichtigsten internationalen Konvention im Urheberrecht, der Berner Übereinkunft. Die Behandlung von Urheberrechtsstreitigkeiten mit Auslandsbezug war im ausgehenden 19. Jahrhundert von zwei Prinzipien geprägt, der Territorialität des Urheberrechts und der exklusiven Schutzgewährung für die eigenen Staatsangehörigen.

Trotz der Abschaffung der vom Landesherren erteilten Privilegien für Verleger und Autoren¹ und der allgemeinen gesetzlichen Anerkennung des Schutzes aller Werke der Literatur, Wissenschaft, Musik und Kunst behielt der größere Teil der führenden Kultur- und Wirtschaftsnationen das Prinzip bei, wonach jeder Staat nur Urheberrechte für sein eigenes Territorium anerkennt. Handlungen im Ausland konnten demnach nicht zur Verletzung inländischer Rechte führen, es sei denn, die Gesetze definierten auch bestimmte extraterritoriale Handlungen als Verletzungen des inländischen Rechts.² Dieser Grundsatz lässt sich für Deutschland,³

1 Siehe hierzu Gieseke, Die geschichtliche Entwicklung des Urheberrechts, 1957, S. 23 ff.; Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 5. Aufl. 2010, S. 53 ff.; Vogel, in: Schrickler, Urheberrecht, 3. Aufl. 2006, Einleitung Rn. 52 ff.

2 Vgl. etwa §§ 18, 22 Gesetz (Norddeutscher Bund) betreffend das Urheberrecht an Schriftwerken, Abbildungen, musikalischen Kompositionen und dramatischen Werken vom 11.6.1870 und hierzu die Kommentare von Endemann, 1871, und Dambach, 1871. Zum Ausnahmecharakter dieser Regelungen siehe Beckstein, Einschränkungen des Schutzlandprinzips, 2010, S. 39 f.

3 Siehe für Deutschland Kohler, Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht, 1907, S. 213 ff.

* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Zivilrecht, Geistiges Eigentum, Informationstechnologierecht und Internationales Privatrecht an der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover, Institut für Rechtsinformatik. Der Beitrag ist die Schriftfassung seiner Antrittsvorlesung vom 16. 3. 2010, ergänzt um einzelne Nachweise.

Erwiderung

Zu Friedrich Pukelsheim und Matthias Rossi JZ 2010, 922 – 929

Das *BVerfG* hat in der Entscheidung vom 3. 7. 2008¹ das derzeit bestehende Wahlrecht zum Deutschen Bundestag insoweit als verfassungswidrig beurteilt, als es zu inversen Erfolgswerten kommen kann, bei denen ein Zuwachs an Zweitstimmen der Wähler bei der Mandatsverteilung im Ergebnis zu Lasten der gewählten Partei wirken kann. Dies verletzt nach Ansicht des Gerichts sowohl die (Erfolgswert-)Gleichheit als auch die Unmittelbarkeit der Wahl. Dem Gesetzgeber wurde vom Gericht aufgegeben, dieses Defizit bis zum 30. 6. 2011 zu beheben. Vor diesem Hintergrund erörtern *Pukelsheim* und *Rossi* wahlssystemnahe Optionen zur Vermeidung negativer Stimmgewichte und verwerfen dabei die Möglichkeit einer nach Landeslisten getrennten Sitzverteilung als zu problembeladen. Diese Bewertung verkennt die verfassungsrechtlichen Grundlagen, die staatstheoretische Fundierung und die politische Praxis der Bundestagswahlen.

Pukelsheim und *Rossi* gehen davon aus, dass eine nach Bundesländern separierte Sitzzuteilung negative Stimmgewichte jedenfalls dann ausschließt, wenn den Parteien die Sitze für die Landeslisten nicht nach ihrem anteiligen Zweitstimmenergebnis im jeweiligen Land zugewiesen werden, sondern statt dieser beweglichen Sitzverteilung die Zahl der auf ein Land und seine Listen entfallenden Sitze vorab festgelegt wird, und damit die Sitzzuteilung in den Ländern unabhängig von Unterschieden zwischen den Ländern in Hinsicht auf Wahlbeteiligung und Stimmensplitting ist. Ob das *BVerfG* ein solches Maß an Sicherheit überhaupt verlangt, ist zweifelhaft, da es im Urteil der Ansicht ist, dass der föderale Proporz der Zweitstimmen möglichst genau im Wahlergebnis der einzelnen Landeslisten wiedergegeben werden soll.² Jedenfalls nennt das *BVerfG* in der Entscheidung den Verzicht auf Listenverbindungen ausdrücklich als einen möglichen Weg aus der Verfassungswidrigkeit.³

Dennoch verwerfen *Pukelsheim* und *Rossi* diese Gestaltung des Wahlrechts als zu problembeladen. Ein Argument ist dabei der Verweis auf den unitarischen Charakter des Bundestags, dem ein derart aufgebrochenes Wahlsystem entgegenstehe. Sie greifen damit ein Argument von *Hans Meyer* auf, nach dem bei der Bundestagswahl das Bundesvolk als Entscheidungseinheit in Aktion trete, was einer föderalen Gestaltung des Wahlrechts entgegenwirke.⁴ Diesem Argument ist freilich bereits das *BVerfG* mit dem Hinweis darauf entgegengetreten, dass das Wahlsystem durch die Landeslisten in praktischer Hinsicht die gewachsenen Strukturen und Gliederungen der Parteien aufgreift und sich nutzbar macht sowie den regionalen Besonderheiten einzelner Länder Raum gibt.⁵ Tatsächlich steht hinter der Position *Meyers* eine unitarisch übersteigerte Vorstellung von Demokratie: Selbst wenn bei der Bundestagswahl das Bundesvolk als Entscheidungseinheit in Aktion tritt, ist daraus nicht zwingend abzuleiten, nach welchen inhaltlichen Vorgaben die Entscheidung über die Vergabe der Parlamentssitze getroffen wird. Neben den Wahlrechtsgrundsätzen, der Chancengleichheit der Parteien und der Statusgleichheit der gewählten Abgeordneten ist auch die Bundesstaatlichkeit zu beachten, die föderale Prä-

gungen und Ausgestaltungen auch im Bereich demokratischer Elemente der Bundesebene zulässt. Die Frage, ob und wie weit eine föderale Rücksichtnahme im Wahlrecht verfassungsrechtlich zwingend geboten ist,⁶ steht auf einem anderen Blatt. Allgemeiner gewendet: Zwischen Bundestaatlichkeit und Demokratie besteht weder verfassungsrechtlich noch staatstheoretisch ein prinzipieller Widerspruch,⁷ weshalb zum Beispiel die Mitwirkung der Länder an der Bundesgesetzgebung über den Bundesrat grundsätzlich kein demokratisches Problem ist. Deutlich wird dies auch im geltenden Wahlrecht: Die Bundestagswahl wird bereits jetzt auf der Grundlage von – in der Regel verbundenen – Landeslisten durchgeführt, ohne dass dieses Vorgehen bislang zu einer desintegrativ wirkenden Überföderalisierung geführt hat.

Als zweites Argument gegen unverbundene Landeslisten wird von *Pukelsheim* und *Rossi* die Notwendigkeit bestimmter Mindestgrößen der Ländersitzkontingente angeführt. Danach könne ein Verhältniswahlsystem nur dann der Erfolgswertgleichheit der Wählerstimmen nahekommen, wenn es genügend Sitze gibt, die anteilig vergeben werden können. Allerdings verweisen die Verfasser selbst⁸ auf eine Lösung, die *Isensee* schon vorgeschlagen hat: Durch die Bildung von Wahlkreisverbänden, in denen mehrere – und vor allem kleine – Länder zu einem Listenwahlkreis zusammengefasst sind, können ohne weiteres Mindestgrößen sichergestellt werden, die eine proportionale Verteilung zulassen, welche die Erfolgswertgleichheit der Wählerstimmen hinreichend wahr.⁹ Eine entsprechende Regelung stellt einen Ausgleich her zwischen dem Grundsatz der Erfolgswertgleichheit der Wählerstimmen und der föderalen Staats- und Parteienstruktur der Bundesrepublik. Sie liegt insoweit innerhalb des verfassungsrechtlichen Spielraums des Gesetzgebers.

Drittes Argument gegen unverbundene Landeslisten ist die Annahme eines damit ausgelösten Zwangs für das Wahlvolk, sich ein strategisches Kalkül der Stimmabgabe anzueignen. Da Zweitstimmen für eine überhängende Landesliste verloren seien, bestünde ein erheblicher Anreiz zu einem strategischen Stimmensplitting. Doch auch dieses Argument hält einer kritischen Betrachtung nicht stand. Stimmensplitting ist verfassungsrechtlich von der Freiheit der Wahl gedeckt, und das Wahlrecht darf die Möglichkeit des Splittings von Erst- und Zweitstimmen grundsätzlich eröffnen.¹⁰ Auch aus staatstheoretischer und politischer Perspektive ist Stimmensplitting legitim:¹¹ Die von dieser Möglichkeit Gebrauch machenden Wähler verfolgen ihr ureigenstes und legitimes Interesse, ihre politische Ansicht durch Ausübung des Wahlrechts möglichst weitgehend durchzusetzen; auf dieser Überlegung beruht letztlich auch die Legitimationsleistung einer freien Parlamentswahl. Zudem ist die Vorhersehbarkeit des Verhaltens der anderen Wähler außerhalb der Sonderkonstellation von Nachwahlen so stark begrenzt, dass sich die An-

⁶ Dazu *BVerfGE* 121, 266, 303; *Schreiber* ZRP 2009, 105, 109; *Grzeszick*, in: *Stern/Becker* (Hrsg.), Grundrechte-Kommentar, 2010, Art. 38 Rn. 99 ff.

⁷ *Isensee*, HStR IV, 3. Aufl. 2008, § 126 Rn. 47 f., 62 f., 272 ff., insbes. 278; *Möllers*, in: *Aulehner* u. a. (Hrsg.), Föderalismus – Auflösung oder Zukunft der Staatlichkeit?, 1997, S. 81 ff.; *Sachs* VVDStRL 58 (1999), 39, 42 ff.; *Grzeszick*, in: *Maunz/Dürig*, Art. 20 – Bundesstaat (Stand: März 2006), Rn. 42 ff.

⁸ *Pukelsheim/Rossi* JZ 2010, 922, 927.

⁹ *Isensee* DVBl. 2010, 269, 275.

¹⁰ *BVerfGE* 95, 335, 367 mit dem Hinweis, dass Stimmensplitting durch den im Demokratieprinzip wurzelnden Repräsentationsgedanken gerechtfertigt ist.

¹¹ *Isensee* DVBl. 2010, 269, 276 f.

¹ *BVerfGE* 121, 266 ff.

² *BVerfGE* 121, 266, 302 f.

³ *BVerfGE* 121, 266, 307.

⁴ *H. Meyer* DVBl. 2009, 137, 140 f.

⁵ *BVerfGE* 121, 266, 303.

reize für ein taktisches Stimmensplitting in Grenzen halten und nicht signifikant über die bereits jetzt bestehenden Anreize hinausgehen werden.

Schließlich unterlassen *Pukelsheim* und *Rossi* es, die Vorteile unverbundener Landeslisten aufzuführen, die vor allem im Vergleich mit den anderen Optionen deutlich werden. Ein Grabensystem, bei dem ein Teil der Mandate nach Verhältniswahlrecht, der andere Teil nach Mehrheitswahlrecht vergeben wird, ein reines Verhältniswahlrecht sowie ein reines Mehrheitswahlrecht führten bei gleichbleibendem Wahlverhalten der Bürger zu ganz erheblich anderen Mandatsverteilungen und damit zu politischen Verschiebungen und Verwerfungen, die so verfassungsrechtlich nicht notwendig sind. Zu Veränderungen des regionalen Wählerwillens und des Proporz zwischen den Landesverbänden führen auch die Modelle, die eine Kompensation von in einzelnen Ländern entstehenden Überhangmandaten vorsehen, entweder mit Listenmandaten derselben Partei in anderen Ländern¹² oder mit Ausgleichsmandaten, die aus den Landeslisten der anderen Parteien besetzt werden.¹³ Auch Modelle einer einheitlichen Bundesliste nehmen auf die bundesstaatliche Gliederung und den entsprechenden Aufbau der Parteien deutlich weniger Rücksicht,¹⁴ als dies bei einer Trennung der Landeslisten der Fall ist.

Sicher mag man eine Trennung der Landeslisten in Hinsicht auf die Folgen und Wirkungen bei entsprechenden politischen Präferenzen auch negativer bewerten und eine der anderen Lösungsoptionen als vorzuzugwürdig ansehen können. Der Vergleich mit den Vor- und Nachteilen der anderen Lösungen, die innerhalb des verfassungsrechtlich eröffneten Spielraums des Gesetzgebers liegen, legt aber nahe, auch die Trennung der Landeslisten als mögliche Lösung in Betracht zu ziehen. Und es ist sicher unzutreffend, eine Trennung der Landeslisten als verfassungsrechtlich so problembeladen zu bewerten, dass diese Option im weiteren Fortgang der Reformdiskussion außer Betracht bleiben sollte.

Professor Dr. **Bernd Grzeszick**, LL.M.,
Universität Heidelberg

¹² Entsprechende Kritik: *Mager/Uerpmann* DVBl. 1995, 273, 278; *Poschmann* BayVBl. 1995, 299, 302; *Papier* JZ 1996, 265, 273 f.; *Pauly* AöR 123 (1998), 232, 264; *Badura*, in: Bonner Kommentar GG (September 2007), Anh. z. Art. 38 Rn. 58; *Pukelsheim/Maier* ZParl 2008, 312, 315, 322; *Meyer* DVBl. 2009, 137 f.

¹³ Entsprechende Kritik: *Badura*, in: Bonner Kommentar GG (Fn. 12), Anh. z. Art. 38 Rn. 58.

¹⁴ Entsprechende Kritik: *Mager/Uerpmann* DVBl. 1995, 273, 278; *Poschmann* BayVBl. 1995, 299, 302; *Papier* JZ 1996, 265, 272 f.; *Badura*, in: Bonner Kommentar GG (Fn. 12), Anh. z. Art. 38 Rn. 58.

Schlusswort

Zur Erwidern von [Bernd Grzeszick JZ 2011, 242](#)

Bernd Grzeszick favorisiert bei der bis zum 30. 6. 2011 anstehenden Neuregelung des Bundeswahlrechts ganz offensichtlich getrennte Landeslisten. Ein solcher Vorschlag wird auch – wenn noch nicht öffentlich – von der CDU-Fraktion im Bundestag erhoben, wobei offen bleibt, ob damit primär negative Stimmgewichte ausgeschlossen oder erwartete Überhangmandate erhalten werden sollen. Unabhängig davon, welche politische Partei aus welchen Gründen welche Reform des Wahlrechts befürwortet, zielte unser Beitrag auf eine sachliche Diskussion des Für und Wider verschiedener Optionen, wobei wir all solche Überlegungen ausgeklammert

haben, die sich weit vom bisherigen Wahlsystem entfernen und deshalb nicht mehr als systemnah bezeichnet werden können. Im Sinne einer sachlichen Diskussion nutzen wir das Privileg zu einem Schlusswort nicht zu einer Werbung für andere Möglichkeiten der eingeforderten Reparatur des Wahlrechts,¹ sondern nehmen zu den aufgeworfenen Punkten in der Reihenfolge ihres Vorbringens Stellung:

1. Verfassungsgerichtliche Prämisse

Nicht zutreffend ist, dass das *BVerfG* der Auffassung ist, der föderale Proporz der Zweitstimmen solle möglichst genau im Wahlergebnis der einzelnen Landeslisten wiedergegeben werden. An der von *Grzeszick* zitierten Stelle der Entscheidung² interpretiert das *BVerfG* nicht das Grundgesetz und formuliert insoweit keine verfassungsrechtliche Anforderung, sondern gibt nur die Intention des geltenden Wahlrechts wieder. Bei dessen verfassungsrechtlicher Würdigung hebt das *BVerfG* gerade umgekehrt hervor, dass föderale Belange bei der Ausgestaltung des Wahlrechts zwar berücksichtigt werden und auch eine angemessene Differenzierung der Wählerstimmen rechtfertigen können.³ Doch die Entscheidung beruht ja gerade auf der Annahme, dass „die föderalen Belange kein derart hohes Gewicht haben, dass sie den durch den Effekt des negativen Stimmgewichts verbundenen erheblichen Eingriff in die Wahlrechtsgleichheit rechtfertigen können.“⁴

Zutreffend ist sicherlich, dass das *BVerfG* sich – vermeintlich – offen zeigt für alle möglichen gesetzlichen Ausgestaltungen des Wahlrechts und explizit auch den Verzicht auf Listenverbindungen erwähnt.⁵ Doch entscheidend ist auch für das *BVerfG* letztlich die Wahlrechtsgleichheit,⁶ und eben diese wird beim föderalen Eigenständigkeitsmodell nahezu zwangsläufig beeinträchtigt (s. u. 3.).

2. Demokratie und Bundesstaat

Selbstverständlich besteht zwischen demokratischen und bundesstaatlichen Strukturen weder verfassungsrechtlich noch staatsrechtlich ein Widerspruch. Vielmehr wird dem bundesstaatlichen Aufbau in der Regel eine demokratieverstärkende Wirkung beigemessen. Von diesen abstrakten staatsformbezogenen Überlegungen ist jedoch die staatsorganisatorische Frage zu unterscheiden, in welchen Organen das demokratische Prinzip und das föderale Prinzip ihren institutionellen Ausdruck finden. Das von Art. 20 Abs. 1 Satz 1 GG als Inhaber aller Staatsgewalt benannte Volk ist jedenfalls das gesamte Deutsche Volk. Die bundesweiten Wahlen der Abgeordneten des Bundestages als Vertreter des ganzen Volkes (Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG) dokumentieren insoweit den maßgeblichen Akt der Ausübung dieser Staatsgewalt durch ihren Inhaber. Entscheidend ist dabei, dass das Grundgesetz den Inhaber der Staatsgewalt an dieser zentralen Stelle wie an anderen Stellen nicht etwa als eine Art plurale Einheit im Sinne der Summe der Völker der Bundesländer versteht, sondern als Singulus.⁷ So wenig deshalb föderale Aspekte bei der Inhaberschaft der Staatsgewalt einbezogen sind, so wenig dürfen sie bei der Ausübung dieser Staatsgewalt in der Weise berücksichtigt werden, dass den Ländern im Bundestag be-

¹ Zur Möglichkeit einer schonenden Verbindung von Personen- und Verhältniswahl zum Abbau negativer Stimmgewichte bei Bundestagswahlen vgl. etwa *Birkmeier*, *Oelbermann*, *Pukelsheim*, *Rossi* KritV. 1/2011, i. E.

² *BVerfGE* 121, 266, 302.

³ *BVerfGE* 121, 266, 303.

⁴ *BVerfGE* 121, 266, 304.

⁵ *BVerfGE* 121, 266, 303 u. 307.

⁶ *BVerfGE* 121, 266, 307.

⁷ Vgl. *BVerfGE* 83, 37 ff.

stimmte Sitzkontingente zugewiesen sind. Die Länder wirken bei der Gesetzgebung und Verwaltung des Bundes abschließend durch den Bundesrat mit, wie Art. 50 GG betont, nicht hingegen durch aus ihrem Gebiet gewählte Mitglieder des Bundestages. Die inhaltlich-organisatorische Kongruenz zwischen dem Demokratieprinzip und dem Bundestag auf der einen Seite und dem Bundesstaatsprinzip und dem Bundesrat auf der anderen Seite unterscheidet den Staat und die Staatlichkeit der Bundesrepublik Deutschland etwa von der Europäischen Union. Dass dabei insbesondere die Kontingentierung der den einzelnen Mitgliedstaaten im Europäischen Parlament zustehenden Sitze zusammen mit den unterschiedlichen Wahlverfahren in den einzelnen Mitgliedstaaten dazu führt, dass dem Grundsatz der Gleichheit der Wahl auf europäischer Ebene derzeit nicht Rechnung getragen wird und er vorsorglich noch nicht einmal als primärrechtlicher Maßstab von Art. 14 Abs. 3 EUV aufgeführt wird, soll hier nur am Rande in Erinnerung gerufen werden.

3. Wahlrechtsgleichheit

Dabei ist es gerade die Wahlrechtsgleichheit, die das *BVerfG* zum zentralen Maßstab des einfach-gesetzlichen Wahlrechts erhoben hat. Getrennte Landeslisten bergen aber das sehr viel größere Potential, die Wahlrechtsgleichheit zu beeinträchtigen.

Erstens variiert die Erfolgswertgleichheit zwischen Wählern derselben Partei in unterschiedlichen Bundesländern in Abhängigkeit davon, ob diese Partei in einem Land Überhangmandate erzielt oder nicht: Ist dies nicht der Fall, entfaltet die Zweitstimme die ihr zugesprochene Wirkung, während sie wirkungslos bleibt, wenn die Partei Überhangmandate erzielt. Ein CDU-Wähler in Nordrhein-Westfalen auf der einen Seite und ein CDU-Wähler in Baden-Württemberg auf der anderen Seite mögen dieses Beispiel anhand des Wahlergebnisses von 2009 personalisieren – der rheinländische CDU-Wähler hätte doppelt so viel Einfluss auf die Sitzverteilung wie der badische. Sie wären freilich kein Einzelfall. Vielmehr wäre die Zweitstimme für rund ein Fünftel der Wähler wirkungslos geblieben.

Getrennte Landeslisten verletzen insoweit zweitens nicht nur die Gleichheit der Wahl, sondern berühren das Wahlsystem als solches: Der auf den Stimmzetteln zu findende Hinweis, die Zweitstimme sei die „maßgebende Stimme für die Verteilung der Sitze insgesamt auf die einzelnen Parteien“, wäre ebenso unzutreffend wie irreführend. Vielmehr wäre dem Wahlsystem insofern der Charakter einer Verhältniswahl genommen. Die durch getrennte Landeslisten nicht ausgeschlossenen Überhangmandate könnten im Übrigen eine Größe annehmen, die mit einer Verhältniswahl nicht mehr vereinbar wäre. In Baden-Württemberg etwa machten die zehn Überhangmandate bei einem zu erwartenden Sitzkontingent von 75 der 598 Sitze etwa 13 Prozent aus. Zwar ließe sich auch eine reine Mehrheitswahl mit den grundgesetzlichen Anforderungen vereinbaren, allerdings mit Blick auf die Wahlrechtsgleichheit nur, wenn die derzeitige Divergenz der Wahlkreisgröße erheblich reduziert werden würde.

Die mögliche Verletzung der Wahlrechtsgleichheit kann je nach Kontingentierung der den einzelnen Ländern zustehenden Sitze im Bundestag schließlich auch mit einer Verletzung der Chancengleichheit der politischen Parteien einhergehen. Unsere bereits abstrakt vorgetragenen Bedenken⁸ lassen sich insofern durch konkrete Zahlen unterlegen: Legt man das Wahlergebnis von 2009 zu Grunde, stünde Bremen ein Kon-

tingent von fünf von 598 Sitzen zu. Insofern wäre ein Zweitstimmenanteil von 14 % erforderlich, um sicher einen Sitz zu erhalten. Die mittelbare Sperrklausel läge bei 8 % und somit deutlich über der derzeitigen unmittelbaren Sperrklausel von 5 %.⁹

Diese gravierenden Einwände gegen das föderale Eigenständigkeitsmodell verlieren ihre verfassungsrechtliche Relevanz nicht durch den Hinweis auf die Möglichkeit, länderübergreifende Wahlkreisverbände zu schaffen. Vielmehr offenbart die Notwendigkeit dieser Korrektur die Widersprüchlichkeit eines solchen Wahlsystems: Unter Verweis auf die Bundesstaatlichkeit wird zunächst eine Wahl nach getrennten Landeslisten gefordert, deren Verfassungsmäßigkeit dann nur sichergestellt werden kann, wenn jedenfalls die kleineren Länder zu einem Wahlkreisverband zusammengefasst werden.

4. Strategisches Stimmensplitzen

Zuzustimmen ist *Grzeszick* darin, dass die Möglichkeit, mit der Erststimme den Kandidaten einer anderen Partei als derjenigen zu wählen, der man seine Zweitstimme gibt, von der Freiheit der Wahl gedeckt ist. Dies haben wir bereits hervorgehoben.¹⁰ Unser Einwand bezieht sich insofern nicht auf die in Ausübung seiner Freiheit vorgenommene kalkulierte Stimmabgabe des Wählers, sondern auf die möglicherweise kalkulierte Nichtausübung dieser Freiheit durch die das Wahlrecht beschließende Mehrheit des Bundestages.

5. Alternativen

Was schließlich den Einwand betrifft, unser Beitrag hätte die Vorteile unverbundener Landeslisten nicht hinreichend mit den Nachteilen alternativer Wege aus der Verfassungswidrigkeit abgewogen, so offenbart sich hier eine Wertung, die unserer eben widerspricht. Ohne Anspruch auf Vollständigkeit haben wir die in der Fachwelt diskutierten und entsprechend zitierten Optionen wiedergegeben und freuen uns, eine weitere pointierte Stellungnahme hervorgerufen zu haben. Dass neben systemnahen Optionen zur Novellierung des Wahlrechts um so mehr andere Möglichkeiten bestehen, je weniger man der Entscheidung des *BVerfG* ein absolutes Verbot negativer Stimmgewichte entnimmt,¹¹ liegt auf der Hand. Insofern ist es zu begrüßen, dass jedenfalls die Fachwelt die gesetzgeberische Pflicht zur Novellierung des Wahlrechts für umfassende Diskussionen nutzt.

Die weitgehend hinter verschlossenen Fraktionstüren vorschreitenden Überlegungen zur Reform des Wahlrechts erscheinen dagegen als parteitaktisches Nullsummenspiel und damit zugleich als demokratisches Trauerspiel: Anstatt unter dem Schleier des ungewissen Ausgangs künftiger Wahlen ein Wahlsystem zu kreieren, das den unterschiedlichen Polen der Wahlrechtsgrundsätze, der Chancengleichheit der politischen Parteien und auch der Abgeordnetengleichheit, ergänzt um föderale Aspekte und Anforderungen an Transparenz und Folgerichtigkeit, hinreichend Rechnung trägt, betreiben die (partei-)politischen Akteure ganz offensichtlich eine Rechnung, wie sie bei prognostiziertem (und das heißt doch ungewissem!) Wählerverhalten jedenfalls zu demselben,

⁹ Das *BVerfG* spricht an Stelle von mittelbarer und unmittelbarer Sperrklausel von faktischer und rechtlicher Sperrklausel (vgl. *BVerfGE* 108, 82) und übersieht insofern, dass auch die durch die Sitzzahl bewirkte Sperrklausel rechtlicher Natur ist. Vgl. *Rossi ZJS* 2008, 304, 305.

¹⁰ *JZ* 2010, 922, 928.

¹¹ Für ein nur relatives, also der Abwägung mit anderen verfassungsrechtlichen Vorgaben offenes Verbot negativer Stimmgewichte *Birkmeier, Oelbermann, Pukelsheim, Rossi KritV.* 1/2011, i. E.

möglichst aber sogar zu einem besseren Ergebnis gelangen als bislang. Dies zeigt einmal mehr, dass das Wahlrecht als materielles Verfassungsrecht nicht in die Hände des einfachen Gesetzgebers gehört, sondern mindestens der Entscheidung einer qualifizierten Mehrheit, vielleicht sogar einer Entscheidung des Volkes bedarf. Dafür wäre freilich eine Verfassungsänderung von Nöten, zu der sich die Mitglieder des Bundestages und des Bundesrates aber wohl nicht bereit finden werden.

Professor Dr. **Friedrich Pukelsheim** und
Professor Dr. **Matthias Rossi**, Universität Augsburg

Tagungsbericht

Gesetzgebungsoutsourcing – Gesetzgebung durch Rechtsanwältinnen?

Wissenschaftliche Tagung des Instituts für Gesetzgebung und Verfassung e.V. (IGV) an der Humboldt-Universität zu Berlin am 24. September 2010

Als der Bundeswirtschaftsminister *zu Guttenberg* im Juli 2009 (s) einen Entwurf für ein „Gesetz zur Ergänzung des Kreditwesengesetzes“ auf dem Briefbogen der Kanzlei Linklaters ins Kabinett einbrachte, war die Praxis des „Gesetzgebungsoutsourcing“ – bis dato auch in der juristischen Öffentlichkeit weitgehend unbemerkt – mit einem Schlag in aller Munde. Nun widmete das neu gegründete Institut für Gesetzgebung und Verfassung e.V. (IGV) diesem Phänomen seine Eröffnungsveranstaltung. Weder Skandalisierung noch Verharmlosung sei dabei das Ziel, betonte Professor Dr. *Michael Kloepfer* (Humboldt-Universität zu Berlin, Präsident des IGV) in seinen eröffnenden Worten. Vielmehr sollten eine kritische Bestimmung der rechtlichen Grenzen und Möglichkeiten der Beteiligung von Rechtsanwältinnen an der Gesetzgebung vorgenommen sowie Einsichten in die tatsächlichen Umstände solcher Beratungen gewonnen werden. Das Tagungsprogramm folge dieser doppelten Zielsetzung: Der Vormittag widme sich den grundsätzlichen – politischen, verfassungs-, haushalts- und berufsrechtlichen – Fragen, während der Nachmittag anhand mehrerer Fallstudien die (beteiligten) Rechtsanwältinnen zu Wort kommen lassen werde.

Den Vormittag eröffnete der Parlamentarische Staatssekretär Dr. *Max Stadler* (MdB) (BMJ) mit der Frage, ob das Gesetzgebungsoutsourcing „Bereicherung oder Armutszugnis?“ sei. Die Vorbereitung der Gesetzgebung sei zentrale Aufgabe der zuständigen Ministerien, und bei dieser erfolgreichen Tradition solle es im Regelfall auch bleiben. Dennoch sei die Hinzuziehung externer Beratung bis hin zur Formulierung eines Gesetzentwurfs rechtlich zulässig, insbesondere sei diese Entwurftätigkeit entgegen der Ansicht von *Julian Krüper* (*JZ* 2010, 655) nicht als hoheitliche Aufgabe im Sinne des Art. 33 Abs. 4 GG anzusehen. Unter bestimmten Bedingungen sei das Gesetzgebungsoutsourcing sogar angezeigt, insbesondere bei großer Zeitnot und bei Mangel an sachkundigem ministeriellem Personal für einen hochkomplexen Einzelfall. Die Finanzmarktkrise der Jahre 2008/2009 sei ein solcher Fall gewesen. Unter der Voraussetzung einer sorgfältigen Sachverhaltsanalyse und der Abwägung aller Handlungsalternativen könne der projektbezogene Einsatz von Anwältinnen für Spezialmaterien also durchaus eine Bereicherung darstellen.

Dr. *Karl Heinz Däke* (Bund der Steuerzahler Deutschland) widersprach dieser Darstellung energisch. Die Beratung

durch Externe habe ein zweifelhaftes Maß angenommen. Die dafür ausgegebenen rund 40 Mio. Euro jährlich seien zum größten Teil verschwendet; nur durch eine Rückbesinnung von Parlament und Ministerien auf ihre Kernaufgaben sei dem beizukommen. Wo allerdings der Einsatz Externer unverzichtbar sei, müsse größtmögliche Transparenz herrschen, insbesondere müssten alle Beratungsaufträge ausgeschrieben werden und die Bundesregierung jährlich über ihre Ausgaben Bericht erstatten.

Professor Dr. *Matthias Rossi* (Universität Augsburg) unternahm danach in seinem Vortrag eine Einordnung des Gesetzgebungsoutsourcing in den weiten Kosmos der „Erscheinungsformen nichtstaatlicher Einflüsse auf die staatliche Gesetzgebung“. Notwendig sei dazu eine multiperspektivische Darstellung, die sowohl nach Ebenen der Einflussnahme, Gesetzgebungsarten, unterschiedlichen nichtstaatlichen Akteuren als auch unterschiedlichen Arten der Einflussnahme differenziere. Diese Vielfalt reiche von den Formen direkter Demokratie und dem Petitionsrecht, als den Fällen nichtstaatlicher Einflussnahme auf die Gesetzgebung par excellence, bis hin zu Information durch und Kommunikation mit nichtstaatlichen Akteuren, wo das Gesetzgebungsoutsourcing schließlich zu verorten sei. Die Aufregung um das Gesetzgebungsoutsourcing sei nicht zuletzt auf die mit ihm einhergehende Verschiebung der Kräfteverhältnisse innerhalb des Kreises der nichtstaatlichen Akteure zurückzuführen – konkret bekämen die Parteien Konkurrenz. Dies müsse zum Anlass genommen werden, sich die konkreten institutionellen Vorteile der Parteien gegenüber allen anderen nichtstaatlichen Akteuren erneut vor Augen zu führen, insbesondere deren binnendemokratische und binnenpluralistische Verfasstheit. *Rossi* schloss mit einem insgesamt skeptischen Urteil: der Einfluss nichtstaatlicher Akteure sei zwar immer auch (kommunikative) Grundrechtsausübung und somit von der Rechtsordnung unter dem Grundgesetz gewollt – Zurückhaltung sei dennoch geboten, denn ohne generelle Gemeinwohlorientierung könne die Allgemeinverbindlichkeit der Gesetze verloren gehen: konkreter Konsens der unmittelbar Betroffenen drohe die abstrakte Akzeptanz aller zu ersetzen.

Privatdozent Dr. *Kai von Lewinski* (Humboldt-Universität zu Berlin) erörterte im Anschluss „Berufsrecht und Haftung beim Gesetzgebungsoutsourcing“. Das Berufsrecht habe keine klare Antwort auf die häufig geäußerten Bedenken, die betrauten Rechtsanwältinnen würden insgeheim die Interessen ihrer sonstigen Mandanten vertreten. „Branchennähe“ führe nämlich noch nicht zu einem Interessenkonflikt im berufsrechtlichen Sinne: das erfordere Sachverhaltsidentität (§ 3 BORA). Es sei insoweit allerdings daran zu denken, die berufsrechtliche Generalklausel des Würdigkeitsgebotes aus § 43 Abs. 1 Satz 2 BRAO mit neuem Leben zu erfüllen. Zu erinnern sei daran, dass das anwaltliche Verschwiegenheitsgebot (§ 43a Abs. 2 BRAO) ausschließlich Mandanteninteressen schütze, somit einer Offenlegung des Beratungsverhältnisses inklusive der Honorierung nicht entgegenstünde. Da sowohl eine Amtshaftung als auch eine Sachverständigenhaftung letztlich ausschieden, agierten Anwältinnen in diesem Feld außerdem ohne Haftungsrisiko.

Axel C. Filges (Bundesrechtsanwaltskammer) sah insgesamt keinen Anlass für Dramatisierungen. Er widersprach der These seines Vorredners *Däke*: verschwenderisch wäre es vielmehr, wenn die Ministerien für alle noch so selten auftretenden Fälle (wie etwa eine globale Finanzkrise) Fachabteilungen vorhalten müssten. Die größere Kompetenz für Spezialmaterien sei mit Sicherheit in den Kanzleien zu finden. Im