

Deutscher Bundestag

Innenausschuss

Ausschussdrucksache

17(4)327 B

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

10099 Berlin

Unter den Linden 6

Telefon 030 - 2093 3347

Telefax 030 - 2093 3364

E-mail: hans.meyer@rewi.hu-berlin.de

30. 8 2011

Zusammenfassung der Stellungnahme zu den Wahlrechtsreform-Entwürfen

I. Zum Koalitionsentwurf (BT-Drucks. 17/6290)

1. Der Entwurf wird dem Auftrag, ein dem Wähler verständliches Wahlrecht zu formulieren, nicht nur nicht gerecht, sondern hat geradezu den Ehrgeiz, dieses vom Verfassungsgericht gesetzte Ziel (BVerfGE 121, 266, 316) zu vermeiden.
2. Der Entwurf ist nach seiner eigenen ausdrücklichen Feststellung, wonach ein „doppelter Erfolgswert“ einer Stimme mit der Verfassung nicht zu vereinbaren ist (S. 2), verfassungswidrig. Er schafft nämlich mit seinem primären politischen Ziel, möglichst viele Überhänge an Mandaten zu erhalten, eine Fülle von Stimmen mit doppeltem Erfolgswert.
3. Der Entwurf ist zusätzlich verfassungswidrig, weil er die ständige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht beachtet, wonach Überhangmandate nur begrenzt zulässig sind. Selbst die im Sinne der Koalition großzügigste dieser Entscheidungen, die nur von vier Richtern getragen ist, verlangt eine Korrektur des Gesetzes, wenn sich die Verhältnisse so ändern, dass „regelmäßig“ Überhangmandate in größerer Zahl anfallen (BVerfGE 95, 335, 365/6). Mit dem nicht unbeträchtlichen Absinken derjenigen Parteien in der Wählergunst, die überhaupt nur Direktmandate in relevanter Zahl erzielen können, steigt die Diskrepanz zwischen dem Einbruch in den Zweitstimmen und dem Gewinn eines Direktmandates. 400.000 verlorene Zweitstimmen in Baden-Württemberg ergaben 2009 einen Anstieg von drei auf zehn Überhangmandate und der Verlust von 600.000 Zweitstimmen für die CSU in Bayern ergab für sie erstmals überhaupt Überhangmandate, nämlich drei.
4. Neben den noch für erträglich gehaltenen „normalen Fällen negativer Stimmgewichte“ schafft der Entwurf mit der nachträglichen Listenverbindung gravierendere Fälle.
5. § 6 Abs.2a des Entwurfs hat weder in der Konzeption noch in der Ausführung das Niveau, das man von einem Bundesgesetz erwarten darf.
6. Das „Berliner Zweitstimmenproblem“ wird korrekt mit der Angleichung an die beiden geregelten (fast) Parallelfälle gelöst.
7. Wenn man schon ein Überhangsicherungsgesetz vorschlägt, muss man eine Lösung für das durch die Verfassungsrechtsprechung geschaffene Problem anbieten, dass beim Ausscheiden jedes direkt gewählten Kandidaten in einem Überhangland niemand nachrücken darf. Wechselnde Mehrheiten während einer Wahlperiode nur aus diesem Grunde oder sogar ein Rückwechseln der Mehrheit sind verfassungspolitisch nicht zu verantworten.

II. Zum Entwurf von BÜNDNIS90/DIE GRÜNEN (BT-Drucks. 17/4694)

1. Für *externe*, also echte Überhangmandate, die bis 2009 nie aufgetaucht sind, sieht der Entwurf die verfassungsrechtlich unbedenkliche Lösung darin, dass die Wahlkreisbewerber mit dem geringsten prozentualen Erfolg in dem Land aus dem Wettbewerb ohne Ersatz ausscheiden. Die Lösung entspricht dem Versprechen des § 1 Abs. 2 Satz 2 BWahlG, wonach die Personenwahl nur mit der Verhältniswahl verbunden ist, diese aber nicht dominiert.
2. Für *interne*, also unechte Überhänge, wird die verfassungsrechtlich ebenfalls unbedenkliche Lösung gefunden, dass die Überhänge durch die Landesverbände ohne Überhang im Verhältnis ihrer Listenmandate auszugleichen sind. Dass ist für diese Verbände unangenehm, man muss aber darauf verweisen, dass sie nicht gegen das jetzige Verteilungssystem revoltiert haben, das dieselben Verteilungsprobleme zwischen den Landeslisten der eigenen Partei zu Lasten der anderen Parteien löst.
3. Das Berliner Zweitstimmenproblem wird wie im Koalitionsvorschlag gelöst. Eine sprachliche Unklarheit ist leicht zu korrigieren.
4. Der Entwurf löst anders als der Koalitionsvertrag auch das Nachrückerproblem beim Ausscheiden eines direkt gewählten Abgeordneten aus einem Überhangland.

III. Zum Entwurf der Fraktion DIE LINKE (BT-Drucks. 17/5896)

1. Anders als in den meisten anderen Entwürfen wird eine Reihe von durchaus beherzigenswerten Vorschlägen außerhalb des Hauptthemas gemacht. Sie betreffen u. a. das Wahlalter, das aktive Wahlrecht Verurteilter, Verbesserungen im Wahlrechtsschutz und den Einsatz von Wahlgeräten. Sie sind überwiegend erörterungswürdig. Das Nähere ist in Abschnitt II der Stellungnahme ausgeführt. Wenn die Fragen jetzt aus Zeitnot oder Unwillen nicht behandelt werden können, wären sie notwendige Markposten für eine angezeigte ruhigere Überarbeitung unseres Wahlrechts.
2. In der Kernfrage entscheidet sich der Entwurf bei den *externen* Überhängen für entsprechende Ausgleichmandate bei den anderen Parteien. Da nach Lage der Dinge nur die CSU mit einer relevanten Zahl von externen Überhangmandaten rechnen kann, als kleinste der „Bundesparteien“ aber die größte Hebelwirkung bei einem Ausgleich hätte, wäre die nicht behandelte Frage nach dem vermutlichen Maß der Ausgleichmandate von Interesse.
3. Bei *internen* Überhangmandaten geht das Konzept auf das von BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN über und kompensiert sie durch Heraufsetzung des Parteidivisors, also zu proportionalen Lasten der überhangfreien Listen.
4. Entsprechendes gilt für die Behandlung des Nachrückproblems.

IV. Zum Vorschlag der SPD-Fraktion (BT-Drucks. 17/5895)

1. Der Entwurf kommt der Forderung nach einer wählerverständlichen Formulierung am besten nach, vor allem durch eine Entzerrung der Normalregeln und der bisher zum Teil nie vorgekommenen Sonderfälle.
2. Das Problem der „Berliner Zweitstimmen“ wird wie in den anderen Entwürfen gelöst.
3. Bei der Lösung des Problems des negativen Stimmgewichts, setzt der Entwurf ganz auf Ausgleichsmandate. Er will damit offensichtlich von *externen* wie von *internen* Überhangmandaten ausgelöste negative Stimmgewichte beseitigen. Das kommt in der Fassung von § 4 Abs. 4 des Entwurfs aber nicht hinreichend zum Ausdruck, weil er

sich nur auf *interne* Überhangmandate beziehen könnte. Die Formulierung sollte daher korrigiert werden. Damit wäre eine wesentliche, aber nicht vollständige Eliminierung von negativen Stimmgewichten bzw. ihrer Wirkung erreicht.

4. Das Problem ist die mögliche Zahl anfallender Ausgleichsmandate. Der Entwurf sieht das Problem und weist auch einen Weg der Lösung, nämlich eine Reduzierung der Wahlkreiszahl, was sicherlich die Zahl der Überhang- und damit der Ausgleichsmandate reduzieren würde. Zunächst soll aber die Erfahrung der nächsten Bundestagswahl abgewartet werden.
5. Ein Nachrückproblem taucht bei der Lösung nicht auf, da die ursprünglichen Überhänge durch die Ausgleichsrechnung mit Zweitstimmen unterfüttert werden. Die vorgeschlagene Streichung von § 48 Abs. 1 Satz 2 ist daher konsequent.

Zu allen Entwürfen

Wie sich herausgestellt hat, ist ein Kernproblem der verfassungswidrigen Situation der mögliche Anfall von Überhangmandaten. Ihre Zahl lässt sich auch im jetzigen System erheblich reduzieren, wenn das Zweistimmensystem aufgegeben wird. Es gehörte nicht zur Konzeption des ursprünglichen Wahlrechts und ist erst zur Wahl 1953 eingeführt worden. Seine Idee liegt in der Möglichkeit, beide Stimmen zu splitten.

Bleibt die Erststimme in diesem Fall erfolglos, hat sie keine Wirkung. Führt sie zum Sieg des gewählten Wahlkreisabgeordneten, verdrängt sie ein Listenmandat derselben Partei. Der Wähler entscheidet zwischen zwei Kandidaten, von denen er einen gar nicht kennen kann, eine merkwürdige Art von Persönlichkeitswahl. Nur bei Überhangmandaten, also dem eigentlichen Witz und zugleich der eigentlichen Krux des Systems, hat der splittende Wähler einen Sondererfolg, zugleich aber ein verfassungswidriges Doppelstimmrecht.

Das Zweistimmensystem ist also dysfunktional. Die zweite Stimme sollte aufgegeben werden. Alle Vorteile der Aufteilung von Wahlkreis- und Listenkandidaten bleiben erhalten. Da die verbleibende „Erststimme“ sowohl für den Wahlkreisabgeordneten als auch für die Liste seiner Partei zählt, entspricht sie auch der Entscheidung des Gesetzgebers, dass wir es mit einer Verhältniswahl zu tun haben, die mit einer Personenwahl nur verbunden ist. Im jetzigen System dominiert die Personenwahl bei einer Kollision die Verhältniswahl, mit der sie aber nur verbunden sein soll.

Professor Dr. Dr. h. c. Hans Meyer
(gez. Meyer)

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

10099 Berlin
Unter den Linden 6
Telefon 030 - 2093 3347
Telefax 030 - 2093 3364
E-mail: hans.meyer@rewi.hu-berlin.de
Berlin, den 30. August 2011

**Verfassungsrechtliche Stellungnahme
zu den Wahlrechtsentwürfen**

der **Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN** vom 9. 2. 2011 (**BT-Drucks. 17/4694**),
der **Fraktion der SPD** vom 24. 5. 2011 (**BT-Drucks. 17/5895**),
der **Fraktion DIE LINKE** vom 25. 5. 2011 (**BT-Drucks. 17/5896**) und der
Koalitionsfraktionen CDU/CSU und FDP vom 29. 6. 2011 (**BT-Drucks. 17/6290**)

zur Vorbereitung der Anhörung durch den Innenausschuss des Deutschen Bundestages am 5. September 2011.

I.

Vorbemerkung

Da in einer nur dreistündigen Anhörung bei vier Gesetzesvorlagen und acht Sachverständigen unmöglich alle Aspekte der komplizierten Materie, geschweige denn intensiv, behandelt werden können, ist die Stellungnahme umfangreicher als gewöhnlich. Zur Entlastung der Einzelargumentation sollen drei Punkte vorweg erörtert werden.

1. Der Gestaltungsspielraum des Wahlgesetzgebers

Das Bundesverfassungsgericht hat in ständiger Rechtsprechung und zutreffend den Gestaltungsspielraum des Wahlgesetzgebers betont. Es hat aber selbstverständlich nicht gesagt, diese Gestaltungsfreiheit dispensiere den Wahlgesetzgeber von der Verfassung. Von den fünf verfassungsrechtlichen Wahlgrundsätzen des Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG, die in der Wahlrechts-

geschichte erkämpft worden sind und an die der Wahlgesetzgeber gebunden ist, ist heute die Wahlgleichheit politisch der brisanteste.

Er schützt drei unterschiedliche personelle Subjekte, die an jeder Wahl beteiligt sind: die Wähler im Vergleich zu den anderen Wählern, die Kandidaten im Vergleich zu den anderen Kandidaten und in gleicher Weise die Wahlvorschlagsberechtigten, also die jeweiligen politischen Parteien.¹ Der Wert der Wahlgleichheit liegt in seiner unmittelbaren Verbindung zur Demokratie: in den politischen Rechten sind alle gleich. Das gilt vor allem für das politische Haupt“grundrecht“, das aktive Wahlrecht. Mit ihm transportieren die Wähler die beim Volke liegende Staatsgewalt nach Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG zum Deutschen Bundestag. Allein auf der Wahl basiert daher die Legitimation des Parlaments.

2. Der Begriff der „personalisierten Verhältniswahl“

Einer Klarstellung bedarf auch die nicht unübliche Sprachwendung von der „personalisierten Verhältniswahl“. Das Bundeswahlgesetz kennt diesen Begriff nicht, sondern bezeichnet an prominenter Stelle, nämlich in § 1 Abs. 1 Satz 2, das Wahlsystem als eine Verhältniswahl, die lediglich mit der Personenwahl verbunden ist. Da bei jeder Wahl, gleich wie sie gestaltet ist, nur Personen gewählt werden können, auch bei einer reinen Verhältniswahl, kann mit dieser Bezeichnung nur ein Wahlsystem gemeint sein, in dem unbeschadet des Charakters einer Verhältniswahl auch eine Einzelpersonenwahl möglich ist, also das, was das geltende Recht für die Wahlkreise vorsieht. Die Definition würde aber auch für eine Verhältniswahl mit freier Liste anstelle der starren Liste des Bundeswahlgesetzes gelten oder für ein Wahlsystem nur mit einer „Erststimme“, die zugleich die Wirkung einer Listenstimme hat, wie das Wahlgesetz ursprünglich auch konzipiert war und wie es bei der Wahl 1949 praktiziert worden ist.

Nach der ausdrücklichen gesetzlichen Festlegung haben wir es also beim geltenden Wahlrecht mit einem Verhältniswahlsystem zu tun, das nur mit einer Personenwahl in Einerwahlkreisen verbunden ist. Dominant soll die Verhältniswahl sein, wie sich auch daraus ergibt, dass § 6 Abs. 2 Satz 1 BWahlG grundsätzlich alle 598 Sitze nach dem Stimmanteil der Zweitstimmen, also der Proportionalstimmen zu verteilen befiehlt, also auch die Wahlkreismandate. Die Auflösung erfolgt durch den Abzug der nach der Technik der relativen Mehrheitswahl direkt gewonnenen Mandate von dem zustehenden Kontingent der Listenmandate. Der bestimmende

Grundsatz ist, dass *alle* Mandate die gleiche, nämlich durch den proportionalen Anteil der jeweiligen Partei an den anrechenbaren Zweitstimmen begründete Legitimation haben, Direktmandate darüber hinaus noch eine Legitimation durch die personenbezogene Erststimme.

3. Das Gestaltungsdilemma des Parlaments

Da die relevanten Parteien über ihre Fraktionen im Parlament an der Gestaltung des Wahlrechts, des entscheidenden Machtverteilungssystems, beteiligt sind, ist es verständlich, dass jede von ihnen möglichst Gestaltungen anstrebt, die gerade für sie vorteilhaft ist. Das ist nicht verwerflich, solange sich die Lösung im Rahmen der Verfassung hält. Es ist aber nicht besonders klug, weil es Änderungen am Wahlrecht nach einer Änderung der politischen Mehrheitskonstellation nachgerade provoziert, was das System als solches unglaubwürdig macht.

Leider haben die Fraktionen des 17. Deutschen Bundestages nicht nur die verfassungsgerichtlich gesetzte und zudem mit drei Jahren überaus opulente Frist nicht eingehalten, ein verfassungskonformes Wahlgesetz zu schaffen, was ihnen nicht das Wohlwollen des Gerichts einbringen kann, sie haben auch nicht die Chance ergriffen, sich durch einen Sonderausschuss unter Einbezug sachverständigen Wissens gemeinsam in der schwierigen Materie klug zu machen. Es ist nicht schwer zu prophezeien, dass die Anhörung die Konsequenzen dieses Vorgehens anhand der Entwürfe aufweisen wird.

II.

Wahlalter, aktives Wahlrecht Verurteilter, Wahlprüfung, Wahlkreiseinteilung und Wahlgeräte

Nicht zu den Kernpunkten der Entwürfe gehören die vorgeschlagene Absenkung des Wahlalters, die Aufhebung der Möglichkeit, das aktive Wahlrecht gerichtlich abzuerkennen, eine wenigstens partielle Verbesserung des Wahlprüfungsrechts, die Aufhebung des § 35 BWahlG mit seinen Regeln über den Einsatz von Wahlgeräten (BT-Drucks. 17/5896) und die in BT-Drucks. 17/5895, Vorbemerkung B, zumindest für die Zukunft angesprochene Wahlkreiseinteilung. Sie betreffen fünf auch für die anderen Fraktionen wichtige und in der Realisation nicht von vorne herein aussichtslose Fragestellungen und werden daher vorweg abgehandelt.

¹ Bei der Listenaufstellung haben sie ein rechtliches und bei der Aufstellung aussichtsreicher Wahlbewerber ein

1. Die Absenkung des Wahlalters auf 16 Jahre

Nach Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG muss die Wahl „allgemein“ sein. Daraus folgt, dass der Ausschluss vom Wahlrecht eines verfassungsrechtlich relevanten Grundes bedarf. Ein solcher kann nur in der mangelnden politischen Selbstbestimmungsfähigkeit einer Person gefunden werden. Die Religionsmündigkeit und der Beginn der Strafmündigkeit mit 14 Jahren zeigen, dass das Recht auch jüngeren Personen schon immer eine gewisse Eigenverantwortlichkeit zumutet. Mir ist nicht bekannt, dass es in den Ländern, die das Wahlrecht schon mit 16 Jahren eingeführt haben, Klagen über negative Konsequenzen gegeben hat. Eine Bindung an die unbeschränkte Geschäftsfähigkeit ist nicht zwingend, weil es anders als dort nicht um die Fähigkeit und Zumutbarkeit zur rechtlichen Selbstbindung geht, sondern um die Beteiligung an einer Massenentscheidung. Auch erwachsene Wähler lassen sich im Übrigen nicht zur Verantwortung ziehen und eine Reihe von ihnen werden auch manche Konsequenzen ihrer Entscheidung nicht mehr zu tragen haben.

Die Absenkung des Wahlalters und den Zugewinn von zwei zusätzlichen Jahrgängen als potentielle Wähler würde ein Problem entschärfen, dass in den letzten Jahren jedenfalls thematisiert und bis in den Bundestag gebracht worden ist, nämlich die große Zahl nicht Wahlberechtigter und die zur Lösung vorgeschlagene Einführung eines Familienwahlrechts in der Form eines mit der Verfassung freilich nicht vereinbaren doppelten oder mehrfachen Elternwahlrechts.

Ein weiteres verfassungspolitisches Argument ist die zunehmende Überalterung der Gesellschaft, die das durch Wahlen auszudrückende Gewicht stärker auf die älteren Jahrgänge verschiebt, obwohl die jüngeren länger an praktisch nicht mehr korrigierbare Entscheidungen gebunden sind. Im Übrigen machen wir uns bei den Älteren anders als bei den Jüngeren regelmäßig keine Sorgen, ob ihre politische Einsichtsfähigkeit noch hinreichend vorhanden ist. Auch fragen wir nicht, wie hoch die Wahlbeteiligung bei ihnen ist oder ob sie mehrheitlich der einen oder anderen Partei zuneigen.

Die zunehmende Nutzung der modernen Kommunikationstechnik gerade durch die jüngere Generation legt zudem die Vermutung nahe, dass ihr politisches Wissen dem vor allem der wesentlich Älteren nicht nachsteht.

Der wichtigste Effekt der Absenkung des Wahlalters ist, dass die Parteien sich um der Wahlchancen wegen auch um die spezifischen Bedürfnisse dieser Altersgruppe und ihre Lebensaussichten kümmern müssen und kümmern werden. Die Bemühungen der Parteien um Nachwuchs haben diese Altersgruppe sowieso im Auge.

Eine Differenzierung zwischen dem aktiven und passiven Wahlrecht ist vertretbar, wenn gleich nicht zwingend.

Nach Erfahrungen mit dem Thema dominieren bei der Entscheidung über die Absenkung des Wahlalters nicht so sehr Sachgründe als die Prognosen, ob es der eigenen Partei hilft oder schadet, wobei man freilich fast immer nur den status quo im Auge hat. Ein gutes Beispiel ist Hessen, wo nach dem „Machtwechsel“ die neue „bürgerliche“ Mehrheit die gesetzliche Absenkung des Wahlalters durch die vorangegangene rot-grüne Mehrheit wieder aufhob, ehe das Gesetz angewandt werden, man also Erfahrungen sammeln konnte. Man fürchtete die Erkenntnis, dass das Wahlverhalten möglicherweise nicht markant anders als bei den anderen Jahrgängen sein würde, vor allem aber, dass man ein einmal eingeführtes Wahlrecht ohne politischen Schaden nicht beseitigen können. Die durch die Absenkung erzwungene Veränderung der Politik und der politischen Werbung kommen bei dieser Sicht nicht ins Kalkül.

2. Die Möglichkeit des gerichtlichen Ausschlusses Verurteilter vom aktiven Wahlrecht

Die in Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG verbürgte Allgemeinheit der Wahl verbietet mangels verfassungsrechtlicher Erlaubnis spezielle Ausschlussgründe vom aktiven Wahlrecht, wenn nicht ein gravierender verfassungsrechtlich begründbarer „zwingender“ Gegengrund vorhanden ist. Die Straftatbestände, auf welche die allgemeine Regel des § 45 Abs. 5 StGB sich bezieht, handeln von staatsgerichteten Straftaten. Die Rechtsfolge entstammt dem bis 1969 geltenden Komplex „Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte“. Ihre reale Bedeutung tendiert gegen Null. 2000 gab es insgesamt drei Aberkennungen des aktiven Wahlrechts. Da es nicht um den Schutz der Wahl als eines Massenverfahrens geht, sondern um eine individuelle Bestrafung

oder deren Nebenfolge ist die Aberkennung mangels verfassungsrechtlicher Erlaubnis unzulässig.²

3. Partielle Verbesserung des Rechtsschutzes im Wahlprüfungsrecht

Der absolute Ausschluss des Rechtsschutzes in Wahlsachen durch § 49 BWahlG, also durch einfaches Gesetzesrecht, unter Missachtung von Art. 19 Abs. 4 GG wie von Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, ist zwar vom Bundesverfassungsgericht bisher toleriert worden. Es hat aber nicht den Anschein, als werde das Gericht diese mehr als zweifelhafte Rechtsprechung³ weiterhin ungeprüft durchhalten. BT-Drucks. 17/5896 (Art. 2 Nr. 10 – 12) will nach den wenig erfreulichen Erfahrungen bei der Wahl 2009 und auf die Rüge der OSZE hin wenigstens für den Streit um Wahlvorschläge die Sperre des § 49 BWahlG aufheben. Die vorgesehenen Befristungen sind notwendig. Der Entwurf nimmt davon Abstand, den Zeitdruck, unter dem auch das Gericht notwendig stünde, aufzunehmen, offensichtlich in der Hoffnung auf ebenso schnelle richterliche Entscheidung.

Dass dem Einzelnen nach der derzeitigen Rechtslage das wichtigste demokratische „Grundrecht“, das aktive Wahlrecht, ohne einen Gerichtsschutz entzogen werden kann und eine Wahlprüfung deswegen aussichtslos ist, wird in keinem Entwurf thematisiert. Einen Gedanken wäre dieser rechtsstaatliche Sündenfall bei den Beratungen freilich wert. Es wäre ein Armutszeugnis, wenn ein Staat, der mit Recht so stolz auf sein Rechtsschutzsystem ist, für das wichtigste staatsbürgerliche Recht bei aller Anerkennung der terminlichen Schwierigkeiten eines Massenverfahrens mit strikten Terminen nicht zu einer befriedigenden Lösung finden sollte.

4. Wahlkreiseinteilung

Nicht in den Entwürfen thematisiert sind die großzügigen Abweichungsmöglichkeiten von der durchschnittlichen Wahlkreisgröße, die ohne strikten Änderungszwang bis zu 25% gehen können, was nicht anderes bedeutet, als dass die Differenz zweier Wahlkreise ohne zwingende Konsequenz bis zu 50% betragen kann. Das ist umso weniger einsichtig, als die Ten-

² Siehe auch *Kathrin Stein*, „Wer die Wahl hat ...“ – Der Grundsatz der Wahl und die Ausschlüsse vom Wahlrecht wegen strafgerichtlicher Verurteilung, GA 2004, 2004, 22 ff., die zu dem zutreffenden Endergebnis kommt, es handle sich um eine „Fehlleistung des Gesetzgebers“.

³ Über die Entwicklung dieser rechtsstaatlichen Monstrosität unterrichtet *Verf.*, Der Überhang und anderes Unterhaltsame aus Anlass der Bundestagswahl 1994, KritV 1994, 312, 353 – 362.

denz durch das Abschmelzen der Großparteien und den Auftritt einer dritten relevanten Partei in den Ostländern dahin geht, Wahlkreise mit einer Zustimmung von erheblich unter 50% zu gewinnen. *Pukelsheim u. a.* (Stellungnahme Nr. 4, S. 4) haben zu Recht auf entsprechende Empfehlungen der Venedig-Kommission verwiesen.

Keiner der Entwürfe geht für diese Reform auf die Wahlkreiseinteilung ein, für den SPD-Entwurf ist sie immerhin Bestandteil der dem nächsten Bundestag aufgegebenen Reformschritte (BT-Drucks. 17/5895, Begründung, A Allgemeines, S. 5). In der Sache schließe ich mich dem Votum *Pukelsheims u. a.* (Nr. 4 der Stellungnahme) an.

5. Einsatz von Wahlgeräten

Angesichts der doch erheblichen Restriktionen, die BVerfGE 123, 39 – 88 für den Einsatz von Wahlgeräten aufstellt, scheint mir die in BT-Drucks. 17/5896 (Art. 2 Nr.15) vorgeschlagene Aufhebung von § 35 BWahlG zumindest erwägenswert. Einer weiteren Entwicklung bei Verbesserung der Technik und Minimierung der Missbrauchsgefahr stünde sie nicht im Wege, sie bedürfte aber der gesetzlichen Zustimmung des Bundestages, was dem Charakter des Wahlrechts als dem wichtigsten Machtverteilungssystem in der Demokratie entspräche.

III.

Das Kernanliegen der Entwürfe

Alle vier Entwürfe wollen dem unmittelbaren Auftrag aus der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 3. Juli 2008 gerecht werden, die Verfassungswidrigkeit des noch geltenden Bundeswahlgesetzes zu beseitigen, die das Gericht in dem Auftreten von „negativen oder inversen Stimmgewichten“ gesehen hat. Es hat sie als einen Verstoß gegen die von der Verfassung geforderte Gleichheit und Unmittelbarkeit der Wahl gewertet. Zu klären, ob die Entwürfe ihr Ziel erreichen, ist in erster Linie Gegenstand dieser Stellungnahme.

Alle Entwürfe regeln zudem ausdrücklich das Problem der sogenannten Berliner Zweitstimmen, der Entwurf der Fraktion DIE LINKE indirekt durch Abschaffung einer notwendigen Voraussetzung dieses Problems, nämlich der Sperrklausel.

Angesichts der doch zum Teil sehr unterschiedlichen Vorschläge würde eine zusammengefasste Bewertung aller vier Vorschläge notwendig zur Unübersichtlichkeit führen. Daher wird aus zwei Gründen zunächst der Koalitionsentwurf auf seinen Sinn und seine Verfassungsgemäßheit untersucht. Erstens unterscheidet er sich nicht unerheblich von den drei anderen Entwürfen und dem derzeitigen System, ist also solitär, und zweitens ist er politisch der wichtigste, weil hinter ihm anders als bei den anderen drei Entwürfen eine parlamentarische Mehrheit steht, die in der Lage wäre, ihm zur Gesetzeskraft zu verhelfen.

IV.

Der Koalitionsentwurf (BT-Drucks. 17/6290)

1. Zielsetzung und Konzept

Der politische Sinn des Entwurfs ist es, die Möglichkeit von Überhangmandaten, im jetzigen System also eine der unabdingbaren Voraussetzungen von negativen Stimmgewichten, wenigstens unangetastet zu lassen. Dafür soll nur das zweite Element, das für negative Stimmgewichte sorgen kann, beseitigt werden, nämlich die in § 7 BWahlG vorgesehene Verbindung der Landeslisten einer Partei. Das aber erzwingt komplizierte Nachfolgeregelungen oder verleitet zu ihnen. Ohne gravierende Widersprüche geht es dabei nicht ab.

Für die FDP sind Überhangmandate außerhalb der Reichweite. Es scheint, als habe das in einer Art Kompensation zu dem offensichtlich nachträglich eingefügten § 6 Abs. 2a geführt, der sprachlich wie inhaltlich eine besondere Delikatesse ist.

Von keinem der Entwürfe ist das dritte Element angesprochen, das beim jetzigen System zum negativen Stimmgewicht beitragen kann, das Zweistimmensystem. Es war alleiniger Grund für eine beträchtliche Zahl der Überhangmandate nicht nur bei der letzten Wahl. Von diesen wiederum sagt das Urteil zum negativen Stimmgewicht: „Die Wahrscheinlichkeit, dass der Effekt des negativen Stimmgewichts auftritt, steigt mit der Zahl der Überhangmandate“ (BVerfGE 121, 266, 275). Im Gegensatz zu den anderen Entwürfen hat das Schweigen beim Koalitionsentwurf freilich einen inneren, wenn auch nicht sonderlich edlen Grund: die Überhänge sollen, möglichst in der jetzigen Fülle, auf jeden Fall bei der Novelle geschützt werden.

2. Die Trennung in Landeswahlgebiete und ihr Widerruf

a. Das Spiel mit dem Begriff des Wahlgebietes

Von der Unabhängigkeit der Landesliste einer Partei von den anderen Landeslisten dieser Partei verspricht sich der Entwurf (BT-Drucks. 17/6290 S. 7, A II 1, vierter Absatz), dass „die Häufigkeit des Auftretens des so genannten negativen Stimmgewichts erheblich reduziert“ wird. Es wird zu Recht nicht behauptet, die Reduktion allein führe schon zu den als verfassungsrechtlich unbedenklich bezeichneten „seltenen Ausnahmefällen“ (a. a. O, S. 7, I. Sp. 2. Absatz).

Die logische und konstruktiv auch sauberste Konsequenz wäre, die Länder zu vollständig abgeschlossenen Wahlgebieten zu machen, wie das aufgrund der Intervention der Besatzungsmächte schon 1949 der Fall war. Der Entwurf hat aber eine andere Intention und schafft es, einerseits die Länder zu abgeschlossenen Wahlgebieten zu erklären,

– in den Worten des Entwurfs: „Damit konkurrieren die Landeslisten der verschiedenen Parteien in einem Land um die zu vergebenden Sitze,“ (BT-Drucks. 17/6290 S. 7 sub 2) und zwar nach ihrem Stimmaufkommen im Land –

andererseits aber das Stimmaufkommen im Bund und den Anteil des Landes daran für die Bestimmung des jedem Land zustehenden Kontingents an Sitzen zu nutzen (§ 6 Abs. 1 Satz 1 des Entwurfs).

Die Behauptung, „das Wahlgebiet ist dabei weiterhin das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland (§ 2 Abs. 2 BWG)“ (S. 7, A II 2), ist unzutreffend, da sich – auch jenseits der Wahlvorbereitung – die Wahlhandlung und die Umsetzung der Stimmen in Mandate grundsätzlich im Land erschöpfen und lediglich die Zahl der dem Land zustehenden Sitze in der Relation zur Wahlbeteiligung in anderen Ländern festgelegt wird. Das ist bei den Wahlkreismandaten nicht anders.⁴ Beides ist für die Qualität als „Wahlgebiet“ irrelevant. Unter systematischen Gesichtspunkten wird daher mit dem Vorschlag ein wesentliches Element der Besetzung des unitarischen Organs Bundestag auf dem Altar der Interessen geopfert.

⁴ Wenn auch dort auf die Bevölkerung abgestellt wird.

b. Sitzzuteilung nach Wahlbeteiligung statt Bevölkerungszahl

Darüber hinaus ist die Bestimmung der Sitzkontingente jedes Landes nach der Wahlbeteiligung statt nach der Bevölkerungszahl inkonsequent. Der Entwurf sieht diese Festlegung von der Wahlgleichheit gefordert (BT-Drucks. 17/6290 S. 7, r. Sp. 3. Absatz). Wenn das kein Vorwand ist, ist es ein Missverständnis. Wenn die Wahl sich allein im Land abspielt und die Erfolgsregeln darauf bezogen sind, erschöpft sich der Gleichheitsanspruch im Land. „Erfolgswertunterschiede zwischen den Wählerstimmen in Ländern mit hoher und niedriger Wahlbeteiligung“ sind also, wenn den Ländern Sitzkontingente zugewiesen sind, unter Gleichheitsgesichtspunkten irrelevant: in Bezug auf die (nur im Land) zu erringenden Mandate werden alle Wähler eines Landes gleichbehandelt. Bei Gewinn von Direktmandaten wird auch kein Vergleich über die Landesgrenzen hinaus angestellt.

Verfassungsrechtlich noch relevanter aber ist, dass es bei der Wahl nicht um die Vertretung der Wähler geht, sondern, wie es Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG überdeutlich ausdrückt, um die Vertretung des Volkes. Die Wähler bestimmen nur, wer gewählt ist. Wenn man schon den Ländern Sitzkontingente zuweist, um die Auswertung der Stimmabgabe auf das Land zu beschränken (in der ehrenvollen Absicht, negative Stimmgewichte zu vermeiden), dann ist die Festlegung des Maßes der Vertretung des Landesvolkes nach der Wahlbeteiligung demokratisch nicht zu rechtfertigen. Niemand käme auf die Idee, unter dem geltenden Wahlrecht die Größe des Bundestages nach der Wahlbeteiligung zu bestimmen, das zu vertretende Bundesvolk (Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG) also wegen des mangelnden Fleißes der Wahlberechtigten schlechter vertreten sein zu lassen.

c. Der irrige Bezug auf das geltende Recht

Die Feststellung „Wie bisher bleibt die Zahl der im Rahmen der Verhältniswahl auf die Länder entfallenden Abgeordneten also von der Wahlbeteiligung abhängig“ (a. a. O., S. 7, r. Sp. 3. Absatz), ist doppelt unrichtig.

Zum einen werden im geltenden Wahlrecht bei der Verhältniswahl nur die Zweitstimmen berücksichtigt (§ 6 Abs. 2 Satz 1 BWahlG), nach dem Vorschlag aber auch Wähler, die nur ihre Erststimme abgeben oder deren Stimme ungültig ist.⁵ Ist niemandem aufgefallen, dass

⁵ Der Bezug nur auf das Berechnungsverfahren nach Abs. 2 nimmt nicht dessen Voraussetzungen in Anspruch.

man auf diese Weise mit dem Gewicht ungültiger Stimmen zu mehr Mandaten in einem Land kommen kann? Und zum anderen werden nach geltendem Recht anders als im Vorschlag bei der Verteilung die gültigen Stimmen für die Parteien, die an der 5%-Sperrschwelle gescheitert sind, nicht berücksichtigt. Auch diese Stimmen schaffen, obwohl sie für eine bestimmte Partei abgegeben worden sind, nach dem Koalitionsvorschlag unmittelbar Mandate bei anderen Parteien im Land. Sind das keine negativen Stimmgewichte oder inverse Stimmerfolge?

Dass auch nach dem geltenden System länderübergreifende Verschiebungen stattfinden können (so der Hinweis am Ende des zitierten Abschnittes), ist sicher richtig, reicht aber als Entschuldigung nicht, weil das geltende System keine Landeskontingente zuweist. Die Abkehr von der unitarischen Struktur des geltenden Wahlrechts ist aber gerade der Sinn des Vorschlags.

Auch wird den Koalitionsparteien nicht verborgen geblieben sein, dass in den ostdeutschen Ländern die Wahlbeteiligung im Schnitt 8 Prozentpunkte niedriger zu liegen pflegt als in den Westländern. Möglicherweise liegt das (auch) an der ungünstigeren Altersstruktur. Sollen diese Landesvölker also kraft des Vorschlages von vorne herein schlechter vertreten werden?

Wenn man schon, um dem inversen Erfolgswert zu entgehen, das Wahlgebiet Bund in die Länder aufspaltet, muss man den Landesvölkern, die vertreten werden sollen, ein Kontingent an Vertretern zuweisen, das sich wie bei den Direktwahlen und wegen der Funktion der Vertretung des Volkes nur an der Bevölkerung orientieren kann.⁶ Als es noch nicht die Möglichkeit der Listenverbindungen gab, also jener Zustand, den der Entwurf im Grundsatz wieder herbeiführen will, haben denn auch die beiden Wahlgesetze von 1949 und 1953 selbstverständlich an den Bevölkerungszahlen orientierte Abgeordnetenzahlen für jedes Land festgelegt.⁷ Auch heute noch knüpft die hälftige Orientierung an die Wahlkreiszahl an.

d. Die widersinnige Suche nach Reststimmen

Der zweite Widerspruch zu den abgeschotteten Ländern, in denen allein die Stimmen in Mandate umgesetzt werden sollen, ist die länderübergreifende Suche nach „Reststimmen“, die man zu weiteren Mandaten zusammenziehen will (§ 6 Abs. 2 a).

⁶ Auf die Kuriosität, dass auch Wählern, die sich nur auf ihre Erststimme beschränken oder eine ungültige Stimme abgeben, also gerade keinen Einfluss auf die Liste nehmen wollen, Einfluss auf die Listenkandidaten eingeräumt wird, sei nur hingewiesen.

Zunächst ist zu dieser Regel auf den eindrücklichen, wenn auch höflich formulierten Befehl des Gerichts zu verweisen,

„das für den Wähler kaum noch nachzuvollziehende Regelungsgeflecht der Berechnung der Sitzzuteilung im Deutschen Bundestag auf eine neue, normenklare und verständliche Grundlage zu stellen“ (BVerfGE 121, 266, 316).

Man kann wohl nicht davon ausgehen, dass diese Maxime bei der Formulierung Pate gestanden hat; sie bricht übrigens auch aus dem Stil des Entwurfs im Übrigen aus und bestätigt die Vermutung, dass es sich um einen nachträglich und mühsam gefundenen Kompromiss zwischen den Koalitionspartnern handelt.

Inhaltlich interessieren drei Aspekte: was regelt der Absatz 2a in Wirklichkeit, welche Konsequenzen wird seine Anwendung haben und wie verträgt sich das mit der Aufgabe der Listenverbindungen?

Der Regelungsgegenstand enthält im ersten Halbsatz des Satzes 1 eine Voraussetzung, dessen erster Bestandteil („Summe der positiven Abweichungen ... von den nach Abs. 2 Satz 6 für die errungenen Sitze erforderlichen Zweitstimmen“), im Regelfall nicht existiert. Der Regelfall ist nämlich, dass der *vorläufige* Zuteilungsdivisor, der sich nach Satz 6 bemisst, nach Satz 7 von Absatz 2 entweder herauf- oder herabgesetzt werden muss. Die Sitze werden also regelmäßig gar nicht nach Satz 6 „errungen“. Die „für die errungenen Sitze erforderlichen Zweitstimmen“ richten sich vielmehr regelmäßig nach Satz 7. *Pukelsheim u. a.* haben in Ihrer Stellungnahme (Nr. 11 S. 25/26) im Übrigen gerade mit Hinblick auf den folgenden Halbsatz des Vorschlages die Sinnlosigkeit der Formulierung nachgewiesen, so dass sich weitere Ausführungen erübrigen.

Das gilt auch für den Begriff der „positiven Abweichungen“ (wo bleiben eigentlich die „negativen“?) und der „Reststimmen“ (s. *Pukelsheim u. a.*, Nr. 11 S. 24 ff.), die zu dem vorgesehenen Berechnungsmodus nicht passen. Vor allem letzterer Begriff entstammt wahlgeschichtlich einer archaischeren Phase der Berechnung.

Der Entwurf ist stolz auf die Idee der Trennung der Landeslisten zur Vermeidung von negativen Stimmgewichten und führt die Listenverbindung hier wieder ein!

⁷ BGBl. 1949 S. 22 (§ 8) und BGBl. 1953 S. 471 (§ 6).

e. Die Zusatzsitze nach § 6 Abs. 2a des Entwurfs

Mit den durch § 6 Abs. 2a des Entwurfs angestrebten Zusatzsitzen (Überhänge neuer Art) und der so angestrebten Verbesserung des kargen Brotes getrennter Landeswahlgebiete durch einen unitarischen Sahnezuschlag, kommt aber das gesamte System aus den Fugen. Wie gibt es einen Sinn, den Ländern ihr Mandatskontingent nach der jeweiligen Wahlbeteiligung zuzusprechen und zugleich diese Entscheidung durch Zusatzsitze zu konterkarieren, die mit der Wahlbeteiligung nichts zu tun haben. Und wie will man bei einem solchen genuin anti-unitarischen System einen Landeszuschlag an Sitzen rechtfertigen, die sich nicht aus der Wahlbeteiligung im Land speist, sondern aus den Stimmen verschiedener Länder?

Die Einzelbegründung (S. 15 zu Buchstabe c) behauptet, „mit der Einfügung des neuen Absatzes 2a werden Erfolgswertunterschiede unter den Landeslisten der Parteien, die aufgrund von Rundungsverlusten bei der Verteilung der Sitze in den 16 Sitzkontingenten entstehen, durch die Vergabe weiterer Sitze ausgeglichen.“ Abgesehen davon, dass „Erfolgswertunterschiede unter den Landeslisten“ bei prinzipiell geschlossenen Landeswahlgebieten keine verfassungsrechtliche Relevanz haben, ist ein wirklicher „Ausgleich“ dieser Unterschiede grundsätzlich nicht möglich. Das System führt nur zu anderen Unterschieden und desavouiert die Grundsatzentscheidung, die Verteilung der Sitze nach Landeswahlgebieten mit einem jeweils nach Wahlbeteiligung bestimmten Sitzkontingent vorzunehmen. Zudem muss es mit einer Größe arbeiten, die es nach der Konstruktion des Gesetzes gar nicht gibt, nämlich eine im Wahlgebiet – und damit ist das Bundesgebiet gemeint – erforderliche Stimmzahl. Auf die hinreichenden Äußerungen *Pukelsheims u. a.* (Nr. 11 S. 24) wird verwiesen.

f. Mit dem Bruch der Konzeption zu neuen negativen Stimmgewichten

Schon wegen dieser konzeptionellen Brüche und mit Bedacht konstruierten Systembrüche ist der Entwurf weit von einer Gesetzesreife entfernt. Er erreicht nicht einmal das, was als der offizielle Auftrag verbal durchaus postuliert ist (S. 8 sub 3), nämlich negative Stimmgewichte zu vermeiden. Im Gegenteil kreiert er einen neuen Typ negativer Stimmgewichte, und zwar in der Regel höherer Potenz. Eine Stimme oder auch 10.000 für die Partei A⁸ in einem Land X kann wegen der Mandatsbedeutung der Wahlbeteiligung zum Abzug eines Mandats aus dem

⁸ Es ist dabei uninteressant, ob der Wähler auf die Erststimme verzichtet oder beide Stimmen abgibt.

Land Y in das Land X führen. Wem das zusätzliche Mandat in seinem Land zukommt, kann der Wähler weder bestimmen noch vorhersehen. Wenn er Pech hat, bekommt die Konkurrenzpartei B seines Landes das Mandat. Wenn er zusätzlich Pech hat, wäre das abgewanderte Mandat seiner eigenen Partei A im Land Y zugute gekommen. Im schlimmsten Fall hätte er also mit seiner Stimme für seine eigene Partei A nicht nur dafür gesorgt, dass seine Partei A im Land Y ein Mandat verliert, sondern auch noch, dass in seinem Land X wegen seiner Stimme die Konkurrenzpartei B ein Mandat mehr erhält. Entsprechendes kann bei Stimmentzug passieren, dass nämlich die „betroffene Partei“ dafür in einem andern Land ein Mandat mehr erhält. Beides kann man wohl mit Recht als wahlrechtlichen Unfug bezeichnen, von der Verfassungswidrigkeit ganz zu schweigen.⁹

3. Der Nachweis des Entwurfs von seiner eigenen Verfassungswidrigkeit

Der eigentliche Sinn des Entwurfs, Überhangmandate zu sichern, führt aber noch auf einem viel einfacheren Wege zum Nachweis der Verfassungswidrigkeit. Man braucht nur den Entwurf selbst und seine Begründung ernst zu nehmen; er hängt sich an seiner eigenen Schlinge auf.

Um das zu verstehen, muss man auf die „unglückliche Liebe“ der Union zum Problem der „Berliner Zweitstimmen“ zurückgehen. Bei der Wahl 2002 errang die PDS in Berlin zwei Direktmandate, schaffte aber als Partei die 5%-Hürde nicht. Die Mandatsverteilung im Übrigen war knapp und es bestand die Hoffnung, dass die Nichtanrechnung der Zweitstimmen von Wählern der beiden PDS-Abgeordneten, die vor allem zu Gunsten der SPD gesplittet hatten, die Parlamentsmehrheit hätte verändern können.¹⁰ Es ging also um viel.

Der Fall ist im Gesetz nicht geregelt. Für zwei verwandte Fälle verbietet § 6 Abs. 1 Satz 2 BWahlG die Anrechnung der Zweitstimmen. Sie zeichnen sich dadurch aus, dass der Wähler schon vor der Wahl weiß, dass er bei Erfolg des vom ihm gewählten Direktkandidaten zusätzlich mit seiner gesplitteten Zweitstimme einen Wahlerfolg erzielen kann, was vom Bundesverfassungsgericht und der Literatur mit dem Schlagwort „doppeltes Stimmgewicht“ oder „doppelter Erfolgswert“ bezeichnet wird, weil der Direktkandidat mangels zuteilungsberechtigter Liste auf deren Mandatserfolg nicht angerechnet werden kann. Ein doppeltes Stimm-

⁹ Die offenbar zur Abschreckung gedachte liebevolle Aufzählung von sieben Bedingungen für negative Stimmgewichte auf S. 9 des Entwurfs, die man übrigens noch beliebig erweitern könnte – bis zur Erschaffung der Erde –, brauchen also gar nicht erfüllt zu sein.

gewicht wird dabei für einen so schwerwiegenden Eingriff in die Wahlgleichheit gehalten, dass in diesen Fällen auch Wähler um den Wert ihrer Zweitstimme gebracht werden, deren Erststimme für den Erfolg des Direktkandidaten, etwa bei großem Vorsprung vor dem zweitbesten Bewerber, gar nicht nötig, also nicht kausal waren.

Der Berliner Fall ist nicht geregelt. Er unterschied sich von den beiden geregelten darin, dass vor der Wahl das Scheitern der PDS mit ihren Zweitstimmen im Bundesgebiet an der 5%-Hürde nicht sicher war. Eine analoge Anwendung war schon darum nicht möglich, weil das Bundesverfassungsgericht sie nicht für möglich hielt, sondern den Gesetzgeber – vergeblich – aufgefordert hatte, den Fall zu lösen. Im letzten einschlägigen Fall hat das Gericht auf die Lösungsnotwendigkeit erneut hingewiesen (BVerfGE 122, 304, 312).

Da an den „Berliner Zweitstimmen“ möglicherweise die Parlamentsmehrheit hing, war es naheliegend, dass in der sofort einsetzenden wissenschaftlichen Debatte vor allem CDU-nahe Wissenschaftler Position bezogen. Der prominenteste war der Kollege und langjährige Bundestagsabgeordnete *Rupert Scholz*. Unter dem Titel „Muss das Ergebnis der Bundestagswahl korrigiert werden“¹¹ wird unter dem Stichwort des doppelten Stimmgewichts die Verfassungswidrigkeit der Anerkennung der „Berliner Zweitstimmen“ betont und zu Recht gesehen, dass dies Konsequenzen für die Überhangmandate im Übrigen haben muss, die sich ebenfalls dadurch auszeichnen, dass sie oft¹² ein Produkt doppelten Stimmgewichts sind.

Der Entwurf der Koalitionsfraktion ist zum doppelten Stimmgewicht dezidiert derselben Meinung. Er sagt an prominenter Stelle: „Ein ‚doppelter Erfolgswert‘ ist mit dem Grundsatz der Gleichheit der Wahl nicht zu vereinbaren“ (Vorspruch S. 2, 2. Absatz). So ist es.

Mit dieser Erkenntnis hat aber der Entwurf das verfassungsrechtliche Todesurteil über sich selbst gesprochen. Dessen höchst komplizierte und nicht widerspruchsfreie Organisation der Umsetzung von Stimmen in Mandate dient dem alleinigen Zweck, Überhangmandate mindestens im derzeitigen Umfang zu erhalten, also auch eine Fülle von Mandaten, die Resultat eines doppelten Stimmgewichts sind.

¹⁰ Dass sich das später rechnerisch als ein Irrtum herausstellte, tut nichts zur Sache.

¹¹ Zusammen mit dem damaligen Mitarbeiter der Unionsfraktion *Hans Hofmann*: ZRP, 2003, 39 ff.

¹² In „Die Zukunft des Bundestagswahlrechts – Zwischen Unverstand, obiter dicta, Interessenkalkül und Verfassungsverstoß“, 2010 S. 76-78 habe ich anhand der Daten des Bundeswahlleiters nachgewiesen, dass mit Sicherheit 10 der 24 Überhangmandate nur durch Stimmensplitting zustande kamen und drei weitere höchst wahrscheinlich.

Das „Überhangsicherungsgesetz“ wird schon darum spätestens in Karlsruhe scheitern. Das Gericht braucht sich nur auf die Erkenntnisse der Koalition selbst zu berufen.

4. Der verfassungsrechtliche Tunnelblick

Es gibt aber noch einen anderen Grund. Der Entwurf nimmt von der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nur das Urteil zum negativen Stimmgewicht und den späteren Hinweis auf eine Lösung des Problems der „Berliner Zweitstimmen“ zur Kenntnis. Das ist fahrlässig. Denn das Gericht hat seit der ersten einschlägigen Entscheidung, nämlich in BVerfGE 7, 63, 75, in ständiger Rechtsprechung betont, dass Überhangmandate nur eine Ausnahmeerscheinung sein dürfen. Selbst in der großzügigsten, freilich von nur vier Richtern getragenen Entscheidung aus dem Jahre 1997 wird eine regelmäßig nicht beachtete Sperre für Überhangmandate gesetzt:

„Werden diese Grenzen (nämlich die grundsätzlich hälftige Besetzung mit Direkt- und Listenmandaten) überschritten, weil sich Verhältnisse einstellen, unter denen Überhangmandate regelmäßig in größerer Zahl anfallen, entfernt sich das Wahlverfahren von den Grundentscheidungen des Gesetzes. Aus diesen Anforderungen an das Wahlverfahren kann sich einerseits eine Schranke für den Gestaltungsraum des Gesetzgebers wie andererseits aufgrund der Änderung der tatsächlichen Verhältnisse auch ein Handlungsauftrag ergeben.“ (BVerfGE 95, 335, 366/367).¹³

Die Verhältnisse haben sich eingestellt. Dabei ist nicht so sehr die unerwartet hohe Anzahl von Überhangmandaten entscheidend, sondern die Tatsache, dass sich Verhältnisse eingestellt haben, wonach regelmäßig eine „größere Zahl“ anfallen wird. Diese Verhältnisse liegen im erheblichen Nachlassen der Wählerbindung vor allem der großen Parteien CDU, SPD und für ihr Land der CSU, also der Parteien, die mit relevanten Zahlen von Direktmandaten rechnen können. Bei der letzten Wahl führten der Verlust von 400.000 Zweitstimmen bei der CDU in Baden-Württemberg zu mehr als einer Verdreifachung der Überhangmandate von drei auf zehn und in Bayern kamen erstmals überhaupt drei Überhangmandate zustande, weil die CSU 600.000 an Zweitstimmen einbüßte. Zurzeit werden schon aufgrund der derzeitigen Wählerumfragen unter Zugrundlegung verschiedener aus der Vergangenheit abgeleiteter Splittingprognosen Simulationen angestellt, die ein erhebliches Ansteigen über 24 Direktmandate anzeigen. Übrigens keineswegs notwendig für die Union.

¹³ Das gilt unabhängig von der für die einzelne Wahl angedeuteten Sperre von 5%.

5. Eine Lösung des nach dem Entwurf besonders gravierenden Nachrückproblems fehlt

Im Übrigen hätte man bei so viel Liebe für Überhangmandate von dem Entwurf erwarten können, dass er sich der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts annimmt, wonach bei Ausscheiden eines Wahlkreisabgeordneten aus einem Überhangland niemand nachrückt. Da die politische Situation darauf hindeutet, dass man mit üppigen Mehrheiten im Parlament eher weniger rechnen kann, sollte das Parlament doch wohl aus staatspolitischen Gründen der Gefahr einer „absterbenden“ oder sogar rückwechselnden Mehrheit durch diese Rechtsprechung begegnen. Das gilt besonders für diesen Entwurf, der zur Sicherung der Überhangmandate gedacht ist und vermutlich als ihr Wachstumsmotor wirken würde.

Zusammenfassung

1. Der Entwurf wird dem Auftrag, ein dem Wähler verständliches Wahlrecht zu formulieren, nicht nur nicht gerecht, sondern hat geradezu den Ehrgeiz, dieses vom Verfassungsgericht gesetzte Ziel zu vermeiden.
2. Der Entwurf ist nach seiner eigenen ausdrücklichen Feststellung, wonach ein „doppelter Erfolgswert“ einer Stimme mit der Verfassung nicht zu vereinbaren ist (S. 2), verfassungswidrig. Er schafft nämlich mit seinem primären politischen Ziel, möglichst viele Überhänge an Mandaten zu erhalten, eine Fülle von Stimmen mit doppeltem Erfolgswert.
3. Der Entwurf ist zusätzlich verfassungswidrig, weil er die ständige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht beachtet, wonach Überhangmandate nur begrenzt zulässig sind. Selbst die im Sinne der Koalition großzügigste dieser Entscheidungen, die nur von vier Richtern getragen ist, verlangt eine Korrektur des Gesetzes, wenn sich die Verhältnisse so ändern, dass „regelmäßig“ Überhangmandate in großer Zahl anfallen. Mit dem nicht unbeträchtlichen Absinken derjenigen Parteien in der Wählergunst, die überhaupt nur Direktmandate in relevanter Zahl erzielen können, steigt die Diskrepanz zwischen dem Einbruch in den Zweitstimmen und dem Gewinn eines Direktmandates. 400.000 verlorene Zweitstimmen in Baden-Württemberg ergaben einen Anstieg von drei auf zehn Überhangmandate und der Verlust von 600.000 Zweitstimmen für die CSU in Bayern brachte ihr erstmals überhaupt Überhangmandate, nämlich drei.
4. Neben den noch für erträglich gehaltenen „normalen Fällen negativer Stimmgewichte“ schafft der Entwurf mit der nachträglichen Listenverbindung gravierende Fälle.
5. § 6 Abs.2a des Entwurfs hat weder in der Konzeption noch in der Ausführung das Niveau, das man von einem Bundesgesetz erwarten darf.
5. Das „Berliner Zweitstimmenproblem“ wird korrekt mit der Angleichung an die beiden geregelten (Fast-)Parallelfälle gelöst.
7. Wenn man schon ein Überhangsicherungsgesetz vorschlägt, muss man eine Lösung für das durch die Verfassungsrechtsprechung geschaffene Problem anbieten, dass beim Ausscheiden beliebiger direkt gewählter Kandidaten in einem Überhangland niemand nachrücken darf. Wechselnde Mehrheiten während einer Wahlperiode nur aus diesem Grunde oder sogar ein Rückwechseln der Mehrheit sind verfassungspolitisch nicht zu verantworten.

V.

Der Entwurf von BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN (BT-Drucks. 17/4694)

Da der Entwurf der Fraktion DIE LINKE (BT-Drucks. 17/5896) in einem wesentlichen Reformpunkt sich dem Entwurf von BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN anschließt, wird dieser vorweg behandelt. Er setzt bei der Eliminierung von negativen oder inversen Stimmgewichten nicht wie der Koalitionsentwurf bei den Listenverbindungen an, sondern bei den Überhangmandaten. Die Lösung wird schon auf der Bundesebene gesucht, was den Vorteil hat, dass sowohl externe als auch interne Überhänge erfasst werden.

1. Externe und interne Überhänge

Externe Überhänge sind erstmals in der bundesdeutschen Wahlrechtsgeschichte 2009 im Sonderfall der auf ein Land sich beschränkenden Partei CSU aufgetreten und können dort bei weiterer (relativer) Schwäche der CSU auch in größerer Zahl auftreten. Aber auch bei der CDU wäre ein externes Überhangmandat entstanden, wenn sie nur in Darmstadt 46 Erststimmen mehr erhalten hätte. Anders als bei der CSU ist bei ihr dagegen der Anfall von externen Überhangmandaten weniger wahrscheinlich. Externe Überhangmandate übersteigen den Gesamtanspruch einer Partei auf Mandate nach ihrem Zweitstimmenergebnis im Bund; es handelt sich um echte Überhänge.

Interne Überhangmandate entstehen erst bei der Unterverteilung der Mandate auf die Länder und durch die Art dieser Verteilung. Auf Bundesebene übersteigen dagegen die errungenen Direktmandate den Anteil der Partei an Mandaten nicht, der ihr nach dem Zweitstimmenergebnis zusteht. Interne Überhänge sind also unechte Überhänge.

a. Die Lösung für die externen Überhänge

Die in § 7 Abs. 6 des Entwurfs für die externen, also echten Überhänge vorgesehene Lösung ist die entsprechende Reduzierung der Direktmandate im Bundesgebiet, und zwar die mit dem geringsten prozentualen Stimmanteil gewonnenen.

Verfassungsrechtlich ist die Lösung unproblematisch. Es wird nämlich nicht einem Kandidaten sein Mandat weggenommen, wie oft, selbst von Juristen, gesagt wird, vielmehr erfüllt er die vorher festgelegten Bedingungen eines Mandatsgewinns nicht.

Da ein Überhang gerade dadurch charakterisiert ist, dass er ein Fremdkörper im Verhältniswahlssystem ist, wird diese Lösung auch der Grundentscheidung in § 1 Satz 2 BWahlG für eine Verhältniswahl gerecht. Sie soll nach dem Gesetz nur mit einer Personenwahl „verbunden“ sein und nicht von ihr dominiert werden. Das jetzige System, das Überhänge in zunehmend größeren Mengen produziert, hat sich entgegen dem Gesetz zu einer Personenwahl entwickelt, die mit einer Verhältniswahl verbunden ist. Bei einem Konflikt zwischen beiden Verteilungsideen dominiert nach geltendem Wahlrecht die Personenwahl.

Außerdem ist nicht zu verkennen, dass das Anwachsen der Überhangmandate, worauf schon verwiesen worden ist, nicht der Stärke, sondern der derzeitigen Schwäche der „großen“ Parteien zu verdanken ist, zu denen auch die große Landespartei CSU gehört. Wie schon gezeigt, schnellte bei einem Verlust von 400.000 Zweitstimmen in Baden-Württemberg 2009 die Zahl der Überhangmandate gegenüber 2005 von 3 auf 10 hoch und in Bayern hat erst der Verlust von 600.000 Zweitstimmen überhaupt dazu geführt, dass Überhangmandate entstanden. Es fällt schwer, das nicht pervers zu finden. Insgesamt haben 24 Überhangmandate einen Wert von 1,6 Millionen Zweitstimmen. Eine solche Zahl von Wählern für die eigene Partei zu überzeugen, machte schon Schwierigkeiten.

Mittlerweile konnten 30 Direktmandate mit weniger als 33% der Stimmen erzielt werden und was die Wahlberechtigten angeht, so hat das „billigste“ Mandat nur 17% der Wahlberechtigten hinter sich sammeln können. Von einer Repräsentation des Wahlkreises wird man bei solchen Zahlen wohl kaum sprechen können.

Abgesehen davon spricht die Verfassung in Art. 38 GG nicht von einer Repräsentation von Wahlkreisen, sondern nur von der Repräsentation des ganzen Volkes. Der Wahlkreis wird im Übrigen auch von den Abgeordneten „vertreten“, die dort kandidiert, das Mandat aber nicht erzielt haben, sondern über die Liste in das Parlament gelangt sind. Nicht von ungefähr finanziert das Abgeordnetengesetz *jedem* Abgeordneten ein „Wahlkreisbüro“ (§ 12 Abs. 2 Nr. 1).

b. Die Lösung für die internen Überhänge

Das Mandatskontingent einer Partei auf Bundesebene, bereinigt um mögliche externe Überhänge, wird auf die Landeslisten der Partei nach deren Zweitstimmenstärke verteilt.

Hier können und werden nach der derzeitigen politischen Lage interne Überhänge auftreten. Sie sollen nach § 7a Abs. 7 des Entwurfs in die proportionale Verteilung der Mandate einbezogen werden. Dazu werden die Überhänge vorweg von dem Kontingent der Partei nach der Oberverteilung abgezogen, was verlangt, dass der Parteidivisor entsprechend heraufgesetzt wird, weil weniger zu verteilen ist. Praktisch bedeutet das, dass die Landeslisten der Parteien, die keine Überhänge haben, entsprechend weniger Listenmandate zugeteilt erhalten. Die Last ist proportional zu tragen.

Dies führt zu einer unproportionalen Verteilung der Listenmandate auf die Länder ohne Überhänge. Nach der Verfassung haben die Länder bei Bundestagswahlen keine besondere Verfassungsposition. So hat sich bisher auch niemand ernsthaft darüber beschwert, dass die CDU im ihrem Überhangland Baden-Württemberg mit zehn Überhangmandaten unter Verletzung jeden Proporz sehr viel besser dasteht als etwa die CDU in NRW. Die etwas widersinnige Konsequenz des derzeitigen Systems ist, dass die Überhangpartei die Probleme ihrer internen Landeskonzurrenz erfreulicher Weise nicht zu Lasten der eigenen Partei lösen muss, sondern zu Lasten der konkurrierenden Parteien lösen kann. Verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Lösung bestehen also nicht.

2. Das Problem der „Berliner Zweitstimmen“

Der Entwurf löst das Problem der „Berliner Zweitstimmen“, indem er es wie die beiden anderen in § 6 Abs. 1 Satz 2 BWahlG genannten Fällen behandelt, also zur Verhinderung eines doppelten Stimmgewichts befiehlt, die Zweitstimmen der entsprechenden Erststimmenwähler nicht zu berücksichtigen (§ 6 Abs. 3 Satz 2 des Entwurfs). Die Formulierung scheint mir allerdings verunglückt, da sie vergisst darauf abzustellen, dass es nur um die Wähler geht, die einem Direktkandidaten zum Erfolg verholfen haben, der für eine Partei kandidiert hat, die an der Sperrklausel gescheitert ist. Am einfachsten wäre, in Abs. 3 Satz 1 hinter „für den im Land keine Landesliste zugelassen ist“ einzufügen „oder die nach Abs. 2 nicht erfolgreich war“.

3. Nachrückprobleme

Durch Einreihung der ursprünglich anfallenden *externen* Überhangmandate in die auch durch Zweitstimmen gedeckte Reihe der Direktmandate entfällt die Notwendigkeit einer eigenen Nachfolgeregelung. Bei den *internen* Überhangmandaten ist die Technik, sie ihres Überhangcharakters zu entkleiden, ähnlich: sie werden nach § 7a Abs. 7 des Entwurfs vorweg auf das Zweitstimmenergebnis angerechnet. Wird der Sitz frei, so wird der Parteidivisor nach derselben Vorschrift neu berechnet, da das freigewordene Direktmandat nicht mehr durch Zweitstimmen valuiert werden muss. Es ist konsequent, dass der Nachrücker dann aus der Liste kommen soll, die den nächsten Zuschlag hat.

Bei dem seltenen Fall der Listenerschöpfung stellt nach § 48 Abs. 1 Satz 7 die nach der Ursprungsberechnung nächste Liste den Nachrücker. Das ist in dem unitarischen System des geltenden Wahlrechts eine zulässige Regelung. Listenerschöpfung führt ähnlich den derzeitigen Überhangmandaten zu negativen Stimmgewichten. Die Neuregelung beseitigt dies.

Unklar ist der Verweis in der Begründung (Nr. 10, S. 7 2. Absatz), dass wie bislang „beim Ausscheiden aus einem sogenannten Überhangmandat“ der Sitz frei bleibt. Ich interpretiere die Regelungen der §§ 6 – 7a des Entwurfs dahin, dass „Überhangmandate“ nicht mehr entstehen können.

Zusammenfassung

1. Für externe, also echte Überhangmandate, die bis 2009 nie aufgetaucht sind, sieht der Entwurf die verfassungsrechtlich unbedenkliche Lösung darin, dass die Wahlkreisbewerber mit dem geringsten prozentualen Erfolg in dem Land aus dem Wettbewerb ohne Ersatz ausscheiden. Die Lösung entspricht dem Versprechen des § 1 Abs. 2 Satz 2 BWahlG, wonach die Personenwahl nur mit der Verhältniswahl verbunden ist, diese aber nicht dominiert.
2. Für interne, also unechte Überhänge, wird die verfassungsrechtlich ebenfalls unbedenkliche Lösung gefunden, dass die Überhänge durch die Landesverbände ohne Überhang im Verhältnis ihrer Listenmandate auszugleichen sind. Dass ist für diese Verbände unangenehm, man muss aber darauf verweisen, dass sie nicht gegen das jetzige Verteilungssystem revoltiert haben, das dieselben Verteilungsprobleme zwischen den Landeslisten einer Partei zu Lasten der anderen Parteien löst.
3. Das Berliner Zweitstimmenproblem wird wie im Koalitionsentwurf gelöst. Eine sprachliche Unklarheit ist leicht zu korrigieren.
4. Der Entwurf löst anders als der Koalitionsentwurf auch das Nachrückproblem beim Ausscheiden eines direkt gewählten Abgeordneten aus einem Überhangland.

VI.

Der Entwurf der Fraktion DIE LINKE (BT-Drucks. 17/5896)

1. Sondervorschläge

Der Teil der Vorschläge des Entwurfs, die sich nicht mit dem unmittelbaren Auftrag des Bundesverfassungsgerichts im Urteil zum negativen Stimmgewicht befassen, ist oben im Abschnitt II vorweg behandelt, soweit die Vorschläge nicht nur plausibel, vielleicht sogar verfassungsgeboden, sondern auch diskussionswürdig und nicht von vorne herein aussichtslos sind.

2. Behandlung der Überhänge

Im Kernanliegen der Reform schließt sich der Entwurf im Prinzip dem der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN (BT-Drucks. 17/4694) an. Um Wiederholungen zu vermeiden wird daher auf die entsprechenden Ausführungen oben unter V. verwiesen.

Der Entwurf bietet aber eine wesentliche Variation an. Er will *externe* Überhänge durch Ausgleichmandate für die anderen Parteien kompensieren, um so Proportionalität wieder herzustellen (§ 7 Abs. 6 des Entwurfs). Es ist zwar richtig, dass der erste Kandidat für externe Überhänge die CSU ist. Vor der Wahl 2009 hatte niemand damit gerechnet, dass solche anfallen können. Der Anfall in Bayern ist einerseits ein Sonderfall, da Kompensationen durch Zweitstimmen aus anderen Ländern nicht möglich sind. Er zeigt aber zugleich dass eine Mechanik wirkt, die auch für andere Länder und damit auch für bundesweite Parteien aussagekräftig ist. Solange die CSU nur darum bangte, ob die Zustimmung in Bayern bei 50% oder 55% oder gar noch höher liege, waren Überhangmandate per definitionem unmöglich. Erst der Absturz auf 42,5% ermöglichte Überhangmandate. Genereller gesprochen heißt das, Direktmandate sind erheblich stabiler gegenüber Zustimmungsschwankungen als Listenmandate. Daher kann es auch relativ schnell zu Diskrepanzen und damit zu Überhängen kommen. Das sollte bedacht werden, wenn man den Ausweg über Ausgleichmandate sucht. Zumal die Hebelwirkung von Überhängen beim Ausgleich gerade bei kleinen Parteien – und die CSU ist die kleinste der Bundestagsparteien – erheblich höher als bei großen Parteien wie der CDU ist. Einer Prognose enthält sich der Vorschlag.

Bei der Verteilung des Mandatskontingents jeder Partei auf Bundesebene einschließlich möglicher Ausgleichsmandate auf die Landeslisten geht der Vorschlag auf das Konzept von BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN über, also entsprechende Heraufsetzung des Parteidivisors.

3. Nachrückprobleme

Dasselbe gilt für die Lösung des Nachrückproblems. Wohl nur zur Klarstellung wird die Folge des Ausscheidens aus einem (ehemaligen) Überhangmandat und einem Ausgleichmandat ausdrücklich erwähnt (§ 48 Abs. 1 Satz 2 des Entwurfs). Die Folge würde sich auch so ergeben.

Zusammenfassung

1. Anders als in den meisten anderen Entwürfen wird eine Reihe von durchaus beherzigenswerten Vorschlägen außerhalb des Hauptthemas gemacht. Sie betreffen u. a. das Wahlalter, das aktive Wahlrecht Verurteilter, Verbesserungen im Wahlrechtsschutz und den Einsatz von Wahlgeräten. Sie sind überwiegend erörterungswürdig. Das Nähere ist in Abschnitt II ausgeführt. Wenn die Fragen jetzt aus Zeitnot oder Unwillen nicht behandelt werden können, wären sie notwendige Merkposten für eine angezeigte ruhigere Überarbeitung unseres Wahlrechts.
2. In der Kernfrage entscheidet sich der Entwurf bei den externen Überhängen für entsprechende Ausgleichsmandate bei den anderen Parteien. Da nach Lage der Dinge nur die CSU mit einer relevanten Zahl von externen Überhangmandaten rechnen kann, als kleinste der „Bundesparteien“ aber die größte Hebelwirkung bei einem Ausgleich hätte, wäre die nicht behandelte Frage nach dem vermutlichen Maß der Ausgleichsmandate von Interesse.
3. Bei internen Überhangmandaten geht das Konzept auf das von BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN über und kompensiert sie durch Heraufsetzung des Parteidivisors, also zu proportionalen Lasten der überhangfreien Listen.
4. Entsprechendes gilt für die Behandlung des Nachrückproblems.

VII. Der Entwurf der Fraktion der SPD (BT-Drucks. 17/5895)

1. Die Einlösung der gerichtlichen Forderung nach einer verständlichen Fassung

Der Entwurf enthält eine neue und in sich einsichtige Gliederung des 1. Abschnittes des Wahlgesetzes und kommt mit der Aussonderung von teilweise noch nie vorgekommenen Sonderfällen in § 5 der Aufforderung des Bundesverfassungsgerichts nach einer lesbareren Fassung nach. Er weicht am wenigsten vom status quo des bisherigen Wahlgesetzes ab.

Das Problem der „Berliner Zweitstimmen“ wird zu Recht entsprechend den beiden bisherigen, (auch) noch nie vorgekommenen Parallelfällen unter den Sonderfällen geregelt (§ 5 Abs. 1 Nr. 2 des Entwurfs).

2. Die Eliminierung des negativen Stimmgewichts

Die Lösung des Problem negativer Stimmgewichte wird in der Abschaffung von Überhangmandaten gesehen, also des zweiten Elements, das zu ihnen führen kann. Sie sollen durch Ausgleichsmandate kompensiert werden, wie es auch die Technik in den Ländern ist. Vollständig lassen sich dadurch negative Stimmgewichte freilich nicht ausschließen. Sie können sich aber offensichtlich nur auf *ein* Mandat auswirken.

Der Entwurf entscheidet nicht zwischen externen und internen Überhängen. Man könnte daher § 4 Abs. 4 des Entwurfs so auffassen, dass er mit den Worten „nach dieser Rechnung“ nur die Rechnung der Unterverteilung in § 4 Abs. 3 des Entwurfs und damit nur interne Überhänge meint.

Das Problem wäre dabei aber die CSU, die einzige ziemlich sichere Kandidatin für externe Überhangmandate. Ihre Zuteilung ist mit dem Verfahren nach § 4 Abs. 2 des Entwurfs beendet, da sie wie eine Bundespartei behandelt wird, aber nur in einem Land Sitze erlangen kann. Ihr Überhang kann daher nur auf der Ebene der Oberverteilung ausgeglichen werden. Wenn man § 4 Abs. 4 des Entwurfs auf die Unterverteilung beschränkt, behielte die CSU also ohne Kompensation ihre externen Überhangmandate.

Meint § 4 Abs. 4 des Entwurfs aber beide Verteilungsmodi, gäben im Falle der Wahl 2009 zunächst die drei Überhangmandate der CSU den Maßstab für Ausgleichsmandate an die anderen Parteien. Auf die so ermittelten Kontingente jeder Partei bezöge sich die Unterverteilung nach Abs. 3. Dies führte nicht notwendig zu einer überhangfreien Verteilung in jedem Land. Gäbe es in einem oder mehreren Länder nach dieser Rechnung Überhänge, so müsste erneut nach Abs. 2 vorgegangen werden, bis alle Überhänge auch auf der Stufe der Unterverteilung ausgeglichen sind.

Da das vermutlich gemeint ist, würde sich empfehlen, in § 4 Abs. 4 die Formulierung „nach dieser Rechnung“ zu ersetzen durch „nach der Rechnung in Abs. 2 oder Abs. 3“.

3. Das Problem der Vergrößerung des Bundestages

Das verfassungspolitische, nicht verfassungsrechtliche Problem dieses Vorschlages ist die zu erwartende Vergrößerung des Bundestages. Es scheint, ist jedenfalls nicht auszuschließen, dass nach dem Entwurf, der das geltende System ja im Prinzip beibehält, mit höheren Überhängen gerechnet werden muss.

Der Entwurf sieht das Problem und will die Erfahrungen bei der nächsten Wahl abwarten. Er empfiehlt (S. 1/2 sub B), falls notwendig, die Reduzierung der Wahlkreise. *Pukelsheim u. a.* haben zu Recht auf die laufende Volkszählung verwiesen, die sowieso zu Anpassungen zwingen wird. Wenn man diesen Wege gehen will, wäre es bei dem notorischen Unwillen des Parlaments, auf diesem Feld ungezwungen etwas zu tun, sicherlich hilfreicher, wenn bei der jetzigen Novelle schon ein entsprechender Prüfauftrag an die Wahlkreiskommission gesetzlich formuliert würde. Er könnte die oben unter II 4 (S. 6) schon erwähnte europäische Aufforderung der stärkeren Angleichung der Wahlkreisgrößen aufnehmen.

Eine Regelung des Nachrückproblems erübrigt sich nach dem Konzept.

Zusammenfassung

1. Der Entwurf kommt der Forderung nach einer wählerverständlichen Formulierung am besten nach, vor allem durch eine Entzerrung der Normalregeln und der bisher zum Teil nie vorgekommenen Sonderfälle.
2. Das Problem der „Berliner Zweitstimmen“ wird wie in den anderen Entwürfen gelöst.

3. Bei der Lösung des Problems des negativen Stimmgewichts, setzt der Entwurf ganz auf Ausgleichsmandate. Er will damit offensichtlich von externen wie von internen Überhangmandaten ausgelöste negative Stimmgewichte beseitigen. Das kommt in der Fassung von § 4 Abs. 4 des Entwurfs aber nicht hinreichend zum Ausdruck, weil er sich nur auf interne Überhangmandate beziehen könnte. Die Formulierung sollte daher korrigiert werden. Damit wäre eine wesentliche, aber nicht vollständige Eliminierung von negativen Stimmgewichten bzw. ihrer Wirkung erreicht.
4. Das Problem ist die mögliche Zahl anfallender Ausgleichsmandate. Der Entwurf sieht das Problem und weist auch einen Weg der Lösung, nämlich eine Reduzierung der Wahlkreiszahl, was sicherlich die Zahl der Überhang- und damit der Ausgleichsmandate reduzieren würde.
5. Ein Nachrückproblem taucht bei der Lösung nicht auf, da die ursprünglichen Überhänge durch die Ausgleichsrechnung mit Zweitstimmen unterfüttert werden. Die vorgeschlagene Streichung von § 48 Abs. 1 Satz 2 ist daher konsequent.

VIII. Aufgabe des dysfunktionalen Zweistimmensystems

Trotz des Unwillens wohl in allen Parteien in dieser Sache will ich aber auf eine viel einfachere Möglichkeit verweisen, Überhänge zu vermeiden: die Aufgabe des Zweistimmensystems, das Ursache nicht weniger der in den Vorschlägen mühsam oder gar nicht unter Kontrolle gebrachter Irregularitäten ist. Um eine Chance zu behalten, das Weiterlesen nicht schon hier zu blockieren, darf ich anschließen, es geht nicht um die Streichung der Erststimme, sondern um die Streichung der Zweitstimme. Man kehrte damit zum Ursprung zurück; das Bundestagswahlrecht war so konzipiert. Erst ab der Wahl 1953 gab es zwei Stimmen.

Die Aufgabe der Zweitstimme ändert an dem personalisierten Verhältniswahlssystem nichts. Im Gegenteil entspricht sie ihm eher als das jetzige System. Die verbleibende Erststimme wirkt zugleich als Listenstimme, der Direktkandidat steht also auch persönlich für seine Partei. Alle anderen Vorteile des Zweistimmensystems, dass es lokal bestimmte Bewerber und über die Landespartei bestimmte Bewerber gibt, bleibt erhalten. Die Verbindung des Wahlsiegers, aber auch der in der Direktwahl unterlegenen Wahlbewerber mit ihrem Wahlkreis bleibt ebenso erhalten. Die ergänzende Nominierung der Landespartei ebenfalls.

Die einzige Änderung betrifft den Wähler. Die meisten Wähler freilich dürften nicht wissen, was sie in Wirklichkeit mit ihrer jetzigen Erststimme beim Splitten anstellen. Entweder ist sie erfolglos, weil ihr Kandidat nicht gewählt wird. Wird er aber dank ihrer Stimme gewählt, so schließt er einen Listenbewerber derselben Partei von einem Parlamentssitz aus. Der erfolgreiche Splitter entscheidet also zwischen zwei Personen derselben Partei, von denen er die

eine gar nicht kennen kann, eine eigenartige „Persönlichkeitswahl“. Nur bei Überhangmandaten, also der eigentlichen Krux unseres Systems, hat er einen Sondererfolg, zugleich aber ein verfassungswidriges doppeltes Stimmgewicht.

Es lässt sich ja verstehen, dass jeder im Wahlkreis gewählte Kandidat den Erfolg auf seine dominante Persönlichkeit gegenüber den Konkurrenten bucht. Und solche Fälle kommen sicherlich auch vor. Die Zahlen sagen aber etwas ganz anderes. Wenn über 2,2 Millionen FDP-Wähler 2009 ihre Erststimme nicht dem Direktkandidaten der FDP gegeben haben, kann das schwerlich daran liegen, dass die „Persönlichkeit“ der FDP-Kandidaten so miserabel war, dass man lieber den Kandidaten einer fremden und sei es auch benachbarten Partei wählt. Das Zweistimmensystem und damit das Stimmensplitting fordert in der Wirklichkeit eine parteipolitische Entscheidung, nicht eine Persönlichkeitswahl. Das alles ist wissenschaftlich längst aufgearbeitet, man muss sich nur die Mühe machen, es nachzulesen, z. B. bei *Sophie-Charlotte Lenski*, Paradoxien der personalisierten Verhältniswahl, im Archiv für öffentliches Recht, 2009, 473 – 512.

Gegen die Beibehaltung des Zweistimmen-Systems spricht eine weitere Entwicklung fern des Wahlrechts und des Parteiensystems. Ich meine die neuen, jedem zugänglichen Informationswege, die zu einer bis dahin unbekanntem beliebig auf Anonymität und Individualität schaltenden Informationskultur oder auch Unkultur geführt haben. Mit dem Wahlrecht hat das insofern zu tun, als Informationen über sinnvolles Wahlverhalten jederzeit und an jeden Ort transportiert werden können. Die Kampagnen bei der Dresdner Nachwahl haben gezeigt, dass dafür Interesse, Möglichkeiten wie auch hinreichende Interessenten vorhanden sind.

Das führt auf die schon in der ersten einschlägigen Wahlrechtsentscheidung des Bundesverfassungsgerichts als denkbare Folge von Überhangmandaten erwähnten und verfassungsrechtlich mit Recht für bedenklich gehaltenen Manipulationsmöglichkeiten (BVerfGE 7, 63, 75). Man muss sich darüber im Klaren sein, dass nach dem jetzigen Wahlrecht in einem sicheren Überhangland die stärkste Partei ohne Schaden für ihren Mandatserfolg ihren Anhängern bedeuten kann, mit der Zweitstimme den avisierten Koalitionspartner zu wählen. Auf diese Weise können koalitionswillige Parteien weit über die Zahl ihrer Anhängerschaft im Land hinaus Sitze gewinnen. Hier geht es nicht darum darzustellen, wie weit das in den verschiedenen Vorschlägen der vier Entwürfe realisierbar ist, sondern darum, dass das ein weiteres Argument zur Aufgabe des dysfunktionalen Zweistimmensystems ist.

IX.

Sachverstand aus der Zivilgesellschaft

Oben ist unter I.3 schon bedauert worden, dass sich der Bundestag auf diesem nicht nur politisch heiklen, sondern auch fachlich äußerst schwierigen Gebiet zur Vorbereitung nicht des in der Gesellschaft durchaus vorhandenen exzellenten Sachverstandes bedient. Es scheinen auch die Zeiten vorbei zu sein, als im Innenministerium ein ausgewiesener Sachkenner wie *Wolfgang Schreiber* in Anspruch genommen werden konnte. Als Nachweis für die Exzellenz außerparlamentarischen und außerministeriellen Sachverstandes und zum Nutzen für die Debatte, erlaube ich mir daher, die außerordentlich präzisen wie knappen Ausführungen (Stand 11. 8. 2011) des promovierten Physikers *Martin Fehndrich* zum Koalitionsentwurf beizufügen; *Fehndrich* ist einer der beiden Beschwerdeführer, die das Urteil zum negativen Stimmgewicht erstritten haben:

„Analyse des Wahlgesetzentwurfs der Koalitionsfraktionen vom Juni 2011

Zusammenfassung der Analyse

Die Koalitionsfraktionen der CDU/CSU und FDP haben am 28. Juni 2011 einen Entwurf für ein Gesetz zur Änderung des Bundeswahlgesetzes (BWahlG) eingebracht ([BT-Drs. 17/6290](#)), der am 30. Juni zum ersten Mal [im Plenum beraten wurde](#). Zusammengefasst führt der Entwurf weiterhin zu [negativem Stimmgewicht](#) und [Überhangmandaten](#) sowie einer [weniger proportionalen Verteilung](#) der Sitze.

Wesentliche Änderungen des Entwurfs

- Die **Zuteilungsreihenfolge** (Ober-/Unterverteilung) der Sitze – zuerst an die Parteien und dann an die Länder – wird umgedreht. Nach dem Entwurf soll zuerst an die Bundesländer zugeteilt und danach landesintern an die Listen der Parteien unterverteilt werden.
- Basis des ersten Zuteilungsschrittes an die Länder ist dabei die **Zahl der Wähler** (statt der Zweitstimmen der nicht an Sperrklauseln gescheiterten Parteien). Grundlage für den zweiten Zuteilungsschritt innerhalb der Länder sind weiterhin die Zweitstimmen der zuteilungsberechtigten Parteien.
- Ein neuer **Absatz 2a** in § 6 BWahlG verteilt in einer Art neuen Listenverbindung **Zusatzsitze** an die Parteien (in der Summe rund 10).

Eigenschaften des Entwurfs

- **Negatives Stimmgewicht bleibt erhalten**
Das im Gesetzentwurf geäußerte Ziel, negatives Stimmgewicht zu beseitigen oder deutlich zu reduzieren, wird durch den Entwurf nicht erreicht. Negatives

Stimmgewicht ist weiterhin in ähnlicher Größenordnung möglich. So würde die SPD auch bei Anwendung des neuen Wahlgesetzes und einem Ergebnis wie zur Bundestagswahl 2009 davon profitieren, wenn sie in Bremen 10.000 Zweitstimmen weniger erhalten hätte.

- **Überhangmandate bleiben erhalten**
Das wird nicht bestritten – und ist auch das Konstruktionsziel des Entwurfs. Wenn man den Anfall vieler Überhangmandate als den Normalfall ansieht, könnte man deren Erhalt als „minimalinvasiv“ zum Status quo ansehen. Damit entfällt auch das bisherige Argument, Überhangmandate würden nur in Ausnahmefällen auftreten und wären dann unvermeidlich.
- Die **Proportionalität wird auf mehreren Ebenen reduziert.**
- Der Gesetzestext wird noch komplizierter – die Berechnung der Sitzverteilung noch komplexer.
- Die Berücksichtigung der **Zahl der Wähler** (inkl. der ungültigen Stimmen) im ersten Zuteilungsschritt führt zu einer **Kopplung** von positiver Erst- und negativer Zweitstimmenwirkung.

Analyse

- **Negatives Stimmgewicht tritt weiterhin auf**
 - Eine **Trennung der Listenverbindungen** (§ 7 BWahlG) reicht nicht aus. Jede Änderung, die nur die Rundung (Reihenfolge und Verfahren) ändert, kann negatives Stimmgewicht nicht beseitigen. Das gilt speziell auch für die Verteilreihenfolge Land/Partei und das Verschieben überhängender Listen in die Oberverteilung. Dies gilt auch für einen Verzicht auf Rundung, also eine nicht ganzzahlige Zuteilung der Sitze (hier fallen alle Varianten von Zuteilungsreihenfolgen zusammen). In allen Fällen bleibt ein Kurvenabschnitt mit negativer Steigung.
 - Die **Rundungsreihenfolge** Land vor Partei führt zu einem zusätzlichen Mechanismus für das negative Stimmgewicht der ganz ohne Überhangmandate auftritt.
 - Verteilung **nach Wahlbeteiligung** reicht nicht (allerdings Verteilung nach Bevölkerung wie [1953](#)).
Die Wahlbeteiligung als ein Verteilparameter macht die Auswirkung einer Stimme noch undurchschaubarer und das negative Stimmgewicht weniger gut kalkulierbar. Die Verteilung nach Wähler führt nur noch bei Wahlenthaltung (beide Stimmen) zu negativem Stimmgewicht. Die Kopplung von Erst- und Zweitstimme würde die Wähler vor ein Dilemma stellen. Die Erststimme hätte wegen des Wahlkreisgewinns weiterhin ein mehr oder weniger positives Stimmgewicht. Eine ähnliche Kopplung würde man mit einem Einstimmwahlrecht erzielen. Allerdings läuft die Regelung in Absatz 2a zur neuen Listenverbindung, dieser Argumentation zuwider.
Nach Wahlbeteiligung erlaubt auch einen argumentativen Trick, denn bei dem Beispiel muss man nun differenzieren, ob nicht oder ungültig gewählt wurde.

- Der Absatz **2a** ist wieder eine Art **Listenverbindung**. Der Mechanismus kann negative Stimmgewichte durch die Zuteilung/Nichtzuteilung von Zusatzsitzen erzeugen.
- **Zunahme** der Stellen, an denen negatives Stimmgewicht auftritt (eine [Beispielzählung ergibt eine Steigerung um 64%](#)). D.h. der Effekt wird nicht seltener und tritt schon gar nicht nur bei "unwahrscheinlichen Verkettung kumulativer Bedingungen" auf.
- In der Erläuterung des Gesetzestextes wird das verbleibende Auftreten von negativem Stimmgewicht eingestanden und versucht kleinzureden. Dabei wird die Undurchschaubarkeit der Berechnung als Argument aufgeführt ("zu komplex für eine Berechnung")
- Negatives Stimmgewicht kann man in zwei Kategorien einteilen. 1. Einen systematischen Anteil, der dem Abfallen, also der negativen Steigung, der Kurve Stimmen-Sitze entspricht und 2. einem Rauschanteil, mit negativen und positiven Sprüngen. Alle diskutierten Rundungsvarianten lassen den systematischen (also schlimmeren, da berechenbaren) Anteil bestehen.
- Auch eine moderate Minderung von negativem Stimmgewicht (Rauschanteil) würde den Auftrag des BVerfG nicht erfüllen.
- **Reduzierung der Proportionalität**
 - Unschärfen auf mehreren Ebenen.
 - Unterschiedliche Gewichtung der Stimmen in den Bundesländern durch Verteilung nach Wahlbeteiligung statt nach Zahl der Parteistimmen. Verfallende Stimmen (ungültige, Piraten- und andere Sonstige) werden an die großen Parteien verteilt. Größere Auswirkung, wenn eine Regionalpartei an der Sperrhürde scheitert (PDS Bundestagswahl 2002).
 - 16 Rundungen pro Partei mit kumulierten Rundungsfehlern. Die bisherige parteiinterne implizite Reststimmenverwertung von Sainte-Laguë wird durch eine landesinterne ersetzt.
 - Nur selektive "Reststimmenwirkung" der Listenverbindung des Absatzes 2a. Negative "Reststimmen" werden nicht berücksichtigt.
 - Absatz 2a reduziert Proportionalität.
 - weniger Regionalproporz. Pro Land wird ein halber Sitz zugelost (d. h. 5x wird 1/8 gewürfelt).
 - weniger Parteiproporz. Pro Landesliste wird 1/8 Sitz zugelost, d.h. ca. zwei Sitze pro Partei bundesweit (das ist interessanterweise kleinenfreundlicher als Adams-Verfahren).
 - widerspricht der Systematik des Verteilungsverfahrens Sainte-Laguë.

Ein neuer Absatz 2a soll einen der Nachteile der Abschaffung der Listenverbindungen mildern. Stimmen für kleine Landeslisten, also kleine Parteien in kleinen Bundesländern wie der FDP in Bremen, drohen wirkungslos zu verfallen, wenn keine Chance auf das Erreichen eines Sitzes gesehen wird. Dazu wird mit der Sitzzahl und der Hare-

Quote des Landes eine durchschnittlich notwendige Stimmenzahl berechnet und mit der Zweitstimmen der Partei verglichen. Die Differenz sind die "Reststimmen". Die positiven "Reststimmen" werden für die Parteien bundesweit aufsummiert, negative "Reststimmen" werden nicht berücksichtigt. Aus der "Reststimmensumme" und wahrscheinlich der Bundes-Hare-Quote wird der Anspruch auf Zusatzsitze nach Abs. 2a ermittelt. Der Anspruch wird standardgerundet. Die Zusatzsitze gehen an die Landeslisten mit den größten "Reststimmen" (eine Art Unterverteilung).

- Die zusätzliche Anzahl von Sitzen beträgt ca. zehn bei 80 Landeslisten. Pro Landesliste ein Achtel Sitz, also rund zwei Sitze pro Partei.
- Es handelt sich um keine echte Reststimmenverwertung z.B. im Sinne des Quotenverfahrens nach größten Resten (Hare-Niemeyer).
- Die Vorschrift hat auch nur eine halbe Wirkung, da nur positive, aber keine negativen Reste berücksichtigt werden.
- Der Absatz konterkariert das Divisorverfahren mit Standardrundung (Sainte-Laguë), welches schon eine implizite Reststimmenverwertung beinhaltet.
- Die Vorschrift kann man als eine Art Listenverbindung ansehen.
- Der Absatz verschärft das negative Stimmgewicht und führt den Argumentationsversuch "Wahlbeteiligung" durch die neue Form von "Listenverbindung" ad absurdum.
- Der Absatz kann Überhangmandate abbauen, allerdings nur rund 1/8 Sitz pro überhängende Liste. In extremen Fälle mit acht überhängenden Listen wie 2009 also ca. 1,0 Überhangmandate weniger. Kein besonders großer Effekt. Eine weitere eher marginale Relativierung der Überhangmandate ist, dass diese nun nicht mehr 598 sondern ca. 607 anderen Sitzen gegenüberstehen.

- **Anreiz Wahlbeteiligung?**

Die Verteilung nach Anzahl der Wähler statt nach Zahl der verteilungsberechtigten Zweitstimmen wird nicht mit negativem Stimmgewicht, sondern mit einem positiven Anreiz zur Erhöhung der Wahlbeteiligung begründet.

- Das kann man allerdings bezweifeln. Wähler, die die Piratenpartei oder ungültig wählen, wollen bestimmt keine Zusatzsitze für die SPD oder die CDU in ihrem Bundesland.
- Ungültig wählen wird dann was anderes als nicht wählen. Beeinträchtigt Freiheit der Wahl, wenn man nun zur Teilnahme an Wahl gedrängt wird, da nun auch ungültige Stimme Sitzverteilung beeinflusst.
- Es besteht sogar eher ein Negativanreiz, wenn die impliziten Restsitze durch die Verteilung nach Sainte-Laguë an die Konkurrenz im Land statt an Parteifreunde im Bund gehen.
- Eigentlicher Grund für den Verteilparameter Wahlbeteiligung ist die teilweise Kopplung von positiver Erst- und negativer Zweitstimme.

- **Unverständlich und kompliziert**
 - Zahlreiche Querverweise und indirekte Formulierungen machen Paragraf 6 schwer lesbar und schwer verständlich. Er ist von allen Gesetzentwürfen der sprachlich schwächste.
 - Wähler werden noch weniger verstehen, wie sich ihre Stimme auswirkt, als heute. Das Wahlrecht wird noch unverständlicher.
 - Die Berechnung wird aufwendiger durch die neue Größe Anzahl der Wähler, durch Wechsel des Verteilmaßstabes (von Wähler zu zuteilungsberechtigten Zweitstimmen), durch eine größere Zahl durchzuführender Unterverteilungen (16 Stück), durch Berechnung von "Reststimmen" für jede Landesliste, durch den neuen Verteilschritt der Berechnung der Zusatzsitze nach Absatz 2a.
 - Mit dem Streichen der Listenverbindung (§ 7 alt) fehlt eine Regelung zur Verteilung zusätzlicher Sitze, die durch die neue Listenverbindungsregelungen in Absatz 2a und 3 nur unzureichend ersetzt wird.
 - Im Gesetzentwurf finden sich eine Reihe handwerklicher Fehler. So steht dort nicht explizit, wie aus der "Reststimmensumme" ein Sitzanspruch berechnet wird (wir gehen von der Bundes-Hare-Quote aus). Oder die Mehrheitsklausel (Absatz 3) berücksichtigt bei der Unterverteilung der Mehrheitssitze nicht die Zusatzsitze aus Absatz 2a, es werden nach der Gesetzesbeschreibung grundsätzlich zwei Mehrheitssitze verteilt ("ein Sitz mehr als die Hälfte"). An wen die Mehrheitssitze gehen soll, ist nicht nachvollziehbar geregelt.
- Verteilparameter Wählerzahl statt Parteistimmen koppelt Erst- und Zweitstimmenwirkung
 - Es gibt de facto keine Wahlenthaltung nur einer Stimme mehr, eine nicht abgegebene Zweitstimme zählt ungültig und diese hat (anders als vorher) nun andere Wirkung als eine völlige Wahlenthaltung.
 - Dadurch Kopplung: Erststimmenwahlbeteiligung = Zweitstimmenwahlbeteiligung.
 - Dadurch teilweise Kopplung von positiver Erst- und negativer Zweitstimmenwirkung.
 - Dilemma für Wähler, der abschätzen muss, ob negative oder positive Wirkung überwiegt.
 - Nur teilweise Kopplung. Weiterhin Effekt über Absatz 2a Listenverbindung.
 - Eine ähnliche (und stärkere) Kopplung erhielte man durch eine **Zusammenfassung von Erst- und Zweitstimme** zu einer Stimme.

Negatives Stimmgewicht wäre nur beseitigt, wenn negativer Sprung immer mit dem Verlust eines Direktmandats einherginge.“

gez. **Professor Dr. Dr. h. c. Hans Meyer**