



RUPRECHT-KARLS-UNIVERSITÄT HEIDELBERG  
INSTITUT FÜR STAATSRECHT  
VERFASSUNGSLEHRE UND RECHTSPHILOSOPHIE  
Direktor Prof. Dr. Bernd Grzeszick, LL.M.

**Deutscher Bundestag**  
Innenausschuss

Ausschussdrucksache  
17(4)634 E

## **Stellungnahme**

# **zu den Gesetzesentwürfen zur Änderung des Bundeswahlgesetzes**

**- BT-Drs. 17/11819, 17/11821, 17/11820 -**

**- Anhörung des Innenausschusses des Deutschen Bundestags am 14.01.2013 -**

## **A. Gegenstand und Struktur der Stellungnahme**

Gegenstand der Stellungnahme sind die Entwürfe eines Einundzwanzigsten und eines Zweiundzwanzigsten Gesetzes zur Änderung des Bundeswahlgesetzes sowie der auf letzteren bezogenen Änderungsantrag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen vom 11. Dezember 2012. Alle drei Maßnahmen zielen auf eine Änderung des Rechts der Wahlen zum Deutschen Bundestag.

Um die vorgeschlagenen Änderungen einer verfassungsrechtlichen Bewertung zu unterziehen, gilt es zunächst deren Hintergrund und Ziele zu skizzieren (B.) sowie Maßstäbe und Anforderungen an die Entwürfe darzulegen (C.). Auf dieser Grundlage werden die einzelnen Entwürfe anschließend analysiert und bewertet (D.). Eine zusammenfassende Bewertung der Gesetzesentwürfe schließt die Stellungnahme ab (E.).

## **B. Hintergrund und Ziele der Gesetzesentwürfe**

Hintergrund der Gesetzesentwürfe sind zwei bundesverfassungsgerichtliche Entscheidungen, die tragende Regelungen des BWahlG in seiner derzeitigen Fassung für verfassungswidrig haben. Zum einen betrifft das das Sitzzuteilungsverfahren (I.), zum anderen das Wahlrecht von im Ausland lebenden Deutschen (II.).

### **I. BVerfG zum Sitzzuteilungsverfahren – Das Urteil vom 25. Juli 2012**

Mit Urteil vom 25. Juli 2012 hat das BVerfG § 6 Abs. 5 sowie § 6 Abs. 1 S. 1 und § 6 Abs. 2a BWahlG für mit den Grundsätzen der Wahlrechtsgleichheit und der Chancengleichheit der Parteien unvereinbar, die beiden letztgenannten Vorschriften darüber hinaus für nichtig erklärt.

Nachdem das BVerfG am 3. Juli 2008 die bis dahin bestehende Regelung der Sitzzuteilung für die Bundestagswahlen wegen des Entstehens inverser Erfolgswerte für mit den Grundsätzen der Wahlrechtsgleichheit und der Unmittelbarkeit der Wahl unvereinbar erklärt hatte und dem Gesetzgeber aufgegeben hatte, diese binnen drei Jahren durch eine verfassungskonforme Regelung zu ersetzen, wurden mit dem 19. Gesetz zur Änderung des Bundeswahlgesetzes vom 25.11.2011 (BGBl. I, S. 2313) § 6 Abs. 1 S. 1 und § 6 Abs. 2a in das BWahlG aufgenommen. Um den vom BVerfG formulierten Vorgaben zu genügen verzichtete die Neuregelung auf die in den Vorgängerbestimmungen vorgesehene Möglichkeit der Listenverbindung und entschied sich stattdessen für eine Zuteilung der Mandate nach Sitzkontingenten der Länder. Diese Sitzkontingente sollten sich nach der Zahl der Wähler bestimmen.

In der Entscheidung vom 25. Juli 2012 befand das BVerfG nun auch diese Regelung für verfassungswidrig, weil die Bildung der Ländersitzkontingente nach Wählerzahl dazu führen könne, „dass in bestimmten Konstellationen abgegebene Zweitstimmen für Landeslisten einer Partei insofern negativ wirken, als diese Partei in einem anderen Land Mandate verliert oder eine andere Partei Mandate gewinnt“ (BVerfG, Urt. v. 25.7.2012, Rn. 86). Damit bestehe der „Effekt des negativen Stimmgewichts nicht nur in seltenen, vernachlässigbaren Ausnahmefällen“ (BVerfG, Urt. v. 25.7.2012, Rn. 94) auch in der Neuregelung fort. Sie verstoße daher gegen die Gleichheit und gegen die Unmittelbarkeit der Wahl.

Gleiches gelte auch für die in § 6 Abs. 2a BWahlG vorgesehene Regelung der sog. Reststimmenverwertung. Die Regelung sah zur Vermeidung von Erfolgswertunterschieden, die durch Rundungsverluste bei der Verteilung der Sitze in den Ländern entstehen, eine Zuteilung zusätzlicher

Mandate vor, deren Zahl auf Grundlage einer bundesweiten Addition der in den Ländern ohne Stimmerfolg gebliebenen Stimmen einer Partei zu berechnen war. Dies aber räume einem „gleichheitswidrig abgegrenzten Teil der Wählerstimmen eine weitere Chance auf Mandatswirksamkeit ein und gestaltet das Sitzzuteilungsverfahren dadurch in einer Weise aus, dass nicht mehr jeder Wähler - ex ante - die gleiche rechtliche Möglichkeit erhält, auf die Sitzzuteilung - und damit auf das politische Kräfteverhältnis im Parlament - in der gleichen Weise Einfluss zu nehmen wie jeder andere Wähler auch“ (BVerfG, Urt. v. 25.7.2012, Rn. 102).

Schließlich erklärte das BVerfG die Regelung der Überhangmandate, § 6 Abs. 5 BWahlG, insofern für mit dem Grundgesetz unvereinbar, als sie das ausgleichslose Anfallen von Überhangmandaten in einem Umfang zulasse, der den Grundcharakter der Bundestagswahl als Verhältniswahl aufheben kann. Ein solches Ausmaß sei dann erreicht, wenn die Zahl der Überhangmandate etwa die Hälfte der für die Bildung einer Fraktion erforderlichen Zahl von Abgeordneten überschreite (BVerfG, Urt. v. 25.7.2012, Rn. 109).

## **II. BVerfG zum Ausländerwahlrecht – Der Beschluss vom 4. Juli 2012**

In seinem Beschluss vom 4. Juli 2012 entschied das BVerfG, dass auch § 12 Abs. 2 S. 1 BWahlG mit Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG unvereinbar und nichtig ist. Die Vorschrift betrifft die Frage der Wahlberechtigung von Deutschen im Sinne des Art. 116 Abs. 1 GG, die dauerhaft im Ausland leben. § 12 Abs. 2 S. 1 BWahlG spricht auch ihnen die Wahlberechtigung zu, sofern sie vor ihrem Fortzug mindestens drei Monate ununterbrochen eine Wohnung im Gebiet der heutigen Bundesrepublik innegehabt oder sich sonst gewöhnlich dort aufgehalten haben. Auslandsdeutschen, die sich zu keinem Zeitpunkt dauerhaft in der Bundesrepublik aufgehalten haben, verwehrt § 12 BWahlG die Wahlberechtigung. Diese Differenzierung innerhalb der Gruppe der Auslandsdeutschen könne, so das BVerfG in seiner Entscheidung, verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt werden. Denn zwar sei die Intention des Bundeswahlgesetzgebers, im Sinne der Kommunikationsfunktion der Wahl ein Mindestmaß an persönlicher und unmittelbarer Vertrautheit der Wähler mit den politischen Verhältnissen in der Bundesrepublik zu fordern, verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Doch könne dies erstens „allein mit dem Erfordernis eines früheren dreimonatigen Aufenthalts in Deutschland nicht erreicht werden“ (BVerfG, Urt. v. 4.7.2012, Rn. 50). Vielmehr schließe dieses Erfordernis zweitens auch solche Auslandsdeutschen von der Wahlteilnahme aus, die „zwar zu keinem Zeitpunkt für mindestens drei Monate in der Bundesrepublik Deutschland ansässig gewesen sind, jedoch typischerweise mit den politischen Verhältnissen vertraut und von ihnen betroffen sind“ (BVerfG, Urt. v. 4.7.2012, Rn. 56).

## **C. Maßstäbe und Anforderungen**

Ziel der beiden Entwürfe eines Einundzwanzigsten und eines Zweiundzwanzigsten Gesetzes zur Änderung des Bundeswahlgesetzes ist es, die durch die beiden skizzierten Entscheidungen des BVerfG für verfassungswidrig erklärten Regelungen durch solche zu ersetzen, die den Anforderungen des Grundgesetzes genügen. Änderungen, die darüber hinausgehen, enthalten sie nicht. Maßstäblich für ihre Bewertung sind daher allen voran die in den beiden Judikaten des BVerfG explizierten verfassungsrechtlichen Vorgaben.

## **I. Sitzzuteilungsverfahren**

Bei der verfassungsrechtlichen Bewertung der das Sitzzuteilungsverfahren betreffenden Regelungen ist daher vorrangig danach zu fragen, ob die Neuregelung das Entstehen verfassungswidriger negativer Stimmgewichte (im Folgenden: NSG) vermeidet, die grundgesetzlichen Anforderungen an Gleichheit und Unmittelbarkeit der Wahl folglich gewahrt werden. Nach der erweiterten Formulierung, die das BVerfG in seinem Urteil vom 25. Juli 2012 zur Definition verfassungswidriger negativer Stimmgewichte heranzieht, darf die „Verteilung der Mandate auf die Parteien entsprechend dem Verhältnis der Summen der Wählerstimmen [...] im Grundsatz nicht dazu führen, dass die Sitzzahl einer Partei erwartungswidrig mit der auf diese oder eine konkurrierende Partei entfallenden Stimmenzahl korreliert (Effekt des negativen Stimmgewichts)“ (BVerfG, Urt. v. 25.7.2012, Rn. 85). Weiter heißt es dort: „Ein Sitzzuteilungsverfahren, das ermöglicht, dass ein Zuwachs an Stimmen zu Mandatsverlusten führt, oder dass für den Wahlvorschlag einer Partei insgesamt mehr Mandate erzielt werden, wenn auf ihn selbst weniger oder auf einen konkurrierenden Vorschlag mehr Stimmen entfallen, widerspricht aber Sinn und Zweck einer demokratischen Wahl (vgl. BVerfGE 121, 266 <299 f.>). Solche widersinnigen Wirkungszusammenhänge zwischen Stimmabgabe und Stimmerfolg beeinträchtigen nicht nur die Wahlrechtsgleichheit und Chancengleichheit der Parteien, sondern verstoßen auch gegen den Grundsatz der Unmittelbarkeit der Wahl, da es für den Wähler nicht mehr erkennbar ist, wie sich seine Stimmabgabe auf den Erfolg oder Misserfolg der Wahlbewerber auswirken kann (BVerfGE 121, 266 <307>). Gesetzliche Regelungen, die derartige Effekte nicht nur in seltenen und unvermeidbaren Ausnahmefällen hervorrufen, sind mit der Verfassung nicht zu vereinbaren (vgl. BVerfGE 121, 266 <301, 308>)“ (BVerfG, Urt. v. 25.7.2012, Rn. 85).

Mit dieser Definition hat das BVerfG nunmehr klargestellt, dass es einen weiten Begriff des negativen Stimmgewichts zugrunde legt, der absolute und relative inverse Erfolgswerte grundsätzlich gleichermaßen einschließt. Ein Verstoß gegen Gleichheit und Unmittelbarkeit der Wahl liegt damit nicht nur dann vor, wenn die absolute Zahl der Mandate einer Partei durch die Stimme für eben diese Partei erwartungswidrig beeinflusst wird, sondern auch dann, wenn sich lediglich der Anteil der Mandate einer Partei an der Gesamtzahl der Sitze erwartungswidrig verändert. Daneben jedoch lassen sich unter die neue, erweiterte Definition des Effekts des negativen Stimmgewichts bei genauer Betrachtung selbst solche Fälle subsumieren, die weder absolute noch relative negative Stimmgewichte im vorgenannten Sinne darstellen. Denn wie die konkretisierenden Formulierungen des BVerfG zeigen, soll ein mit Wahlrechtsgleichheit und Unmittelbarkeit der Wahl unvereinbares negatives Stimmgewicht auch in den Fällen vorliegen, in denen der Wahlvorschlag einer Partei deshalb mehr Mandate erzielt, weil auf einen Wahlvorschlag einer konkurrierenden Partei mehr Stimmen entfallen (BVerfG, Urt. v. 25.7.2012, Rn. 85). Einen erwartungswidrigen Einfluss auf das Verhältnis der Mandate einer Partei zur Gesamtzahl der Mandate setzt das nicht mehr voraus. An diesem weiten Verständnis des negativen Stimmgewichts ist auch der entsprechende Gesetzesentwurf zu messen.

Für die verfassungsrechtliche Würdigung der vorgeschlagenen Neuregelung des Sitzzuteilungsverfahrens sind darüber hinaus die vom BVerfG nunmehr präzisierten Vorgaben zur Verfassungsmäßigkeit von Überhangmandaten zu berücksichtigen. Sitzzuteilungsregelungen, die die Entstehung solcher Überhangmandate in einem Maße ermöglichen, dass deren Zahl die Hälfte der für die Bildung einer Fraktion erforderlichen Zahl von Abgeordneten überschreitet, sind danach mit dem Grundgesetz nicht mehr zu vereinbaren.

## **II. Wahlrecht Auslandsdeutscher**

An die Stelle dieser wahlgleichheitsrechtlichen Anforderungen treten für den Entwurf eines Einundzwanzigsten Gesetzes zur Änderung des Bundeswahlgesetzes, der sich die Neuregelung des

Wahlrechts der Auslandsdeutschen zur Aufgabe macht, vor allem solche, die die Allgemeinheit der Wahl betreffen (BVerfG, Beschl. v. 4.7.2012, Rn. 30). Nach den Ausführungen des BVerfG in dessen Entscheidung vom 4. Juli 2012, steht es dem Gesetzgeber zwar insbesondere frei, die Allgemeinheit der Wahl zum Ziel der Sicherung des Charakters der Wahl als eines Integrationsvorgangs bei der politischen Willensbildung des Volkes einzuschränken und so die Kommunikationsfunktion der Wahl zu gewährleisten (BVerfG, Beschl. v. 4.7.2012, Rn. 39), doch müsse er dies mit Mitteln tun, die hierfür geeignet seien und die diese Intention konsequent umsetzten. Sofern er sich zu diesem Zwecke typisierender Regelungen bediente, müsse er erstens von einer möglichst breiten, alle betroffenen Gruppen und Regelungsgegenstände einschließenden Beobachtung ausgehen, zweitens realitätsgerecht den typischen Fall als Maßstab wählen und sich dabei drittens an der politischen Wirklichkeit orientieren (BVerfG, Beschl. v. 4.7.2012, Rn. 36).

## **D. Bewertung der Gesetzesentwürfe im Einzelnen**

### **I. Entwurf eines Einundzwanzigsten Gesetzes zur Änderung des Bundeswahlgesetzes – Wahlrecht der Auslandsdeutschen**

#### **1. Regelungsansatz**

Der Entwurf eines Einundzwanzigsten Gesetzes zur Änderung des Bundeswahlgesetzes hält für die Frage des Wahlrechts von im Ausland lebenden Deutschen im Sinne des Art. 116 Abs. 1 GG an dem bereits in der Vorgängerfassung angelegten Erfordernis eines Mindestmaßes an realer Verbindung zur Bundesrepublik Deutschland fest. Auslandsdeutsche sind nach dem Entwurf daher dann zur Teilnahme an der Bundestagswahl berechtigt, wenn sie entweder nach Vollendung ihres vierzehnten Lebensjahres mindestens drei Monate ununterbrochen in der Bundesrepublik eine Wohnung innegehabt oder sich sonst gewöhnlich dort aufgehalten haben und dieser Aufenthalt nicht länger als 25 Jahre zurückliegt oder wenn sie aus anderen Gründen persönlich und unmittelbar Vertrautheit mit den politischen Verhältnissen in der Bundesrepublik Deutschland erworben haben und von ihnen betroffen sind.

#### **2. Kein Verstoß gegen die Allgemeinheit der Wahl**

Der Entwurf differenziert zwar nach wie vor zwischen Auslandsdeutschen, denen ein aktives Wahlrecht zusteht und solchen denen ein solches nichtzusteht; insofern stellt die Regelung weiterhin einen Eingriff in die im Kriterium der Allgemeinheit der Wahl zum Ausdruck gebrachte Egalität der Staatsbürger dar. Die Differenzierung kann sich aber auf einen verfassungsrechtlich und auch durch das BVerfG anerkannten Grund stützen: Die Sicherung des Charakters der Wahl als eines Integrationsvorgangs bei der politischen Willensbildung, konkret die Kommunikationsfunktion der Wahl (BVerfG, Beschl. v. 4.7.2012, Rn. 39). In seiner jetzigen Form beseitigt die Norm auch das doppelt Defizite der Vorgängerfassung.

##### **a) Wohnsitz oder Aufenthalt**

Durch die in § 12 Abs. 2 Nr. 1 BWahlG vorgesehene Spezifizierung des Wohnsitzes oder des gewöhnlichen Aufenthaltes als einen solchen, der nicht länger als 25 Jahre zurückliegt und überdies nach Vollendung des vierzehnten Lebensjahres stattgefunden hat, stellt die Regelung sicher, dass das Wahlrecht typischerweise nur solchen Personen zukommt, die tatsächlich eine auf eigenen Erfahrungen beruhende Vertrautheit mit den politischen Verhältnissen in der Bundesrepublik

erlangen konnten. Damit sieht der Entwurf eben die Eingrenzungen vor, deren Fehlen das BVerfG zur Verwerfung des § 12 Abs. 2 BWahlG veranlasste (BVerfG, Beschl. v. 4.7.2012, Rn. 51) und wahrt somit folglich die vom BVerfG formulierten Anforderungen an typisierende Regelungen. Zwar äußert das BVerfG auch Zweifel daran, dass 3 Monate ausreichen, um mit den politischen Verhältnissen in der BRD ausreichend vertraut zu werden (BVerfG, Beschl. v. 4.7.2012, Rn. 48: „eher knapp bemessenen Mindestdauer“), doch verwirft es § 12 Abs. 2 BWahlG ausdrücklich „wegen des Verzichts auf weitere Eingrenzungen“. Dass der Entwurf die dreimonatige Mindestdauer des Aufenthalts in Deutschland beibehält, dürfte daher verfassungsgerichtlich Bestand haben.

## **b) Vertrautheit und Betroffenheit**

§ 12 Abs. 2 Nr. 2 BWahlG stellt als Auffangtatbestand darüber hinaus sicher, dass durch die in Nr. 1 vorgenommene Typisierung nicht Personen ausgeschlossen werden, die zwar die Voraussetzungen der Nr. 1 nicht erfüllen aber dennoch auf andere Weise einen hinreichenden Bezug zu den politischen Verhältnissen in der Bundesrepublik Deutschland entwickeln konnten.

Zwar geht § 12 Abs. 2 Nr. 2 BWahlG über die Vorgaben des BVerfG insofern hinaus, als er nicht allein die persönliche und unmittelbare Vertrautheit mit den politischen Verhältnissen in der Bundesrepublik Deutschland einfordert, sondern darüber hinaus ergänzend zur Voraussetzung des Wahlrechts macht, dass die betreffende Person von den politischen Verhältnissen betroffen ist. Die Verknüpfung dieser beiden Elemente mit der Konjunktion „und“ macht unmissverständlich klar, dass die beiden Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein müssen. Dies ist aber verfassungsgemäß.

Hinsichtlich der ersten Voraussetzung (persönliche und unmittelbare Vertrautheit) erklärt das BVerfG, die Einschätzung des Gesetzgebers, eine solche Vertrautheit sei für die Mitwirkung am politischen Willensbildungsprozess vorauszusetzen, sei verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden (BVerfG Beschl. v. 4.7.2012, Rn. 48).

Hinsichtlich der zweiten Voraussetzungen (Betroffenheit von den politischen Verhältnissen) spricht sich der Senat zwar zurückhaltender aus: „Ob der vollständige oder teilweise Ausschluss der Auslandsdeutschen vom aktiven Wahlrecht unter Verweis auf Unterschiede hinsichtlich der Betroffenheit durch deutsche Hoheitsakte [...] gerechtfertigt werden kann, bedarf hier keiner Entscheidung.“ (BVerfG, Beschl. v. 4.7.2012, Rn. 48). Allerdings ist auch diese zusätzliche Einschränkung verfassungsgemäß, da das BVerfG selbst an einigen Stellen neben der Vertrautheit mit den politischen Verhältnissen die Betroffenheit durch diese nennt (Beschl. v. 4.7.2012, Rn. 50, 56). Daher muss nicht näher eingegangen werden auf das Sondervotum der Richterin Lübke-Wolf, die für die Zulässigkeit der Einschränkung aufgrund des Betroffenheitskriteriums mit dem Argument plädiert, dass Betroffenheit von der Hoheitsgewalt notwendig ist zur Sicherzustellen, dass der Wahlakt ein Akt politischer Selbstbestimmung ist und nicht ein Akt der Mitbestimmung über andere.

## **3. Bestimmtheit gewahrt**

Die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Bestimmtheit einer Regelung variieren mit deren Eingriffsintensität und Regelungsgegenstand. In der vorliegenden Konstellation ist die Eingriffsintensität eher hoch, denn es geht um den Ausschluss vom Wahlrecht. Allerdings sind Auslandsdeutsche von deutscher Hoheitsgewalt typischerweise in geringerem Maße betroffen als Inlandsdeutsche, was die Eingriffsintensität abmildert. Der Regelungsgegenstand spricht für geringere Bestimmtheitsanforderungen, da die Arten der politischen Vertrautheit vielgestaltig und

unübersichtlich sind, weshalb ein gewisses Maß an Unbestimmtheit der Regelung in Kauf zu nehmen ist.

Die entsprechenden Formulierungen im Gesetzesentwurf sind aus dem BVerfG-Urteil übernommen worden und greifen genau die vom BVerfG vorgegebenen Formulierungen auf; bereits deshalb sind sie verfassungsrechtlich wohl nicht zu beanstanden. Weiter wurden in der Begründung ausdrücklich auch die vom BVerfG ausgeführten Fallgruppen mit einbezogen: Grenzpendler, Personen mit Vereinstätigkeit etc.; das dürften die wichtigsten Fälle sein. Zugleich besteht damit aber auch für die übrigen Konstellationen eine beträchtliche Anzahl von Vergleichsfällen, an denen sich die Auslegung der Bestimmungen orientieren kann. Das bietet ausreichende Anhaltspunkte, dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot zu genügen.

Die Regelung hält sich deshalb auch innerhalb des nötigen und dem Gesetzgeber vom BVerfG zugestandenen Spielraums für Vereinfachungen und Typisierungen. Dass die Anwendung der Regelung eine Einzelfallprüfung erfordert, steht dem nicht entgegen. Zum einen bedarf jede abstrakt-generelle Regelung bei der Anwendung auf einen konkreten Fall der Prüfung, ob die Voraussetzungen im Einzelfall vorliegen. Zum anderen wurden in der Begründung ausdrücklich auch die vom BVerfG ausgeführten Fallgruppen mit einbezogen: Grenzpendler, Personen mit Vereinstätigkeit etc.; das dürften die wichtigsten Fälle sein. Zugleich besteht damit aber auch für die übrigen Konstellationen eine beträchtliche Anzahl von Vergleichsfällen, an denen sich die Auslegung und Anwendung der Bestimmungen orientieren kann, ohne dass der Exekutive im Verhältnis zum Gesetzgeber ein verfassungsrechtlich unzulässiger Spielraum zukäme.

Abschließend ist festzuhalten, dass andere Formulierungen, die von den Vorgaben in der Entscheidung des BVerfG abweichen, bereits deshalb das Prozessrisiko vor dem BVerfG erhöhen, und darüber hinaus gleichfalls mit der Aufgabe konfrontiert sind, einerseits hinreichend konkrete Bezugsfälle zu erfassen, andererseits den Anwendungsbereich der Regelung nicht so weit einzuschränken, dass wiederum gleichheitsrechtliche Probleme entstehen. Die Frage, ob auf Beschränkungen des Wahlrechts der Auslandsdeutschen insgesamt verzichtet werden sollte, ist dagegen politischer Natur; das BVerfG hat die verfassungsrechtliche Möglichkeit von Beschränkungen bestätigt.

## **II. Entwurf eines Zweiundzwanzigsten Gesetzes zur Änderung des Bundeswahlgesetzes – Sitzzuteilungsverfahren**

### **1. Der Gemeinsame Entwurf (BT-Drs. 17/11819)**

#### **a) Regelungsansatz: Länderweise Sitzverteilung mit Kompensation des Überhangs**

Der Gemeinsame Entwurf eines Zweiundzwanzigsten Gesetzes zur Änderung des Bundeswahlgesetzes hält am Wahlsystem der personalisierten Verhältniswahl fest. Das Sitzzuteilungsverfahren das er vorsieht, ist zweistufig.

In einer ersten Stufe erfolgt eine vorläufige länderweise Zuordnung der Sitze zu den Landeslisten der Parteien. Die in der Vorgängerregelung getroffene Grundentscheidung für eine länderweise Sitzverteilung auf die Parteilisten wird so beibehalten. Anders als in der Vorgängerregelung orientiert sich der Gesetzesentwurf für die Bemessung der auf die Länder entfallenden Sitzkontingente indes nicht an der Wähler- sondern an der Bevölkerungszahl.

Auf der zweiten Stufe wird sodann die Gesamtzahl der zu vergebenden Sitze so lange erhöht, bis sich die in den Wahlkreisen gewonnenen Mandate einer Partei bei der anschließenden bundesweiten Oberverteilung an die Parteien und Unterverteilung an deren Landeslisten vollständig mit den der Partei nach dem Ergebnis der Verhältniswahl zustehenden Sitze verrechnen lassen.

#### **b) Probleme der Reststimmenverwertung entfallen**

Auf die vormalig in § 6 Abs. 2a BWahlG vorgesehene Reststimmenverwertung verzichtet der Entwurf. Die mit dieser verbundenen verfassungsrechtlichen Bedenken stellen sich für die Neufassung demnach nicht mehr.

#### **c) Grundcharakter der Wahl als Verhältniswahl gewahrt**

Auch wahrt der Gesetzesentwurf den vom BVerfG angenommenen und betonten Grundcharakter der Bundestagswahl als Verhältniswahl. Durch die vorgesehene Anhebung der Gesamtstimmzahl auf der zweiten Stufe des Sitzzuteilungsverfahrens stellt er sicher, dass sich das Verhältnis der auf die jeweiligen Parteien bundesweit entfallenen Stimmen im Verhältnis der diesen jeweils zustehenden Sitze widerspiegelt. Überhangmandate, die sich nach der vorläufigen Sitzzuordnung auf erster Stufe noch ergeben können, werden durch die Erhöhung der Zahl der Gesamtsitze auf zweiter Stufe vollständig kompensiert. Der Ergebnisproporz der Verhältniswahl wird in Reinform wiedergegeben.

#### **d) Negatives Stimmgewicht beseitigt**

Der Entwurf soll darüber hinaus auch das Entstehen verfassungswidriger inverser Erfolgswerte verhindern.

Durch die veränderte Bezugsgröße für die Berechnung der auf die Länder entfallenden Sitzkontingente – Bevölkerungszahl statt Wählerzahl – gelingt ihm das zunächst hinsichtlich der negativen Stimmgewichte, die die Vorgängerregelung noch enthielt. Indem der Entwurf auf erster Stufe des Sitzzuteilungsverfahrens einem jeden Land eine feste Anzahl von Sitzen zuordnet, nämlich doppelt so viele, wie das Land Wahlkreise besitzt, beugt es der Gefahr vor, dass sich das Stimmverhalten in einem Land auf die Zahl der auf ein anderes Land entfallenden Sitze auswirkt. Die vom BVerfG in seinem Urteil vom 25. Juli 2012 für mit dem Grundgesetz unvereinbar erklärte Konstellation, dass „abgegebene Zweitstimmen für Landeslisten einer Partei insofern negativ wirken, als diese Partei in einem anderen Land Mandate verliert oder eine andere Partei Mandate gewinnt“ (BVerfG, Urt. v. 25.7.2012, Rn. 86), kann nach der Neuregelung deshalb nicht mehr auftreten.

Das Kompensationsmodell, mit dem der Entwurf den Verhältniswahlcharakter der Bundestagswahl zu wahren unternimmt, erzeugt aber einen anderen Effekt, für den zu prüfen ist, ob der nach der weiten Definition negativer Stimmgewichte, die das BVerfG in seinem Urteil vom 25. Juli 2012 entwickelt hat, seinerseits als verfassungswidriger inverser Erfolgswert zu qualifizieren sein könnte (so wohl Hettlage, DÖV 2012, 970, 971).

Dafür spricht, dass die Kompensation es (auf zweiter Stufe) ermöglicht, dass die Erststimmen einer Partei, die ein Überhangmandat (auf erster Stufe) errungen hat, zu einem Sitzzuwachs bei einer anderen Partei führen. Denn die zum Zwecke der Überhangmandatskompensation hinzukommenden Sitze werden gemäß dem Stimmenproporz der Parteien verteilt und entfallen folglich nicht (nur) auf die Partei, deren Erststimmen, die Kompensation erforderlich machen.

Gegen eine Qualifikation dieses Effekts als negatives Stimmgewicht spricht aber zum einen bereits die vom BVerfG gegebene Definition des NSGs. Denn im Urteil wird der hier möglicherweise einschlägige dritte Einzelatbestand des negativen Stimmgewichts mit den Worten umschrieben: „oder dass für den Wahlvorschlag einer Partei insgesamt mehr Mandate erzielt werden, wenn [...] auf einen konkurrierenden Vorschlag mehr Stimmen entfallen.“ Handelt es sich aber tatsächlich auch bei den Direktkandidaten um „Wahlvorschläge einer Partei“? Wenn dem nicht so ist, dann ist der vorliegende Fall kein Problem, denn hier führt ja gerade eine Erststimme für den Kandidaten der Partei A zu einem Mandatszuwachs (auch) der Partei B. Es geht dann also nicht um die Begünstigung eines Wahlvorschlags einer Partei durch die Stimme für einen Wahlvorschlag einer anderen Partei.

Zum anderen hat das BVerfG das Kompensationsmodell in seinem Urteil vom 25. Juli 2012 ausdrücklich als mögliche verfassungskonforme Alternative herausgestellt (ebd., Rn. 135 – so auch der Gesetzesentwurf in der Begründung auf S. 11 f.).

Schließlich – und grundlegend – ist zu berücksichtigen, dass das NSG wegen seiner verzerrenden Auswirkung auf das Zweitstimmenverhältnis verfassungswidrig ist. Die Tatsache, dass der hier fragliche Effekt sich in keiner Weise auf das Verhältnis der auf die jeweiligen Parteien entfallenden Sitze auswirkt, wie es die klassischen absoluten und relativen negativen Stimmgewichte tun, legt es nahe, hier kein Wahlrechtsgleichheitsproblem anzunehmen. Denn die Ungleichheit des Wahlrechts könnte hier allenfalls darin bestehen, dass die Erststimmen, die zu einem Überhangmandat und folglich zu einer Kompensation führen, nicht nur auf die personelle Besetzung des Parlaments Einfluss haben sondern mittelbar auch auf dessen Größe. Die Chance sich auf die Größe auszuwirken hat aber jede Erststimme gleichermaßen, so dass – und schließlich geht es hier um Erststimmen – auch diesbezüglich kein Gleichheitsverstoß vorläge.

Die vorstehenden Erwägungen treffen auch auf die weiteren Konstellationen zu, in denen entsprechende Effekte auftreten können, insbesondere die Listenerschöpfung nach § 6 Abs. 6 S. 6 sowie die Mehrheitsklausel des § 6 Abs. 7.

## **e) Wahlrechtsgleichheitsrechtliche Folgeprobleme**

Die Neufassung des Sitzzuteilungsverfahrens ist auch im Übrigen mit der Wahlrechtsgleichheit vereinbar.

### **aa) Wahlkreisverdoppelung**

Ein wahlrechtsgleichheitsrechtliches Folgeproblem ergibt sich insbesondere nicht daraus, dass für die Zuteilung der Sitzkontingente an die Länder nicht unmittelbar auf die Bevölkerungszahl abgestellt wird, sondern die Zahl der Wahlkreise verdoppelt wird. Zwar toleriert das Wahlrecht bis zu gewissen Grenzen, dass sich die Größen der Wahlkreise unterscheiden. Dadurch kann es auch dazu kommen, dass sich das Verhältnis von Bevölkerungszahl eines Landes zur Anzahl der Wahlkreise des Landes im Ländervergleich unterscheidet, also in einem Land durchschnittlich mehr oder weniger Bewohner auf einen Wahlkreis entfallen als in einem anderen Land. Wenn ein solcher Fall gegeben ist, unterscheidet sich die Erfolgchance einer Erststimme im Landesvergleich. Für die Erststimmen wird das aufgrund der Toleranzregeln in gewissen Rahmen hingenommen. Knüpft man die Sitzkontingente der Länder nun, wie es der Entwurf tut, in solchen Fällen an die Zahl der Wahlkreise und nicht direkt an die Bevölkerungszahl so werden die Ungleichheiten in der Erfolgchance bei der Erststimme auf die Zweitstimmen übertragen und verursachen folglich Ungleichheiten im Stimmgewicht bei der

Zweitstimme, für die kein Rechtfertigungsgrund ersichtlich ist. Das wird noch dadurch verschärft, dass – wie auch das BVerfG herausgestellt hat – sich bereits die Bemessung der Wahlkreisgröße eigentlich an der Zahl der Wahlberechtigten orientieren müsste. Auch die dadurch erzeugten Ungleichheiten werden auf die Zweitstimmenwahl übertragen.

Allerdings hat das BVerfG es zum einen als grundsätzlich zulässig erachtet, dass das Wahlrecht bis zu gewissen Grenzen toleriert, dass sich die Größen der Wahlkreise unterscheiden, und das bei der Einteilung der Wahlkreise auf die Bevölkerungszahl abgestellt wird, und nicht unmittelbar auf die Zahl der Wahlberechtigten. Zum anderen hat das BVerfG in seinem Urteil vom 25. Juli 2012 eine Anknüpfung an die Bevölkerungszahl ausdrücklich vorgesehen (ebd., Rn. 96).

## **bb) föderale Verzerrung**

Ein verfassungsrechtliches Problem ergibt sich auch nicht daraus, dass die vorgesehene Neuregelung des Sitzzuteilungsverfahrens auch dann zu Verzerrungen der Wahlrechtsgleichheit führt, wenn sich statistisch betrachtet zeigt, dass die Zahl der entstehenden – und nunmehr auszugleichenden – Überhangmandate in einigen Bundesländern höher ist als in anderen Bundesländern.

Da § 6 Abs. 5 S. 1 BWahlG auf die zweite Verteilung des § 6 Abs. 6 S. 1 BWahlG verweist, wird die Gesamtzahl der zu vergebenden Bundestagssitze so berechnet, dass bei einer bundesweiten Verteilung der Sitze alle Überhangmandate ausgeglichen werden. Sowohl für die Gesamtzahl der Sitze als auch für die Zahl der einer Partei zustehenden Sitze ist damit die bundesweite Verteilung ausschlaggebend. Nach dieser Überlegung am Maßstab der bundesweiten Verteilung steht die Zahl der auf jede Partei entfallenden Mandate endgültig fest. Das macht insbesondere der alternative Formulierungsentwurf der Grünen in § 6 Abs. 3 Nr. 2 S. 2 letzter Hs deutlich. Das aber führt für die anschließende Unterverteilung auf die Landeslisten der Parteien zu Problemen. Denn für die Verteilung der jeweils auf die einzelnen Parteien entfallenden Sitze auf die Landeslisten der Parteien sieht § 6 Abs. 6 S. 2 BWahlG die Berechnung nach dem in Abs. 2 S. 2-7 beschriebenen Verfahren vor: Das Zweitstimmenverhältnis der Landeslisten entscheidet damit grundsätzlich über die Zuordnung der Parteisitze zu den Landeslisten. Jeder Landesliste sollen jedoch mindestens so viele Sitze zugeordnet werden, wie notwendig sind, um die in dem entsprechenden Land angefallenen Erststimmenmandate in sich aufzunehmen. Die Zahl der einer Landesliste damit aufgrund der Ergebnisse des Erststimmenvotums notwendig zuzuordnenden Sitze kann jedoch die Zahl der einer Landesliste nach dem Stimmenproporz (Verfahren nach § 6 Abs. 6 S. 2 i.V.m. Abs. 2 S. 2-7 BWahlG) zustehenden Mandate übersteigen. Immer dann wenn das geschieht, entsteht eine wahlrechtsgleichheitsrechtliche Unwucht, die allerdings nicht das Verhältnis der Parteien untereinander betrifft, sondern das Gewicht der für ein und dieselbe Partei in unterschiedlichen Bundesländern abgegebenen Stimmen (sog. „föderaler Proporz“); die Zahl der für die Zuteilung eines Mandats an die Partei A erforderlichen Zweitstimmen unterscheidet sich dann im Vergleich der Bundesländer.

Diese föderale Verzerrung ist verfassungsrechtlich hinnehmbar. Zum einen hängt das Ausmaß dieser wahlrechtlichen Ungleichheiten davon ab, wie die Überhangmandate föderal verteilt sind; die tatsächliche Wahrscheinlichkeit der Entstehung solcher Ungleichheiten könnte sich daher als gering entpuppen. Zum anderen fällt die föderale Ungleichheit möglicherweise deshalb nur gering ins Gewicht, weil sie nicht die Frage betrifft, ob und mit wie vielen Mandaten eine Partei in den Bundestag einzieht sondern sich nur auf die Auswahl der Personen auswirkt. Schließlich – und zentral – dienen die föderalen Ungleichheiten, die entstehen können, dem legitimen und aus der Entscheidung des BVerfG folgenden Ziel, den Grundcharakter der Wahl als Verhältniswahl zu wahren, ohne NSGe zu verursachen, und sind daher gerechtfertigt.

Ergänzend sei darauf hingewiesen, dass das Ausmaß dieser föderalen Verzerrung grundsätzlich dem der bisher schon durch die Überhangmandate verursachten Verzerrung des föderalen Proporz entspricht, denn die Landeslisten mit Überhangmandaten (mehr Direktmandate nach Erststimmen als Listenmandate nach Zweitstimmen zustehen würden) haben nach der vorgeschlagenen Neuregelung des § 6 Abs. 6 Satz 2, 2. Hs BWahlG im Ergebnis wie bisher um die Zahl ihrer Überhangmandate mehr Mandate, als es der föderale Proporz nach Zweitstimmen erfordern würde. Der föderale Proporz wird somit gegenüber der bisher für vertretbar gehaltenen Verzerrung nicht verschlechtert, aber auch nicht verbessert; das wäre nur bei föderalem Vollaussgleich (durch eine Vergrößerung des Bundestages bis zum Parteienproporz bei Berechnung nach Sitzkontingenten auch in der 2. Stufe, nicht nach Parteien) möglich, der aber alle vertretbaren Dimensionen der Bundestagsgröße überschreiten würde.

Gegenüber dem alternativen Regelungsansatz einer direktmandatsorientierten Proporzangpassung (sog. „Pukelsheim III“) bietet die vorgeschlagene Neuregelung allerdings den Vorteil, dass die dem alternativen Regelungsansatz inhärente zusätzliche föderale Verzerrung vermieden wird, die daraus resultiert, dass nach dem alternativen Regelungsansatz den anderen Landeslisten die Zahl der Überhangmandate abgezogen werden. Nach der vorgeschlagenen Neuregelung erhält eine Partei (mindestens) gerade um die Zahl der Überhangmandate in der zweiten Stufe mehr Sitze, so dass der Vorababzug zugunsten der Landesliste mit Überhangmandaten (§ 6 Abs. 6 S. 2, 2. Hs) grundsätzlich aus dieser Erhöhung gedeckt werden kann und grundsätzlich nicht bei anderen Landeslisten abgezogen werden muss. Hier zeigt sich deutlich der Vorteil, der darin liegt, dass die vorgeschlagene Neuregelung kein Kompensations- oder Verrechnungsmodell ist, sondern ein Ausgleichsmodell, das den föderalen Proporz weitgehend wahrt.

Zwar kann es in Einzelfällen dazu kommen, dass eine Landesliste nach dem zweiten Berechnungsschritt (Neuzuordnung nach Bundestagsvergrößerung) einen Sitz weniger hat, als bei der ersten, vorläufigen Zuordnung. Dies beruht aber nicht auf einer auf den Abzug von Sitzen zielenden Verrechnung, sondern schlicht darauf, dass komplett neu gerechnet wird, und ist insoweit eine Folge der – bei der Zuteilung von ganzen Sitzen nach Zweitstimmenanteilen stets notwendigen – rechnerischen Rundungen. Der entsprechende Effekt ist daher ein umrechnungsbedingter Effekt, und dem entsprechend auch auf einen Sitz pro Liste beschränkt, kein umgekehrt oder negativ wirkendes Ausgleichsmandat.

#### **f) Sitzzuteilungsregelungen vollständig**

Die Sitzzuteilungsregelungen sind auch vollständig; sie weisen keine verfassungsrechtlich relevanten Regelungslücken auf.

#### **aa) Verhältnis der Verteilungsschritte**

Zum einen ist eine weitere explizite Klarstellung des Inhalts, dass es sich bei der ersten Verteilung nach § 6 Abs. 2 und 3 lediglich um einen Rechenschritt handelt, der eine rechnerische Garantiesitzzahl für die Parteien vorsieht, verfassungsrechtlich nicht erforderlich. In der Formulierung des Gesetzesentwurfes wird das Verhältnis zwischen „erster“ und „zweiter“ Verteilung zwar nicht so im Wortlaut angesprochen, aber an mehreren Stellen durch Formulierungen deutlich gemacht, z.B. „zugeordnet“ in Abs. 2 S. 1 (statt zugeteilt), „Verteilung“ in Abs. 3 S. 1 (statt Zuteilung), „ermittelten“ in Abs. 4 S. 1 (statt zugeteilten), „in jedem Fall“ in Abs. 6 S. 1. Dieses begrifflich deutlich gemachte

Verhältnis ist zudem inhaltlich klar, sowie durch den Bezug der Regelungen aufeinander sichergestellt.

### **bb) Landessitzzahl**

Zum anderen sind die Regelungen über die Landessitzzahl hinreichend. Die Kritik, dass § 6 Abs. 2 S. 1 nicht den Abzug der nach § 6 Abs. 1 S. 2 erfolgreichen Wahlkreisbewerber auch für die Ebene des Landes anordne, sondern schlicht eine Verdoppelung der Wahlkreise für jedes Land vorsehe, was zu Schwierigkeiten führen könne, greift nicht durch, denn diese Kritik verkennt Inhalt, Systematik und die Begründung der Regelung. § 6 Abs. 2 S. 1 bezieht sich durch die eindeutige Festlegung gleich zu Beginn des ersten Halbsatzes allein auf die nach § 6 Abs. 1 S. 3 verbleibenden Sitze, also auf die Sitze nach Abzug der nach § 6 Abs. 1 S. 2 erfolgreichen Wahlkreisbewerber. Ganz in diesem Sinne geht auch die Gesetzesbegründung auf S. 17 unten ausdrücklich davon aus, dass

„dabei in jedem Land jeweils **nur** [Herv. d. Verf.] die nach Absatz 1 Satz 3 dort verbleibenden Sitze zugeteilt werden können, also abzüglich der in dem Land erfolgreichen Wahlkreisbewerber, die in Abs. 1 Satz 2 genannt sind“.

Anders gewendet: Aus rechnerischer Perspektive besteht der im Gesetzesvorschlag vorgesehene Ablauf zunächst in der Bildung der Kontingente der Länder, von denen dann die in Abs. 1 S. 2 erfassten erfolgreichen Bewerber abgezogen werden, und der dann verbleibende Rest auf die Landeslisten verteilt wird. Eine andere Deutung wäre auch deshalb widersinnig, weil auf dieser Verteilungsebene die Sitze der in Abs. 1 S. 2 erfassten erfolgreichen Bewerber nicht noch einmal den Ländern zugeordnet werden können.

Dieses nach Wortlaut, Systematik und Begründung des Gesetzes deutliche Ergebnis durch eine evident unverständliche und nach Systematik, Begründung und Zweck der Regelung nicht gedeckte Auslegung des zweiten Halbsatzes von § 6 Abs. 2 S. 1 zu konterkarieren, kann daher aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht überzeugen. Ob dennoch zur weiteren Klarstellung eine Formulierung gewählt wird, die dies explizit ausspricht, ist deshalb eine politische Frage; verfassungsrechtlich geboten ist dies nicht.

### **cc) weitere Verteilung auf Landeslisten einer Partei**

Schließlich sind auch die Regelungen über die weitere Verteilung der Sitze auf die Landeslisten einer Partei vollständig.

Entsprechende Bedenken könnten zwar wie folgt formuliert werden: Immer dann wenn der Landesliste einer Partei im Land A aufgrund der Ergebnisse der Erststimmenwahl mehr Sitze zuzuordnen sind als ihr nach dem Stimmenproporz im Ländervergleich (d.h. dem Verfahren nach § 6 Abs. 6 S. 2 i.V.m. Abs. 2 S. 2-7 BWahlG) zustehen würden, bedürfe es einer Regelung die entscheidet, welches Land B auf die Mandate, die dem Land A mehr zugeteilt werden müssen, verzichten muss.

Diese Überlegungen sind aber nicht zutreffend, denn sie verkennen das gesetzessystematisch vorgesehene Zusammenspiel von § 6 Abs. 6 S. 2, 2. Hs BWahlG und § 6 Abs. 6 S. 2, 1. Hs BWahlG. Nach § 6 Abs. 6 S. 2, 2. Hs BWahlG bekommt die Landesliste mit vielen Direktmandaten vorab („dabei ... mindestens“) „ihre“ Direktmandate zugeteilt. Die danach noch nicht verteilten Sitze der Partei werden nach dem Sainte Lague/Schepers-Verfahren („in dem in Abs. 2 S. 2-7 beschriebenen

Berechnungsverfahren“) verteilt. Welcher Landesliste diese Sitze zustehen, ergibt sich demnach aus der Anwendung der Divisormethode; die Frage, wer „verzichten muss“, stellt sich deshalb nicht.

Die Irritationen der oben dargestellten Art beruhen wohl vor allem auf der sprachlichen Fassung des § 6 Abs. 6 S. 2. Bei oberflächlicher Betrachtung könnte das einleitende "dabei" im zweiten Halbsatz nahe legen, dass die Zuteilung "der in den Wahlkreisen des Landes von der Partei errungenen Sitze" im Rahmen des im ersten Halbsatz geschilderten (und durch das "dabei" offensichtlich in Bezug genommenen) Sainte Lague/Schepers-Verfahren stattfindet, was selbstverständlich nicht möglich ist, sofern sich eine solche Zuteilung nicht aus dem Proporz automatisch ergibt. Zweitens – und das scheint mir entscheidender – könnte der erste Halbsatz durch die pauschale Aussage, in den Parteien würden "die Sitze nach der Zahl der zu berücksichtigenden Zweitstimmen" vergeben, zu der Annahme verleiten, dass dies für alle Sitze der Partei gelte; tatsächlich aber soll der Proporz ja nur für die nicht bereits durch Erststimmenmandate "verbrauchten" Sitze gelten.

Möglicherweise kann eine andere Formulierung der gesetzlichen Regelung Irritationen vermeiden; eine solche Formulierung könnte z.B. wie folgt lauten:

"Bei der Verteilung der Sitze in den Parteien wird jeder Landesliste zunächst die Zahl der in den Wahlkreisen des Landes von der Partei errungenen Sitze zugeteilt; die danach verbleibenden Sitze werden nach der Zahl der zu berücksichtigenden Zweitstimmen in dem in Absatz 2 Satz 2 bis 7 beschriebenen Berechnungsverfahren auf die Landeslisten verteilt."

#### **g) Zweifel an Unmittelbarkeit der Wahl unberechtigt**

Die Neufassung des Sitzzuteilungsverfahrens mit den vorgesehenen Ausgleichsmandaten wirft die Frage nach der Wahrung der Anforderungen der Unmittelbarkeit der Wahl auf. In dieser Hinsicht ist Kritik geäußert worden mit der Begründung, dass bei der Stimmabgabe ein Wähler nicht vorhersehen könne, welche Auswirkungen seine Stimme auf die Ausgleichsmandate hat. Insbesondere könne er nicht absehen, den Bundestagseinzug welchen Ausgleichsabgeordneten er mit seiner – möglicherweise zum Entstehen eines Überhangmandates führenden – Erststimme mitverursacht hat; die Unmittelbarkeit der Wahl sei daher nicht mehr gewahrt (*Hettlage*, Ausgleichsmandate sind grob verfassungswidrig, abrufbar unter <http://www.manfredhettlage.de/248/>).

Diese Kritik vermag allerdings nicht zu überzeugen. Zunächst ist festzuhalten, dass das BVerfG in der einschlägigen Entscheidung evident davon ausgeht, dass Ausgleichsmandate vorgesehen werden können, also verfassungsrechtlich grundsätzlich zulässig sind. Diese Position dürfte auch nicht überraschen, da der Grundsatz der Unmittelbarkeit der Wahl besagt, dass die personelle Zusammensetzung des Parlaments ausschließlich von den Wählern und dem freien Willen der Gewählten bestimmt wird. Er schließt damit aus, dass zwischen Wähler und Wahlbewerber nach der Wahlhandlung eine Instanz eingeschaltet ist, die nach ihrem Ermessen den Volksvertreter auswählt und damit dem einzelnen Wähler die Möglichkeit nimmt, die zukünftigen Mitglieder des Bundestages durch die Stimmabgabe selbständig zu bestimmen (BVerfGE 47, 253, 279 f.). Diese Voraussetzung ist bei Ausgleichsmandaten gewahrt, denn eine mit eigenem Auswahlermessens ausgestattete Instanz zur Bestimmung der Abgeordneten wird nicht eingeschaltet.

Darüber hinaus ist es plausibler, anzunehmen, dass nicht der Erststimmenwähler, der ein ausgleichsbedürftiges Überhangmandat verursacht, den Ausgleichsabgeordneten mitwählt, sondern derjenige, der seine Zweitstimme für die Liste abgegeben hat, über die der Ausgleichsabgeordnete in den Bundestag einzieht. Denn die Erststimme führt allein zur Erhöhung der Gesamtsitze, diese jedoch

werden anhand des Zweitstimmenproporztes vergeben; das macht § 6 Abs. 6 BWahlG unmissverständlich klar.

Zwar könnte dann noch wie folgt argumentiert werden: Selbst wenn der Träger des Ausgleichsmandats von demjenigen gewählt wird, der seine Zweitstimme für die Liste abgegeben hat, über die der Ausgleichsabgeordnete in den Bundestag einzieht, stellt sich die Frage der Unmittelbarkeit, denn ist nicht derjenige, der durch sein Erststimmenvotum erst die Erforderlichkeit des Ausgleichsmandats begründet als externe Instanz dem Wahlakt des fraglichen Zweitstimmenwählers zwischengeschaltet? Denn die Wirkung dessen Zweitstimme hängt letztlich von der fraglichen Erststimme ab.

Allerdings ist darauf zu verweisen, dass die Unmittelbarkeit der Wahl allein fordert, dass für den Wähler die Auswirkungen seiner Stimme erkennbar sind. Das aber ist sowohl für den oben geschilderten Erststimmenwähler als auch für den fraglichen Zweitstimmenwähler der Fall. Der Erststimmenwähler kann durchaus vor dem Wahlakt erkennen, dass seine Erststimme das Potential hat, zu einem Überhangmandat zu führen und über die vorgesehene Regelung im BWahlG damit zugleich zu einer Erhöhung der Gesamtzahl der Sitze um eventuell erforderliche Ausgleichsmandate führen wird. Der Zweitstimmenwähler hingegen kann ebenfalls erkennen, dass sich seine Stimme zugunsten eines Mandatsgewinns des auf der gewählten Parteiliste gelisteten Bewerbers auswirkt und dass der Mandaterfolg dieses Bewerbers durch seine Stimme sowohl von der nunmehr variablen Größe des Bundestages wie auch der Anzahl der auf die Liste entfallenden Stimmen abhängt.

#### **h) zum Nachrücken in Bundestagsmandate**

Ein Nachrücken in Bundestagsmandate ist nun grundsätzlich für alle Mandate zulässig, da auch alle Mandate durch entsprechende Zweitstimmenanteile hinterlegt sind; die Gründe für den Ausschluss des Nachrückens in den Überhang greifen deshalb nicht, was in der Begründung des Entwurfs auf S. 14 zutreffend ausgeführt wird. Nachgerückt wird aus der Landesliste des gewählten Bewerbers oder ausgeschiedenen Abgeordneten.

## **2. Der Änderungsantrag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen: A-Drs. 17(4)625**

Auf den Gemeinsamen Entwurf eines Zweiundzwanzigsten Gesetzes zur Änderung des Bundeswahlgesetzes bezieht der Änderungsantrag, den die Fraktion Bündnis 90/Die Grünen eingebracht hat. In der Begründung des Änderungsantrags wird ausgeführt, dass er vom Ziel motiviert sei, den Inhalt des § 6 BWahlG in der Fassung des Gemeinsamen Entwurfs in verständlicherer Form zu reformulieren und durch sprachliche Präzisierungen inhaltliche Klarstellungen zu erreichen. Diese Klarstellungen sieht die den Änderungsantrag einbringende Fraktion durch den Grundsatz der Normenklarheit geboten.

#### **a) Änderungen verfassungsrechtlich nicht geboten**

Der Grundsatz der Normenklarheit und -bestimmtheit stellt indes lediglich Mindestanforderungen an die Fassung einer Norm; er ist nicht als Optimierungsgebot zu verstehen. Aus verfassungsrechtlicher Perspektive vorzugswürdig wäre die Fassung des § 6 BWahlG, die der Änderungsantrag vorsieht deshalb nur dann, wenn dessen Formulierung im Gemeinsamen Entwurf das verfassungsrechtliche gebotene Mindestmaß an Normenklarheit und Bestimmtheit unterschritte. Als Ausfluss der

allgemeinen Rechtsstaatlichkeit fordert der Grundsatz der Normenklarheit und -bestimmtheit zwar grundsätzlich, dass Normen inhaltlich so klar und verständlich sind, dass sie es dem Bürger ermöglichen, sich ein eigenes Bild von der Rechtslage zu machen. Der Grad der danach erforderlichen Bestimmtheit variiert jedoch je nach Bedeutung bzw. Eingriffsintensität der fraglichen Norm und hängt überdies von den sachlichen Eigenheiten des Regelungsgegenstandes ab.

Hier ist zu berücksichtigen, dass § 6 BWahlG Wahlrechtsgrundsätze lediglich ausgestaltet, die subjektiven Freiheiten aber nicht beschränkt, wie die vorstehenden Ausführungen gezeigt haben. Bereits deshalb ist die Eingriffsintensität gering, und sind nur geringe verfassungsrechtliche Anforderungen an Klarheit und Bestimmtheit zu stellen.

Weiter hat sich gezeigt, dass der Inhalt der Entwurfsfassung sich im Wege üblicher Auslegung erheben lässt, auch hinsichtlich der im Änderungsantrag für klärungsbedürftig befundenen Fragen. Insbesondere wird aus dem systematischen Zusammenhang des § 6 Abs. 2 mit Abs. 5 und 6 klar, dass die nach Abs. 2 vorgenommene Zuordnung der Sitze lediglich einen ersten Schritt darstellt und nicht zum endgültigen Ergebnis der Sitzverteilung führt. Abs. 5 unterscheidet diesbezüglich deutlich eine „erste Verteilung“ von einer „zweiten Verteilung“

Dass § 6 BWahlG in der Entwurfsfassung das verfassungsrechtlich gebotene Maß an Normenklarheit und -bestimmtheit unterschreitet ist daher nicht anzunehmen.

## **b) Änderungen ihrerseits problematisch**

Zudem ist die vom Änderungsantrag vorgeschlagene Fassung des § 6 BWahlG ihrerseits mit Unklarheiten und Unstimmigkeiten belastet, weshalb sie ihr Ziel nicht erreicht.

In Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 setzt die Sperrklausel nicht bei der Verteilung der Sitze an, sondern schon bei Zusammenzählung der Zweitstimmen. Dies ist so nicht nur systemwidrig, sondern schlicht nicht möglich, da zur Bestimmung, ob 5% erreicht wurden, die Zweitstimmen dieser Parteien zusammengezählt werden müssen; die vorgeschlagene Fassung wäre deshalb nur zu retten durch Einfügen eines hypothetischen Zwischenritts, der neben dem Gesetz steht: Erst ein gesetzlich nicht vorgesehenes Zusammenrechnen der Zweitstimmen und Beurteilung in Hinsicht auf die Sperrklausel, dann erst die Berechnung wie im Gesetz vorgesehen.

In Absatz 2 ist der Bezug des „zunächst“ in Satz 1 unklar, da nicht das Sitzkontingent vorläufig ist, sondern nur die Verteilung der 1. Stufe. In Satz 2 hat der Rechtsbefehl der Rundung einen unzutreffenden Bezug, denn nicht der Divisor wird gerundet, sondern die sich bei der Berechnung ergebenden (Sitz-)Bruchteile.

In Absatz 3 hat in Nr. 1 Satz 2 der Rechtsbefehl der Rundung einen unzutreffenden Bezug, da nicht die Zweitstimmenzahl gerundet wird, sondern die sich bei der Berechnung ergebenden (Sitz-)Bruchteile. Zudem fehlt eine eindeutige Regelung, dass sich bei Vergrößerung der zu verteilenden Sitze auch Gesamtzahl der der Sitze (§ 1 Abs. 1 BWG) erhöht. In Nr. 2 hat der Satz 2 der Rechtsbefehl der Rundung einen unzutreffenden Bezug, da nicht der Divisor gerundet wird, sondern die sich bei der Berechnung ergebenden (Sitz-)Bruchteile. In Nr. 3 fehlt eine eindeutige Regelung, dass Parteien die in den Wahlkreisen errungenen Sitze (§ 5 BWG) verbleiben, denn es ist unklar, ob durch dies durch die „Mindestsitzregelung“ in Abs. 2 Satz 3 bzw. Abs. 3 Nr. 2 Satz 2 bereits ausreichend gewährleistet ist. Zudem ist die zweimalige Anweisung des Abzugs der Erststimmenmandate – in Abs. 2 S. 2 und in Abs. 3 Nr. 1 S. 1 – nicht gelungen; der Entwurf, auf den der Änderungsantrag sich bezieht, ist hier in Abs. 1 S. 3 und Abs. 5 S. 1 systematisch deutlich besser gestaltet.

In Absatz 4 ist in Satz 1 der Begriff „Sitze ergeben“ nicht ganz klar; gemeint ist wohl: auf die Parteien oder Landeslisten entfallen. In den Sätzen 3 und 4 ist der Tatbestand des Losverfahrens insoweit unklar, als er in zwei Sätzen formuliert ist, weshalb der Bezug nicht eindeutig ist; der Entwurf, auf den der Änderungsantrag sich bezieht, ist auch hier deutlich besser gestaltet, da er dies in § 6 Abs. 2 BWahlG in einem einzigen Satz formuliert, weshalb das Losverfahren eindeutig nur bei Zahlenbruchteilen von 0,5 zur Anwendung kommen kann.

### **3. Der Antrag der Fraktion DIE LINKE (BT-Drs. 17/11821)**

Der Antrag der Fraktion DIE LINKE verfolgt eine Lösung, die zwar der Vergrößerung des Bundestages entgegenwirkt, aber zu stärkeren föderalen Verzerrungen führt, und insoweit verfassungsrechtlich problematisch ist, nicht zuletzt deshalb, weil mit dem konkurrierenden Entwurf ein Lösungsvorschlag vorliegt, der die vom BVerfG vorgegebenen Ziele erreicht, und weniger föderale Verzerrung bewirkt, also insoweit ein milderer Mittel ist.

### **E. Zusammenfassende Bewertung**

Die in den BT-Drs. 17/11819 und 17/11820 enthaltenen Gesetzesentwürfe sind verfassungsgemäß. Der in der BT-Drs. 17/11821 enthaltene Gesetzesentwurf sollte nicht weiter verfolgt werden, da er verfassungsrechtlich problematisch ist. Die in der Ausschussdr. 17(4)625 vorgeschlagenen Änderungen sind verfassungsrechtlich nicht geboten, und ihrerseits mit Problemen behaftet.

*Bernd Grzeszick*