

Imperfektes Wahlrecht

FRIEDRICH PUKELSHEIM / MATTHIAS ROSSI

aus:

Zeitschrift für Gesetzgebung, 2013, Seite 209 bis 226.

Inhalt Heft 3/2013

Aufsätze

Friedrich Pukelsheim/Matthias Rossi, Imperfektes Wahlrecht 209

Ralf Brinktrine, Hat das grundgesetzliche Streikverbot für Beamte eine europäische Zukunft? – Überlegungen zu den nationalen Auswirkungen konventionsrechtlicher Rechtsprechung zu Art. 11 EMRK auf dem Feld des Beamtenrechts und den darauf basierenden Handlungsoptionen von Gesetzgebung, Exekutive und Rechtsprechung 227

Forum

Volker Boehme-Neßler, Privacy by Design – Der EU-Datenschutz als Modell moderner Gesetzgebung 242

Johannes Saurer, Die Organisationsfreiheit des Unionsgesetzgebers 250

Hubert Meyer, Gebiets- und Funktionalreformen des letzten Jahrzehnts 264

Berichte

Kay Ruge/Matthias Wohltmann, Kommunale Selbstverwaltung in der Bewährung – Professorengespräch 2013 des Deutschen Landkreistages 292

Literatur

Ines Härtel, Handbuch Föderalismus (*Timo Hebel*) 301

Michael Hartmer/Hubert Detmer, Hochschulrecht. Ein Handbuch für die Praxis (*Matthias Ruffert*) 303

Imperfektes Wahlrecht

Gerade noch rechtzeitig vor der Wahl zum 18. Deutschen Bundestag im September 2013 ist eine fraktionsübergreifend beschlossene Novelle des Wahlrechts in Kraft getreten. Um negative Stimmgewichte ebenso wie verfassungswidrige Wirkungen ausgleichsloser Überhangmandate auszuschließen, wurde das Sitzzuordnungsverfahren unter Beibehaltung des Zweistimmensystems neu geregelt. Künftig wird in einem aufwändigen Rechenverfahren zunächst die Sitzzahl des Bundestages berechnet, bevor die Sitze dann in einer Oberzuteilung auf die Parteien und in Untertzuteilungen auf deren Landeslisten verteilt werden. Die gesetzliche Ausgestaltung dieses Verfahrens lässt mehr noch als sein sachlicher Inhalt Desiderate offen.

I. Einleitung

Die Ausgestaltung des Bundestagswahlrechts ist zu einem ermüdenden Wechselspiel zwischen dem Bundesverfassungsgericht und dem eigentlichen Gesetzgeber geworden: Zunächst erklärte das Bundesverfassungsgericht das BWG mit Entscheidung vom 3. Juli 2008 insoweit für verfassungswidrig, als es negative Stimmgewichte bewirken könne.¹ Der Verfassungsverstoß war dem Gericht freilich nicht intensiv genug, um schon für die Wahlen im Jahre 2009 ein verfassungsgemäßes Wahlrecht zu fordern. Vielmehr lief die Frist zur Novellierung des Wahlrechts erst am 30. Juni 2011 ab. Der Gesetzgeber ließ diese großzügig bemessene Frist verstreichen. Erst am 3. Dezember 2011 trat ein novelliertes BWG in Kraft,² das aber sogleich in mehreren Verfahren vor das Bundesverfassungsgericht gebracht wurde. Im Urteil vom 25.7.2012 stellte das Gericht erneut die Verletzung verschiedener Wahlrechtsgrundsätze fest und rügte vor allem ausgleichslose Überhangmandate.³ Dieses Mal beließ es das Gericht nicht bei der Feststellung der Verfassungswidrigkeit, sondern sprach die Nichtigkeit verschiedener Bestimmungen aus.⁴ Der Gesetzgeber war deshalb auch ohne expliziten verfassungsgerichtlichen Gesetzgebungsauftrag gehalten, das BWG zu novellieren, um eine rechtliche Grundlage für die Wahlen im Herbst 2013 zu schaffen.

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

1 BVerfGE 121, 266.

2 19. Gesetz zur Änderung des BWG vom 25.11.2011, BGBl. I S. 2313.

3 *Matthias Rossi* war in diesem Verfahren Prozessbevollmächtigter zahlreicher Verfassungsbeschwerden, *Friedrich Pukelsheim* als Sachverständiger geladen.

4 BVerfG, Urt. v. 25.7.2012, Punkt II des Tenors.

Diese jüngste Novelle des Wahlrechts ist am 9. Mai 2013 in Kraft getreten.⁵ Sie genügt allenfalls den verfassungsrechtlichen Mindestanforderungen, nicht jedoch legitistischen Desideraten an solche Regeln, die für die Vermittlung personeller Legitimation von essentieller Bedeutung für das demokratische Gemeinwesen sind.

II. Das neue Sitzzuteilungsverfahren

Das neue Sitzzuteilungsverfahren gestaltet die Art, in der Erst- und Zweitstimmenerfolge zur Ermittlung der endgültigen Sitzverteilung verbunden werden, neu aus. An dem Zweistimmensystem hat die Reform ebenso wenig gerüttelt wie an dem Vorrang der Personenwahl. Sie knüpft nicht an die Ursachen, sondern an die Wirkungen von Überhangmandaten an, indem sie auf einen vollständigen Ausgleich von Überhangmandaten und damit über das hinaus zielt, was die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 25.7.2012 verlangt. Denn das Gericht hatte nicht unausgeglichene Überhangmandate per se, sondern diese erst ab dem sechzehnten Überhangmandat für verfassungswidrig erklärt.⁶ Über die Motive des Bundesverfassungsgerichts zu dieser quantitativen Begrenzung ausgleichsloser Überhangmandate zu sinnieren, ist müßig und letztlich auch irrelevant. Gleichwohl mag bezweifelt werden, dass der Senat den nun gesetzlich angeordneten Ausgleich aller Überhangmandate mit einer möglichen Aufblähung des Bundestages intendierte. Vielmehr wäre es auch denkbar, dass das Gericht sich der praktischen Unmöglichkeit bewusst war, eine mit der Wahlrechtsgleichheit und der Chancengleichheit der politischen Parteien zu vereinbarende Unterscheidung zwischen fünfzehn unausgegleichenen und über diese Anzahl hinausgehenden auszugleichenden Überhangmandaten zu treffen, und angesichts dieser Unmöglichkeit hoffte, der Gesetzgeber würde sich für eine radikalere Reform des Wahlsystems entscheiden. Bedenkt man, dass in der mündlichen Verhandlung auch nach Alternativen zum Zwei-Stimmen-Wahlrecht als Form der Personalisierung gefragt wurde, erscheint es nicht fernliegend, die verfassungsgerichtliche geforderte Beschränkung auf fünfzehn Überhangmandate mitsamt ihrer nur gerade so eben noch nachvollziehbaren, vom Gericht selbst in die Nähe der Willkür gerückten Begründung⁷ als Preis für die Einstimmigkeit zu begreifen, mit der die bisherige Rechtsprechung zur Zulässigkeit von Überhangmandaten formal fortgesetzt und letztlich doch verlassen wurde.⁸

Wie dem auch sei – nach dem neuen Sitzverteilungsverfahren kommen Überhangmandate ebenso wie Ausgleichsmandate nur noch in transienten Zwischen-

⁵ 22. Gesetz zur Änderung des BWG vom 3.5.2013, BGBl. I S. 1082.

⁶ BVerfG, Urt. v. 25.7.2012, NVwZ 2012, 1101 (1114), Rn. 145. Vgl. hierzu J. Ipsen, DVBl 2013, 265 (270 f.); Morlok, NVwZ 2012, 1116 f.; Haug, ZParl 2012, 658 ff.; Dehmel/Jesse, ZParl 2013, 201 (203 f.).

⁷ BVerfG, Urt. v. 25.7.2012, NVwZ 2012, 1101 (1114), Rn. 140.

⁸ Ähnlich die Einschätzung von J. Ipsen, DVBl. 2013, 265 (270, 272).

rechnungen vor. Erreicht wird dies durch eine flexible Größe des Bundestages. Dass dieser nach § 1 Abs. 1 S. 1 BWG aus 598 Abgeordneten besteht, markiert insofern nur noch eine Ausgangsgröße, die im Ergebnis regelmäßig überschritten werden dürfte. Die genaue Zahl der Abgeordneten bestimmt sich nun nach einer aufwändigen Vorabkalkulation.

1. Überblick über die Systematik

Die bei der Verhältniswahl stets notwendige Übersetzung von Stimmen in Mandate ist in Deutschland besonders kompliziert, weil der Bundestag trotz seines unitarischen Charakters nicht nach Bundeslisten, sondern nach Landeslisten der Parteien gewählt wird.⁹ Zur notwendigen Zuordnung der Sitze zu Parteien im Rahmen einer sog. Oberverteilung kommt deshalb die innerparteiliche Zuordnung der Sitze auf die Landeslisten im Rahmen einer sog. Unterverteilung hinzu.

An diesen Verteilungsgrundsätzen hält § 6 BWG fest. Neu ist hingegen, dass vor der eigentlichen Verteilung der Sitze auf die Parteien zunächst in einer vorausgehenden Kalkulation überhaupt erst die Gesamtzahl der zu verteilenden Sitze des Bundestages bestimmt wird. Die hierfür notwendigen Rechenschritte sind in den Absätzen 2 bis 5 beschrieben. Ziel dieser Vorabkalkulationen ist es, beide Komponenten der mit der Personenwahl verbundenen Verhältniswahl hinreichend zur Geltung kommen zu lassen. Diese Zweiteilung des Sitzzuteilungsverfahrens wäre sehr viel deutlicher geworden, wenn nur die Vorabkalkulationen zur Bestimmung der Gesamtsitze in § 6 BWG verankert und die eigentliche Sitzverteilung in § 7 BWG verortet worden wäre, der nach seiner Streichung durch das 19. Gesetz zur Änderung des BWG nach wie vor ohne Inhalt ist. So aber sind ohne Not sämtliche Rechenschritte zur Verteilung der Sitze auf die Parteilisten in sieben Absätzen des novellierten § 6 BWG hineingepresst. Unverändert ist dabei Absatz 1. Er bestimmt zunächst, dass § 6 insgesamt nur die Verteilung der nach Landeslisten zu besetzenden Sitze betrifft, während sich die Wahl der Wahlkreisabgeordneten nach § 5 BWG bestimmt. Zugleich schließt er bestimmte Zweitstimmen von der Zählung aus, weil den jeweiligen Wählern ansonsten ein doppelter Einfluss auf die Sitzverteilung zukäme.

2. Endkalkulation: Verteilung der Sitze

Da nur die endgültige Verteilung der Sitze darüber entscheidet, wie sich der Bundestag personell und parteilich zusammensetzt, erscheint es sachgerecht, zunächst die in den Absätzen 6 und 7 geregelte Endkalkulation zu betrachten.

Ihre Ausgestaltung ist aus sprachlichen Gründen zu rügen. Dass hier die eigentliche, die endgültige Sitzverteilung stattfindet, ergibt sich weder aus der systematischen Stellung der Normen noch aus ihrer verbalen Ausgestaltung. Nur die adver-

⁹ Vgl. § 6 Abs. 1 S. 1 BWG.

biale Ergänzung »in jedem Fall« weist darauf hin, dass es sich hier um die Vorschriften der maßgeblichen Verteilung der Sitze handelt.¹⁰ Wollte man nahe am Gesetzestext bleiben, müsste dieses Verfahren zur endgültigen Sitzzuteilung als »In-jedem-Fall-Rechnung« bezeichnet werden. Doch der sprachlichen Schwäche des Gesetzes soll abgeholfen werden, so dass im Folgenden schlicht von dem Verfahren zur Verteilung der Sitze gesprochen wird.

Dieses Verfahren zur Verteilung der Sitze beginnt wie im bisher maßgeblichen Wahlrecht mit einer Oberzuteilung der Gesamtsitze des Bundestages an die Parteien.¹¹ Daran schließen sich die Unterzuteilungen innerhalb der Parteien an, die mit zwei oder mehr Landeslisten antreten. Während die Oberzuteilung über die parteiliche Zusammensetzung des Bundestages entscheidet, bestimmen erst die Unterzuteilungen, welche konkreten Personen die einer Partei zustehenden Sitze einnehmen.

a) Oberzuteilung: Die parteiliche Zusammensetzung des Bundestages

In der Oberzuteilung werden die vorab bestimmten Gesamtsitze des Bundestages den Parteien im Verhältnis der für sie abgegebenen Zweitstimmen zugeteilt. Das dabei benutzte Zuteilungsverfahren bleibt das 2008 in das Bundeswahlgesetz eingeführte Divisorverfahren mit Standardrundung (Sainte-Laguë/Schepers).

Die Oberzuteilung sei mit den Zahlen der Wahl 2009 illustriert. Hier hätte die (noch näher zu betrachtende) Vorabkalkulation zu einer Gesamtsitzzahl von 671 geführt – die »Sollgröße« von 598 wäre also um etwa zwölf Prozent überschritten worden. Bei dieser Gesamtgröße und der damaligen Stimmenverteilung wäre auf je 60 800 Zweitstimmen rund einer der 671 Sitze entfallen. Diese Zahl dient mithin als Wahlschlüssel,¹² mit dessen Hilfe die den einzelnen Parteien zustehende Sitzzahl leicht errechnet werden kann. Die sich ergebenden Quotienten werden nach kaufmännischer Manier gerundet: Bei einem Rest größer als ein Halb kommt noch ein Sitz hinzu, ein kleinerer Rest verfällt. Dieses Verfahren führte 2009 zu den in *Tabelle 1* aufgeführten Ergebnissen.

¹⁰ Der Passus soll zum Ausdruck bringen, dass die endgültige Verteilung unabhängig von der Frage erfolgt, ob und in welchem Ausmaß bei den Vorabkalkulationen »Überhänge« angefallen sind.

¹¹ Nur der durch das 19. Änderungsgesetz kurzzeitig in Kraft getretene, aber bis zu seiner Aufhebung durch Urteil vom 25.7.2012 nie zur Anwendung gelangte § 6 Abs. 1 BWG sah zunächst eine Oberzuteilung auf die Länder und eine anschließende Unterzuteilung auf die Parteien vor.

¹² Der Wahlschlüssel wird nach § 6 Abs. 2 S. 5 bis 7 BWG in einem Mehrschrittverfahren bestimmt; die Art des Verfahrens hat keine Auswirkungen auf die Sitzzuteilung, vgl. *Pukelsheim/Rossi*, JZ 2010, 922 (923). Der Wahlschlüssel kann auch durch sequentielle Sitzzuteilung mittels herkömmlicher Höchstzahlverfahren ermittelt werden.

Tabelle 1: Parteiliche Zusammensetzung 2009 gemäß BWG 2013. Auf je 60 800 Zweitstimmen entfällt rund ein Sitz. Die Sitzzahlen ergeben sich aus der Standardrundung der zugehörigen Quotienten.

Oberzuteilung 2009	Zweitstimmen	Quotient	Sitze
CDU	11 828 277	194,54	195
SPD	9 990 488	164,3	164
FDP	6 316 080	103,9	104
LINKE	5 155 933	84,8	85
GRÜNE	4 643 272	76,4	76
CSU	2 830 238	46,55	47
Summe (Bundesdivisor)	40 764 288	(60 800)	671

Die parteiliche Zusammensetzung des Bundestages folgt somit bis auf die unvermeidlichen Rundungen dem Wählervotum, das in den *maßgeblichen* – wie der Stimmzettelaufdruck versichert¹³ – Zweitstimmen zum Ausdruck kommt. Weil das Divisorverfahren mit Standardrundung (Sainte-Laguë/Schepers) in hervorragender Weise mit der Erfolgswertgleichheit unter den für die Parteien abgegebenen Zweitstimmen harmonisiert, kann die parteiliche Zusammensetzung des Bundestages als *erfolgswertoptimal* bezeichnet werden¹⁴.

b) Unterzuteilungen: Die personelle Zusammensetzung des Bundestages

Sofern Parteien mit nur einer Landesliste antreten, wie es namentlich bei der CSU der Fall ist, endet die Rechnung mit der Oberzuteilung. Wie aus *Tabelle 1* ersichtlich, wären 2009 der CSU insofern 47 Sitze zugeteilt worden. Davon würden die 45 Direktmandate abgerechnet und die restlichen zwei Mandate aus der CSU-Landesliste besetzt (§ 6 Abs. 6 S. 3 und 4). Hervorzuheben ist, dass die Zahl der Direktmandate an dieser Stelle des Zuteilungsverfahrens nun nicht mehr größer sein kann als die Zahl der Parteisitze, weil Überhangmandate durch die Vorabkalkulation ausgeschlossen werden.

Für jede der anderen Parteien muss zur personellen Besetzung ihrer Mandate erst ermittelt werden, wie sich die bundesweiten Parteisitze auf die Landeslisten dieser Partei verteilen. Hier fügt das Gesetz in § 6 Abs. 6 S. 2 BWG ein neues Element ein und verschafft den aus den Erststimmen hervorgehenden Direktmandaten eine Sitzgarantie. Jede Landesliste bekommt ihr besseres Ergebnis zugewiesen: Entweder die Zahl der Direktmandate oder, falls besser, die Zahl der sich aus den Zweitstimmen ergebenden Sitze. Der Parteidivisor wird dabei so bestimmt, dass die Lan-

¹³ Auf dem Stimmzettel für die Wahl zum Deutschen Bundestag heißt es unter der Stimme für die Wahl einer Landesliste (Partei): »Maßgebende Stimme für die Verteilung der Sitze insgesamt auf die einzelnen Parteien – Zweitstimme«.

¹⁴ Für Nachweise siehe etwa *Pukelsheim*, DVBl 2008, 889 (892, 895).

deslisten-Zuweisungen zusammengenommen die bundesweiten Parteisitze genau ausschöpfen. Die Vorabkalkulation stellt sicher, dass Erst- und Zweitstimmenerfolge auf diese Art verbunden werden können, ohne dabei jemals ungedeckten Sitzdefiziten gegenüber zu stehen. Dieses Element kann als direktmandatsbedingte Variante des Divisorverfahrens mit Standardrundung verstanden werden: Jeder Landesliste werden mindestens so viele Sitze garantiert, wie es Wahlkreissieger im Land gibt, und nur die darüber hinausgehenden Sitze werden der Verhältnisrechnung unterworfen. Direktmandate, die bei einer Landesliste nicht abrechenbar wären (vulgo: Überhangmandate), gibt es nicht. Die Sitzzahl reicht immer für alle Direktmandate, weitere Sitze werden aus der Landesliste in der dort festgelegten Reihenfolge besetzt.

Freilich fällt die Beschreibung der direktmandatsbedingten Variante in § 6 Abs. 6 S. 2 BWG ziemlich sybillinisch aus. Wörtlich heißt es: »In den Parteien werden die Sitze nach der Zahl der zu berücksichtigenden Zweitstimmen in dem in Abs. 2 S. 2 bis 7 beschriebenen Berechnungsverfahren auf die Landeslisten verteilt; dabei wird jeder Landesliste mindestens die Zahl der in den Wahlkreisen des Landes von der Partei errungenen Sitze zugeteilt.« Während der erste Halbsatz auf das herkömmliche Divisorverfahren mit Standardrundung (Sainte-Laguë/Schepers) verweist, suggeriert die den zweiten Halbsatz einleitende Konjunktion »dabei«, dass die im zweiten Halbsatz geforderten Auflagen mit dem Divisor des herkömmlichen Verfahrens aus dem ersten Halbsatz ohne weiteres erfüllt werden könnten. Doch dem ist nicht so. Das in Abs. 2 S. 2 bis 7 beschriebene herkömmliche Verfahren und die in Abs. 6 S. 2 niedergelegte direktmandatsbedingte Variante normieren unterschiedliche Vorschriften, die in der Regel zu unterschiedlichen Sitzzuteilungen führen. Trotz des Verweises auf das herkömmliche Divisorverfahren mit Standardrundung (Sainte-Laguë/Schepers) lässt sich den Beispielrechnungen des Bundeswahlleiters, die das Gesetzgebungsverfahren begleitet haben, entnehmen, dass mit § 6 Abs. 6 S. 2 BWG die direktmandatsbedingte Variante des Divisorverfahrens mit Standardrundung gemeint ist¹⁵. Berücksichtigt man diese Beispielrechnungen im Rahmen einer historischen Auslegung, lässt sich der Normgehalt hinreichend genau bestimmen. Nicht in den gesetzlichen Vorschriften, aber in ihrer Beschreibung wird das herkömmliche Verfahren zur begrifflichen Unterscheidung üblicherweise mit dem Zusatz (Sainte-Laguë/Schepers) versehen, während die direktmandatsbedingte Variante mit dem Klammerzusatz (Augsburger Zuteilungsverfahren) gekennzeichnet wird,¹⁶ ohne dass die Variante in Augsburg erfunden worden wäre oder objektiv ein neues Element darstellte. Neu ist allein die Ausgestaltung im Bundeswahlgesetz. Andernorts – so bei der Wahl zum Schottischen Parlament oder zum Londoner Stadtrat – hat sich die Variante seit langem bewährt, um eine mit

¹⁵ Siehe www.wahlrecht.de/doku/doku/20121009.pdf. Diese Beispielrechnungen benutzen als Sitzkontingente der Länder die doppelte Zahl der Wahlkreise; die restlichen Rechnungen sind gleichlaufend mit dem BWG 2013.

¹⁶ Peifer/Lübber/Oelbermann/Pukelsheim, DVBl 2012, 725 (726); vgl. auch schon Pukelsheim/Rossi, JZ 2010, 922 (926).

der Personenwahl verbundene Verhältniswahl zu etablieren, die nicht zu Problemen mit Überhangmandaten führt.¹⁷

Die Wirkungsweise der direktmandatsbedingten Variante lässt sich erneut mit den Zahlen der Wahl 2009 verdeutlichen. *Tabelle 2* zeigt die Unterteilung der 195 CDU-Sitze an die Landeslisten. In Schleswig-Holstein konnte die CDU-Landesliste neun Direktmandate vorweisen. Nach den Zweitstimmen hätten ihr gleichwohl nur acht Sitze zugestanden, weil der Quotient $518\,457 / 68\,400 = 7,6$ auf acht gerundet wird. Da nach dem zweiten Halbsatz des § 6 Abs. 6 S. 2 BWG aber mindestens so viele Sitze zuzuweisen sind wie Wahlkreise gewonnen wurden, erhält die schleswig-holsteinische Landesliste neun Sitze. Der Wahlschlüssel 68 400 stellt sicher, dass die bundesweit vorgegebenen 195 CDU-Sitze genau ausgeschöpft werden. Betont sei einmal mehr, dass sich keiner dieser Sitze als Überhangmandat bezeichnen lässt. Denn die erweiterte Gesamtsitzzahl führt dazu, dass jeder der Sitze von der direktmandatsbedingten Verhältnisrechnung erfasst ist.

Tabelle 2: Personelle Zusammensetzung der 195 CDU-Sitze. Die Sitzzuweisungen (rechte Spalte) sind das Maximum von Direktmandaten und gerundetem Quotient. Quotienten, die von den Direktmandaten dominiert werden, sind markiert (*). Die aus der Oberzuteilung bundesweit vorgegebenen 195 CDU-Sitze werden genau ausgeschöpft.

CDU-Unterteilung 2009	Direktmandate	Zweitstimmen	Quotient	Sitze
Schleswig-Holstein	9	518 457	7.6*	9
Mecklenburg-Vorpommern	6	287 481	4.2*	6
Hamburg	3	246 667	3.6	4
Niedersachsen	16	1 471 530	21.51	22
Bremen	0	80 964	1.2	1
Brandenburg	1	327 454	4.8	5
Sachsen-Anhalt	4	362 311	5.3	5
Berlin	5	393 180	5.7	6
Nordrhein-Westfalen	37	3 111 478	45.49	45
Sachsen	16	800 898	11.7*	16
Hessen	15	1 022 822	15.0	15
Thüringen	7	383 778	5.6*	7
Rheinland-Pfalz	13	767 487	11.2*	13
Baden-Württemberg	37	1 874 481	27.4*	37
Saarland	4	179 289	2.6*	4
Summe (CDU-Divisor)	173	11 828 277	(68 400)	195

¹⁷ Vgl. hierzu schon Pukelsheim, DVBl 2008, 889 (896).

Bei den Unterteilungen der anderen vier Parteien (SPD, FDP, LINKE, GRÜNE) wäre die Direktmandatsbedingung 2009 nicht zur Wirkung gekommen. Hier wäre das Zuteilungsergebnis mittels der direktmandatsbedingten Variante dasselbe wie die Sitzzuteilung mittels des herkömmlichen Divisorverfahrens mit Standardrundung (Sainte-Laguë/Schepers). Es wäre also ebenfalls erfolgswertoptimal, allerdings nicht im Sinne einer Erfolgswertgleichheit von Zweitstimmen hinsichtlich ihrer Wertung für verschiedene Parteien, sondern hinsichtlich ihrer Wertung für verschiedene Landeslisten derselben Partei. Nur sofern wie in Tabelle 2 die direktmandatsbedingte Variante eine andere Sitzzuteilung liefert als das herkömmliche Verfahren, beschränkt sich die Erfolgswertoptimalität auf den Bereich, der jenseits der Direktmandatsgarantien verfügbar bleibt. Dies erscheint logisch und verfassungsrechtlich unbedenklich, weil die Direktmandate nach dem Willen des Gesetzgebers ungeschmälert zur Geltung kommen sollen.

3. Vorabkalkulation: Ermittlung der Bundestagsgröße

Die endgültige Verteilung der Sitze bedarf vorab der Bestimmung der Gesamtsitze des Bundestages. Diese Vorabkalkulation ist in § 6 Abs. 2 bis 5 BWG geregelt. Der verschlungene Pfad, auf dem sie zu einem Ziel findet, ist vermutlich der Preis für die fraktionsübergreifende Zustimmung, mit der das Änderungsgesetz im Bundestag beschlossen wurde, möglicherweise auch der Preis für die Einbindung des BMI in die endgültige Formulierung der Vorschrift. Unabhängig von ihrem Inhalt ist jedenfalls die Systematik zu bemängeln, die Berechnung der Gesamtgröße nicht Schritt für Schritt von Absatz zu Absatz fortzuentwickeln, sondern durch Ausführungen zum Verteilungsverfahren in Absatz 2 S. 2 bis 7 und durch die Sperrklauselregelung in Absatz 3 zu durchbrechen. Die Sperrklausel wäre in einem vorderen Absatz, die Bestimmung des Verteilungsverfahrens zusammen mit anderen Begrifflichkeiten in einem allgemeinen Paragraphen richtig verortet.

Ausgangspunkt der Ermittlung der Bundestagsgröße ist § 1 Abs. 1 S. 1 BWG, nach dem der Deutsche Bundestag *vorbehaltlich der sich aus diesem Gesetz ergebenden Abweichungen* aus 598 Abgeordneten besteht. Der Vorbehalt wird künftig höchstwahrscheinlich stets zum Tragen kommen – wendet man wie in Tabelle 3 das neue Wahlrecht auf die Zahlen der vergangenen Wahlen an, hätten sich bei sämtlichen Wahlen Veränderungen in der Gesamtsitzzahl ergeben. Vor diesem Hintergrund ist die aus der Anzahl der Wahlkreise und dem Zweitstimmensystem resultierende Zahl von 598 Abgeordneten juristisch nur eine Mindestgröße und sollte als Ausgangssitzzahl bezeichnet werden, um sie sprachlich von der im Folgenden zu bestimmenden Gesamtsitzzahl zu unterscheiden. Das Gesetz verzichtet auf präzise Begrifflichkeiten und begnügt sich stattdessen mit schwer verständlichen Querverweisen.

Die Bestimmung der Gesamtsitze gliedert sich in drei Stufen. In Stufe 1 werden die Ausgangssitze den Ländern zugeordnet (Absatz 2 S. 1, Halbsatz 1). In

Stufe 2 wird separat in jedem Land ermittelt, wie viele der dortigen Sitze den einzelnen Landeslisten nach Zweitstimmen zukommen (Absatz 2, S. 1, Halbsatz 2). In Stufe 3 wird die Ausgangssitzzahl so lange erhöht, bis jede Partei mindestens die für sie in Stufe 2 bundesweit ermittelten Sitzvormerkungen erhält; die so erhöhte Ausgangssitzzahl ist die gesuchte Gesamtsitzzahl (Absatz 5).

a) Stufe 1: Zuordnung der Ausgangssitze an die Länder

Die Berechnung der Sitzkontingente der Länder ist in § 6 Abs. 2 S. 1 BWG geregelt. Demnach sollen sie auf dem *Bevölkerungsanteil* eines Landes beruhen¹⁸. Maßgeblich ist dabei nur das deutsche Volk, wie der nachgeführte Klammerverweis auf § 3 Abs. 1 BWG zeigt, der Ausländer von der Ermittlung der Bevölkerungszahlen ausnimmt.¹⁹

Die Sitzzuordnung wird wiederum mit dem Divisorverfahren mit Standardrundung (Sainte-Laguë/Schepers) vollzogen, wie in Absatz 2 Satz 2 bis 7 in ebenso ausführlicher wie bewährter Manier festgelegt wird.²⁰ Bei der Wahl 2009 wäre in jedem Land auf je 125 500 Deutsche rund einer der 598 Ausgangssitze entfallen. Bemerkenswert ist die Wahl 2002, bei der in Berlin zwei Wahlkreise von PDS-Kandidatinnen gewonnen wurden, deren Partei seinerzeit an der Fünfprozent-Hürde scheiterte. Nach dem neuen Wahlrecht würden auch bei dieser Konstellation zunächst alle 598 Ausgangssitze den Ländern zugeordnet, was zu 23 Sitzen für Berlin führte. Im nächsten Schritt wären aber die zwei listenlosen PDS-Direktmandate abzuziehen (§ 6 Abs. 2 S. 1 i.V.m. Abs. 1 S. 3), so dass sich das Sitzkontingent, mit dem das Land Berlin in den weiteren Verrechnungsstufen geführt würde, von 23 auf 21 Sitze reduzierte.

¹⁸ Und zwar *gemäß den letzten amtlichen Bevölkerungszahlen zum Jahresende*, siehe § 78, Abs. 1, Nr. 7 BWO in der Fassung der Zehnten Verordnung zur Änderung der Bundeswahlordnung vom 13. Mai 2013, BGBl I S. 1255. Eine konsolidierte Fassung der BWO ist abrufbar unter www.bundeswahlleiter.de/de/bundestagswahlen/downloads/rechtsgrundlagen/bundeswahlordnung.pdf. Die amtlichen Jahresendzahlen werden normalerweise vom Statistischen Bundesamt in der Mitte des Folgejahres bekannt gemacht. Rückwirkend sind die Jahresendzahlen für die Deutschen Bevölkerung erst ab der 8. Wahlperiode 1976 verfügbar, siehe www.uni-augsburg.de/bazi/literature.html#StatistischesBundesamt2013. Für die früheren Wahlen verwendet Tabelle 3 hilfsweise die Bevölkerungszahlen aus den Berichten der jeweiligen Wahlkreiskommissionen, siehe www.uni-augsburg.de/bazi/literature.html#BT-Wahlkreiskommission.

¹⁹ Zum verfassungsrechtlichen Begriff des »Volkes« als maßgebliches Legitimationssubjekt vgl. BVerfGE 83, 37.

²⁰ Die Verbalisierung mathematischer Rechenschritte ist ein Grundproblem des Wahlrechts. Die Lesbarkeit und mit ihr die Verständlichkeit des Gesetzes würden deutlich verbessert, wenn sämtliche für die erforderlichen Rechenschritte notwendigen Faktoren ebenso wie ganze Rechenverfahren in einer gesonderten Norm mit der Überschrift »Begrifflichkeiten« definiert würden. Im Folgenden müsste dann nicht auf die Norm verwiesen werden, sondern könnte schlicht der legal definierte Begriff verwendet werden (z.B. Divisorverfahren).

b) Stufe 2: nach Ländern getrennte Sitzzahlermittlung

Die zweite Stufe ist aufwändiger. § 6 Abs. 2 BWG schreibt im zweiten Halbsatz des Satzes 1 vor, dass für jedes Land eine eigene Rechnung durchzuführen ist, um das Sitzkontingent eines Landes den dortigen Landeslisten im Verhältnis der Zweitstimmen zuzuordnen. Anzuwenden ist wiederum das Divisorverfahren mit Standardrundung (Sainte-Laguë/Schepers). Berücksichtigt werden dabei wie nach dem alten Wahlrecht nur solche Parteien, die entweder die (bundesweite!) Fünfprozent-Hürde genommen oder die Grundmandatsklausel erfüllt haben oder die das Minderheitenprivileg für sich in Anspruch nehmen können, wie § 6 Abs. 3 BWG klarstellt. In Stufe 2 werden also sechzehn separate Zuteilungsrechnungen fällig, eine für jedes Bundesland.

c) Stufe 3: Sitzzahlerhöhung

Die dritte und abschließende Stufe der vorbereitenden Rechnungen wird in § 6 Abs. 5 BWG normiert. Nach dieser Vorschrift wird die Ausgangssitzzahl des Bundestages so lange erhöht, bis jede Partei mindestens ihre aus Stufe 2 bundesweit resultierende Sitzvormerkung erhält. Die Gesamtsitzzahl ergibt sich dann aus der Ausgangssitzzahl zuzüglich der Unterschiedszahl. Umgekehrt kann und muss die Vorschrift ohne Zweifel so interpretiert werden, dass eine Erhöhung unterbleibt, sollten schon mit der Ausgangssitzzahl die Sitzvormerkungen befriedigt sein.

Der hier benutzte Begriff »Sitzvormerkung« kommt im Gesetz nicht vor. Statt dessen lautet Absatz 5 Satz 1 wörtlich: »Die Zahl der nach Absatz 1 Satz 3 verbleibenden Sitze wird so lange erhöht, bis jede Partei bei der zweiten Verteilung der Sitze nach Absatz 6 Satz 1 mindestens die bei der ersten Verteilung nach den Absätzen 2 und 3 für sie ermittelten zuzüglich der in den Wahlkreisen errungenen Sitze erhält, die nicht nach Absatz 4 Satz 1 von der Zahl der für die Landesliste ermittelten Sitze abgerechnet werden können.« Die Formulierung in Absatz 4 lehnt sich an das alte BWG und steht wie jenes unter der Prämisse, dass die per Mehrheitswahl in den Wahlkreisen errungenen Sitze nicht zur Disposition stehen. Dementsprechend besteht der Beitrag der Landeslisten zur bundesweiten Sitzvormerkung in der Regel aus der Sitzzahl, die gerade in der separaten Landeszuteilung der Landesliste zugeordnet wurde. Ein Sonderfall sind solche Landeslisten, deren errungene Direktmandate nicht davon abgerechnet werden können; in einem solchen Fall besteht der Beitrag aus der Zahl der Direktmandate. Anders ausgedrückt: Entweder trägt eine Landesliste die Zahl der Sitze bei, die im Land bei der separaten Zuteilung des Sitzkontingents für sie errechnet wurde, oder, falls besser, die Zahl ihrer Direktmandate.

Wie groß der Bundestag nach Wahlen sein wird, ist nicht vorherzusagen. Festzuhalten ist aber, dass sich die Größe des Bundestages maßgeblich nach dem Verhältnis von Zweitstimmen zu den Direktmandaten einer Landespartei bestimmt: Je weiter die Direktmandatszahl einer Landesliste über die Sitzzahl hinaus reicht, die

den Zweitstimmen entspricht, desto größer ist die Hebelwirkung in Bezug auf die Sitzzahl des Bundestages. Sollten die Wahlkreise nach wie vor unter wenigen großen Parteien aufgeteilt werden und deren prozentuales Zweitstimmenergebnis gleichzeitig weiter sinken, würde die Sitzzahl des Bundestages regelmäßig weit über den 598 Sitzen liegen, die § 1 BWG als Ausgangsgröße fest schreibt. Freilich hängt die konkrete Sitzzahl des Bundestages auch von der Wahlbeteiligung in den einzelnen Ländern ab.²¹

III. Föderale Unproportionalitäten und alternative Vorabkalkulationen

1. Föderale Unproportionalitäten

Während die parteiliche Zusammensetzung des Bundestages (Oberzuteilung) der Verhältnismäßigkeit der Zweitstimmen in uneingeschränkter Weise gerecht wird, kann die makellose Verhältnismäßigkeit hinsichtlich der föderalen Verteilung und damit hinsichtlich der personellen Zusammensetzung (Unterzuteilungen) gestört werden, da die direktmandatsbedingte Variante den Wahlkreismandaten eine Vorrangstellung einräumt. Diese Effekte werden deutlich, wenn man das BWG 2013 beispielhaft auf die Wahlergebnisse von 2009 anwendet. Das BWG 2013 hätte die Bundestagsgröße von 598 Ausgangssitzen auf 671 Endsitze angehoben. Bei den Unterzuteilungen für die SPD, FDP, LINKE und GRÜNE wären alle Direktmandate ohne weitere Eingriffe von der Verhältnisrechnung getragen worden. Hier wären also keinerlei föderale Unproportionalitäten aufgetreten.

Bei der Unterzuteilung der 195 CDU-Sitze an die CDU-Landeslisten wird demgegenüber die Vorrangstellung der Direktmandate sichtbar (Tabelle 2). Vergleicht man nun die Sitzzuteilung, die sich aus der direktmandatsbedingten Variante unter Berücksichtigung der 173 Direktmandate ergeben, mit der hypothetischen Sitzzuteilung, die keine Direktmandate berücksichtigt, so würden insgesamt 12 Sitze unterschiedlichen Landeslisten zugeweiht werden. Wegen der großen Zahl der CDU-Wahlkreissiege in Baden-Württemberg (37) wären beispielsweise so viele Sitze vorrangig gebunden, die sonst auf andere Landeslisten entfallen wären (6).

Ob diese Möglichkeit der föderalen Unproportionalität zur Verfassungswidrigkeit des Sitzzuteilungsverfahrens führt, mag mit guten Gründen gefragt, muss aber auch mit ebenso guten Gründen verneint werden. Denn das Bundesverfassungsgericht geht allgemein nur dann von einer Erheblichkeit möglicher Wahlfehler aus, wenn sie mandatsrelevant sind. Vor diesem Hintergrund scheint die Zahl der anders zugeordneten Sitze als ein verfassungsrechtlich vernünftiges Maß, um Unproportionalitäten zu messen. Im vorliegenden Beispielfall bestünde die föderale Unproportionalität der direktmandatsbedingten Variante in

²¹ Siehe unten III. 2.

der CDU-Unterzuteilung in 12 Sitzen. Sie unterscheidet sich insofern aber nicht von dem alten Wahlrecht, nach dem der CDU 194 Sitze zugeteilt wurden, nämlich 173 Direktmandate zuzüglich 21 Überhangmandate. Vergleicht man diese tatsächlich zugewiesenen Sitzzahlen mit den hypothetischen Berechnungen, wie sich 194 Sitze rein verhältnismäßig auf die Landeslisten der CDU verteilt hätten, so gelangt man auch hier zu einem föderalen Unproportionalitätsindex von 12 Sitzen. Abgesehen davon, dass bislang weder die betroffenen Abgeordneten oder Landesverbände eine entsprechende Verfassungswidrigkeit gerügt haben noch das Bundesverfassungsgericht die Verfassungswidrigkeit dieser möglichen Konsequenzen der Unterverteilungen festgestellt hat, resultieren diese föderalen Unproportionalitäten aus dem zwar nicht zwingenden, gleichwohl aber berechtigten Anliegen des Gesetzgebers, der föderalen Struktur der Bundesrepublik bei der Zusammensetzung des Deutschen Bundestages Rechnung zu tragen. Dies entspricht nach den Interpretationen des Verfassungsgerichts seinem politischen Gestaltungsspielraum.²² Wenn es für diese föderalen Unproportionalitäten Grenzen geben sollte, jenseits derer Verfassungswidrigkeit droht, so liegen diese – gemessen an der bisherigen politischen Wirklichkeit – doch in einiger Ferne.²³

2. Alternative Vorabkalkulationen

Die Vorabkalkulation macht die Bundestagsgröße beweglich, aber das ist im Grunde genommen nichts Neues. Die Bundestagsgröße war auch schon bei vielen vergangenen Wahlen beweglich, weil beim Anfall von Überhangmandaten die vorgegebene Sollzahl von 598 Sitzen (früher: 656) überschritten wurde. Die höchste Überschreitung trat bei der letzten Wahl 2009 ein und betrug 24 Sitze. Was im Vergleich zu den Überschreitungen in den Wahlen davor als ein hoher Wert gelten würde, erscheint gering in Bezug auf die Bundestagsgröße, die sich mit dem Bundeswahlgesetz 2013 ergeben hätte.

Das BWG 2013 hätte bei der Wahl 2009 zu einem Bundestag mit 671 Sitzen geführt. Die ausschlaggebende Partei, die als letzte ihre Sitzvormerkungen mit dem 671sten Sitz befriedigt erhalten hätte, wäre die CDU gewesen. Bei der Wahl 2005 wäre eine Bundestagsgröße von 625 Sitzen herausgekommen [mit ausschlaggebender Partei SPD], 2002 wären es 610 Sitze gewesen [ausschlaggebend: SPD]. Tabelle 3 listet die endgültigen Bundestagsgrößen gemäß BWG 2013 auf, die sich ab dem 3. Bundestag ergeben hätten.²⁴

22 Vgl. bspw. BVerfGE 121, 266 (303).

23 So auch Peifer/Lübbert/Oelbermann/Pukelsheim, DVBl. 2012, 725 (728).

24 Diese Wahlen wurden durchgängig mit dem Divisorverfahren mit Standardrundung (Sainte-Laguë/Schepers) und nicht mit den früher geltenden Verfahren nach Hare/Niemeyer bzw. D'Hondt durchgeführt. Die verwendeten Jahresende-Bevölkerungszahlen sind in Fußnote 18 kommentiert. Daten und Ergebnisse sind reproduzierbar mit dem frei verfügbaren Computerprogramm BAZI, siehe www.uni-augsburg.de/bazi.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass das BWG 2013 bei allen diesen Wahlen die nominell vorgegebene Bundestagsgröße heraufgesetzt hätte. Diese Vergrößerung hätte auch bei solchen Wahlen stattgefunden, die bisher als vollkommen unproblematisch galten, weil das Zusammenwirken von Erststimmenerfolgen und Zweitstimmenerfolgen keinerlei Überhangmandate verursachte. Schon allein dieser Umstand lässt mutmaßen, dass die nunmehr im BWG 2013 verankerte Vorabkalkulation von anderen Effekten abhängt als denjenigen, die vorgeblich geheilt werden sollen. Diese anderen Effekte sind die unterschiedlichen Wahlbeteiligungen in den Ländern²⁵. Dies wird ziemlich schnell deutlich, wenn man sich in Tabelle 3 die ausschlaggebenden Parteien ansieht, die jeweils in den eckigen Klammern aufgeführt sind. Es handelt sich hier um diejenigen Parteien, deren Sitzvormerkungen als letztes befriedigt werden und die somit die Hausgröße bestimmen. Nur bei den letzten drei Wahlen sind dies die Überhang-Parteien CDU und SPD. Dagegen sind es bei den Wahlen davor die PDS und die CSU, die zwar im alten Wahlrecht keine Sonderrolle einnahmen, wohl aber im neuen BWG 2013. Der Grund liegt darin, dass das BWG 2013 durch die separate Vorabkalkulation in allen sechzehn Bundesländern einen Effekt der sechzehnfach unterschiedlichen Wahlbeteiligungen mitschleppt und ausgleicht. Dies geht weit über das hinaus, was die unterschiedlichen Erfolge von Erststimmen und Zweitstimmen jeweils erfordern würden.

Tabelle 3 belegt zudem, dass sparsamere Vorabkalkulationen möglich sind. Die mit »DirPro« überschriebene letzte Spalte zeigt die Bundestagsgrößen, die mit der direktmandatsorientierten Proporzanpassung zu Stande gekommen wären.²⁶ Hier wäre die Sollgröße immer eingehalten worden mit der einzigen Ausnahme von 2009. Der besondere Aspekt der Wahl 2009 ist der, dass die CDU 173 Direktmandate gewann und bei einer Ausgangsgröße von 598 auch (nur) 173 Verhältnismandate bekommen hätte. Diese wären alle von den Direktmandaten aufgezehrt worden. Um die Landeslisten ohne hinreichend viele Direktmandate nicht in Schiefelage zu bringen, wäre in diesem Sonderfall die Bundestagsgröße auf 653 angehoben worden.

Einen Mittelweg zwischen der sehr großzügigen Regelung im BWG 2013 und der sehr sparsamen Regelung der direktmandatsorientierten Proporzanpassung zeigt die Spalte VPV (verbesserte personalisierte Verhältniswahl). In Anlehnung an einen Vorschlag von Joachim Behnke²⁷ werden die Sitzvormerkungen für die Parteien mittels der bundesweiten Hare-Quote berechnet.²⁸

25 Vgl. Faas, www.zeit.de/politik/deutschland/2012-10/neues-verfassungskonformes-wahlrecht.

26 Peifer/Lübbert/Oelbermann/Pukelsheim, DVBl. 2012, 725 ff.

27 Behnke, ZParl. 2012, 675 (688).

28 Die Sitzvormerkung in jedem Land für jede Partei ist das bessere Ergebnis von Direktmandaten und dem abgerundeten Quotienten aus Zweitstimmen und Quote. Als Quote wird die sogenannte Bundes-Hare-Quote benutzt, also die Summe aller zuteilungsberechtigten Zweitstimmen dividiert durch die Zahl der Sollsitze.

Tabelle 3: Bundestagsgröße bei alternativen Vorabkalkulationen. In der Spalte BWG2008 ist zur Sollgröße die Zahl der Überhangmandate addiert. In den anderen Spalten ist in eckigen Klammern die für die endgültige Hausgröße ausschlaggebende Partei mitgeführt, deren Sitzvormerkung zuletzt befriedigt wird.

Wahlperiode	BWG2008	BWG2013	VPV	DirPro
17BT2009	598+24 = 622	671 [CDU]	658[CDU]	653[CDU]
16BT2005	598+16 = 614	625 [SPD]	608[SPD]	598
15BT2002	598+6 = 604	610 [SPD]	598	598
14BT1998	656+13 = 669	693 [PDS]	671[SPD]	656
13BT1994	656+16 = 672	692 [PDS]	671[CDU]	656
12BT1990	656+6 = 662	718 [CSU]	656	656
11BT1987	496+1 = 497	518 [CSU]	496	496
10BT1983	496	501 [CSU]	496	496
9BT1980	496	510 [CSU]	496	496
8BT1976	496	508 [CSU]	496	496
7BT1972	496	509 [CSU]	496	496
6BT1969	496	515 [CSU]	496	496
5BT1965	496	506 [CDU]	496	496
4BT1961	494+4 = 498	503 [CDU]	495[CDU]	494
3BT1957	494+3 = 497	511 [CSU]	494	494

Bei den unproblematischen Wahlen in der Vergangenheit wäre hier die Sollgröße des Bundestages ohne weiteres eingehalten worden. Nur bei den fünf Wahlen 2009, 2005, 1998, 1994 und 1961 wäre die Ausgangsgröße behutsam angehoben worden. In jedem dieser fünf Fälle wäre die ausschlaggebende Partei diejenige gewesen, die nach alter Diktion die meisten Überhangmandate aufwies.

Im Fazit bleibt also festzuhalten, dass die im BWG 2013 festgelegte Vorabkalkulation nicht nur unglücklich kompliziert ausfällt, sondern auch über das Ziel hinaus schießt. Andere Überschlagsrechnungen stünden zur Verfügung. Die problematischen Reibungsflächen einer mit der Personenwahl verbundenen Verhältniswahl kann man durchaus glätten, ohne die Sitzzahl des Bundestages übermäßig zu erhöhen.

IV. Nach der Novelle, vor der Reform

Angesichts der übermäßig komplizierten Berechnungsmethode, angesichts insbesondere der sprachlich missglückten Formulierung des Gesetzestextes muss leider konstatiert werden, dass die parteipolitische Maxime »Nach der Wahl ist vor der Wahl« auch für das Bundestagswahlrecht gilt: Nach dem Bundestagswahlrecht

ist vor dem Bundestagswahlrecht. Die Schwächen und vor allen Dingen auch die möglichen Probleme des neuen Sitzverteilungsverfahrens sind derart vielgestaltig, dass das Gemeinwesen sich dauerhaft nicht auf sie verlassen kann. Insofern sollte das Bundestagswahlrecht möglichst zügig, nach Möglichkeit bereits bis zur Mitte der kommenden Legislaturperiode, erneut und dann grundlegend novelliert werden. Hier mag – mit guten Gründen – eine Rückkehr zum Einstimmensystem angeordnet werden.²⁹ Doch auch das geltende Zweistimmensystem könnte mit kleineren Korrekturen verbessert werden:

1. Hausgröße

Eingeführt werden sollte eine maximale Begrenzung der Sitzzahl des Deutschen Bundestages, die beispielsweise bei 700 Abgeordneten, natürlich aber auch deutlich darunter liegen könnte. Eine solche Deckelung hätte mehrere Vorzüge:

Zum einen würde sie den politischen Parteien den Anreiz nehmen, eine Parteienzersplitterung in einzelne, jeweils nur in einem Land antretende Parteien zu bewirken. Eine solche Tendenz ist zwar noch nicht erkennbar. Doch wenn die Parteien sich unter Abwägung aller Vor- und Nachteile dazu entscheiden sollten, die Hebelwirkung nur landesweit agierender Parteien zu nutzen, um insgesamt mehr Mandate mit Parteimitgliedern besetzen zu können, bedarf es einer entsprechenden Schranke.

Die Herausforderung, einzelne Regelungen des Wahlrechts zu überdenken, kann sich an vielen anderen Stellen ergeben. So scheiterten 2010 bei der Wahl in Kirgisien mehr als sechzig Prozent der Wähler an der Fünfprozent-Hürde³⁰. Ursache waren die vielen kleinen Parteien, die zur Wahl antraten. Eine Sperrklausel, die im Endeffekt mehr als die Hälfte der Stimmen ihrer Wirkung beraubt, würde in Deutschland wohl als unerträglich empfunden. Auch das Zweistimmensystem als solches kann pervertiert werden, wenn kollektives Stimmensplitting betrieben wird. Bei der Wahl 2005 in Albanien splitteten etwa achtzig Prozent der Wähler nach Anweisung der Parteiführungen ihre Stimmen.³¹ Auch hier gilt, dass in Deutschland eine solche Entwicklung weder politisch noch verfassungsrechtlich erträglich erschiene.

Jedenfalls erscheint eine Deckelung der Gesamtgröße des Bundestages verfassungsrechtlich unbedenklich. Sofern sie je nach konkretem Wahlergebnis im Widerspruch zur Wahlrechtsgleichheit und zur Chancenrechtsgleichheit der politischen Parteien steht, sei zunächst darauf hingewiesen, dass jedenfalls nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auch die ausgleichslosen Überhangmandate bis zu einer Zahl von 15 Überhangmandaten verfassungsrechtlich

²⁹ In diese Richtung explizit *Dehmel/Jesse*, ZParl 2013, 201, 211; v. *Prittwitz*, APuZ 2001, 9; *Meyer*, Die Zukunft des Bundestagswahlrechts, 2010, S. 94 ff.; *Lenski*, AöR 2009, 473 (496 f.).

³⁰ *Roßner*, MIP 2011, 160.

³¹ *Bochsler*, International Political Science Review 33 (2012), 401 ff.

unbedenklich sind.³² So sehr man – nicht zuletzt wegen der nahezu willkürlichen Festsetzung dieser Größenordnung – diese Rechtsprechung für unzutreffend hält, sind Beeinträchtigungen der Erfolgswertgleichheit und der Chancengleichheit der politischen Parteien aber auch durch die sachlichen Gründe gerechtfertigt, den Bundestag funktionsfähig zu halten. Zwei Argumentationsstränge seien insofern betont.

Erstens sprechen schlicht und einfach finanzielle und praktische Argumente gegen eine übermäßig dynamische Hausgröße. Der Bundestag muss nach Art. 39 Abs. 2 GG binnen dreißig Tagen nach der Wahl konstituiert werden. Innerhalb einer so kurzen Zeit die räumlichen Voraussetzungen dafür zu schaffen, dass nicht mehr nur die 598 regulären, sondern beispielsweise bis zu 800 Abgeordnete nebst ihren Mitarbeitern Platz finden und arbeitsfähig sind, ist schlechterdings unmöglich. Umgekehrt sprechen finanzielle Aspekte dagegen, einen solchen Raumbedarf vorzuhalten, wenn je nach konkretem Wahlergebnis überhaupt keine Überhang- und Ausgleichsmandate anfallen. Finanzielle Aspekte sind es schließlich auch, die einer räumlichen Anpassung an durchschnittlich zu erwartende Hausgrößen entgegenstehen.

Zweitens und gewichtiger sind darüber hinaus auch funktionelle Aspekte. Hier ist auf politikwissenschaftliche und soziologische Betrachtungen zu verweisen, nach denen eine stetige Steigerung der Hausgröße nicht in Korrelation zu der repräsentativen Aufgabe der Abgeordneten steht.³³ Die Abgeordneten kennen sich untereinander nicht, die soziale Kommunikation funktioniert nicht mehr, die Zuordnung zu einzelnen Sachgebieten ist nicht hinreichend gewährleistet, innerparlamentarische, ja innerparteiliche Opposition erschwert die Meinungsbildung und Entscheidungsfindung.

2. Nachrückerregelung

Dass mit dem Sitzzuteilungsverfahren in § 6 BWG auch die Nachrückerregelung in § 48 BWG geändert wurde³⁴ und nun ausscheidende Wahlkreisbewerber unter Rückgriff auf die Parteiliste ersetzt werden, erscheint auf den ersten Blick verständlich. Der durch die Vorschrift bezweckte Abbau von Überhangmandaten, der auf eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zurückging,³⁵ vermochte nie zu überzeugen.³⁶ Auf den zweiten Blick ist sie jedoch in doppelter Hinsicht inkonsequent. Zum einen ist inkonsequent, zunächst in der Begründung und Ausgestal-

32 BVerfG, Ur. v. 25.7.2012, DVBl 2012, 1096 (1101 f.).

33 Vgl. etwa *Hirter*, in: *Parlament*, Mitteilungsblatt der Schweizerischen Gesellschaft für Parlamentsfragen, 2004, 4; *Jäckle*, Determinanten der Regierungsbeständigkeit in parlamentarischen Systemen, 2010, S. 138 ff.

34 Art. 2 Nr. 2 des 22. Gesetzes zur Änderung des BWG vom 3.5.2013, BGBl. I 1082.

35 BVerfGE 97, 317 ff.

36 Vgl. *Rossi*, LKV 2001, 258 (259); den Widerspruch zur Pari-Pari-Entscheidung zu den Überhangmandaten offenlegend jüngst noch einmal *J. Ipsen*, DVBl 2013, 265 (268).

tung des Sitzzuteilungsverfahrens die Personenwahlkomponente derart hoch zu halten, dass die Wahl der Wahlkreisbewerber in jedem Fall mit einem Sitz gekürt werden soll (§ 6 Abs. 4 S. 2; § 6 Abs. 6 S. 2 Halbsatz 2 BWG). Wenn diese personenbezogene Komponente derart wichtig ist, wäre es unzulässig, die ausscheidenden Wahlkreisandidaten durch Listenbewerber zu ersetzen. Erforderlich wäre vielmehr eine Ersatzwahl.

Zum andern erscheint die Regelung auch deshalb inkonsequent, weil mit einer zunehmenden Zahl von Wählern, die ihre Stimmen splitten, der innere Grund für dieses Nachrücken nicht mehr gegeben ist. Mag es in vielen Fällen auch sein, dass die meisten der Wähler, dass jedenfalls viele der Wähler ihre Erststimme gar nicht nach Persönlichkeit des Kandidaten, sondern schlicht nach Parteizugehörigkeit bestimmen, so dass auch einer Nachbesetzung über die Parteiliste nichts entgegensteht, zeigt sich doch an der zunehmenden Zahl des Splittens von Stimmen, dass nicht mehr ohne Weiteres von der parteipolitischen Zugehörigkeit des Wahlkreisbewerbers auf die parteipolitische Präferenz des Wählers geschlossen werden kann. Vielmehr scheint es offensichtlich so zu sein, dass ein Stimmen-splitting unter anderem nur deshalb erfolgt, weil der Partei des Erstbewerbers bei der Zweitstimme die Gefolgschaft verweigert wird. Insofern indiziert die Parteizugehörigkeit des Wahlkreisbewerbers nicht mehr die parteipolitische Priorität des Wählers.

In jedem Fall müsste die jetzt getroffene Regelung mit einer entsprechenden Information der Wähler einhergehen. Ins öffentliche Bewusstsein gerückt werden muss, dass mit der Erststimme nicht nur die Person gewählt wird, sondern jedenfalls möglicherweise auch die Liste. Dabei mag es dahinstehen, ob dies auf dem Wahlschein selbst noch einmal zum Ausdruck gebracht werden sollte oder ob entsprechende Informationskampagnen im Vorfeld von Wahlen darauf hinweisen sollten. Es bliebe irritierend, wenn die Wähler über diese Regelung nicht informiert wären.

V. Ausblick

Das im politischen Kompromiss und auf verfassungsgerichtlichen Druck entstandene Wahlrecht mag für sich genommen verfassungsgemäß sein.³⁷ Es kann gleichwohl nur ein Interimswahlrecht sein.³⁸ Es ist derart kompliziert und unverständlich, dass es schon aus Gründen der Verfassungsästhetik keine langfristige Bindung erreichen wird. Über solche leider wohl nachrangigen, vielleicht gar

37 Die theoretische, allein Rundungseffekten geschuldete Möglichkeit negativer Stimmgewichte sollte wegen ihrer hohen Unwahrscheinlichkeit nicht zur Verfassungswidrigkeit der gesamten Sitzverteilung führen. Zu unvermeidlichen Rundungen vgl. BVerfG, Ur. v. 25.7.2012, NVwZ 2012, 1101 (1112); ähnlich *J. Ipsen*, DVBl 2013, 265 (269); siehe auch *Birkmeier/Oelbermann/Pukelsheim/Rossi*, KritV 2011, 55 (62 f.).

38 Ebenso die Einschätzung von *Dehmel/Jesse*, ZParl 2013, 201 ff.

irrelevanten Erwägungen hinaus³⁹ löst das geltende Wahlrecht auch nicht die Probleme, denen sich die Demokratie derzeit gegenüber sieht. Die vermeintliche Politikverdrossenheit wird über plebiszitäre, über partizipative Elemente einzufangen versucht, die sich insbesondere in der Öffentlichkeit allgemeiner Beliebtheit erfreuen. Sie sind jedoch nicht zu Ende gedacht und entspringen zudem in ungezügelter Form einer idealisierten Utopie. Die repräsentative Demokratie, um deren Ausgestaltung es beim Wahlrecht geht, ist in einer zunehmend komplexeren Welt unverzichtbar. Unverzichtbar ist aber auch, dass das Volk nicht nur Einfluss auf sachliche Entscheidungen, sondern zuvor schon auf Personalentscheidungen nehmen kann. Anstatt die von den Parlamenten getroffenen Sachentscheidungen durch direktdemokratische Elemente im besten Fall im Vorfeld beeinflussen, im schlechteren Fall im Nachhinein korrigieren zu wollen, wäre es deutlich sinnvoller, dem Volk, den Wählern, Einfluss auf die personelle Zusammensetzung der Parlamente zu geben. Dies brächte auch die Aspekte einer Personalwahl mit denen einer Verhältniswahl in Einklang, die auch in der jüngsten Verfassungsgerichtsentscheidung zum Teil jedenfalls gegeneinander in Stellung gebracht wurden. Dabei schien das Verfassungsgericht durchaus offen für andere – für alte wie für neue – Formen der Personalisierung der Wahl. Es hat diese in der mündlichen Verhandlung zum Ausdruck gekommene Offenheit freilich nicht in das schriftliche Urteil einfließen lassen. Insofern fehlte es nicht nur jetzt den politischen Parteien, sondern fehlte es zuvor auch schon dem erkennenden Senat an Mut, mit dem überkommenen Zweistimmensystem zu brechen. Die Einstimmigkeit, mit der die Entscheidung ergangen ist, hat insoweit einen hohen Preis gehabt. Nichtsdestotrotz wird langfristig kein Weg daran vorbeiführen, die repräsentative mit der direktdemokratischen Demokratie, die politischen Parteien mit den weniger oder gar nicht organisierten Interessen in der Bevölkerung dadurch zu versöhnen, dass die Personalisierung der Parlamente weniger den Parteien und stärker den Wählern überlassen wird.

³⁹ Enttäuschend ist, dass das BVerfG in seiner Entscheidung von 2008 noch gefordert hat, das System der Sitzteilung »auf eine normenklare und verständliche Grundlage zu stellen« (BVerfGE 121, 226, 316), diesen Maßstab aber bei der Beurteilung des am 3.12.2011 erlassenen Wahlrechts nicht ernst genommen und ihn in seiner Entscheidung vom 25.7.2012 auch nicht wieder aufgegriffen hat.

Ralf Brinktrine*

Hat das grundgesetzliche Streikverbot für Beamte eine europäische Zukunft?

Überlegungen zu den nationalen Auswirkungen konventionsrechtlicher Rechtsprechung zu Art. 11 EMRK auf dem Feld des Beamtenrechts und den darauf basierenden Handlungsoptionen von Gesetzgebung, Exekutive und Rechtsprechung

Nach früheren Kontroversen über das Streikverbot für deutsche Beamte wird diese Frage zuletzt durch Entscheidungen des EGMR zur türkischen Rechtslage und Verfassungsbeschwerden zur deutschen Rechtslage wieder aufgeworfen. Dabei fragt es sich, ob und welche möglichen Folgen sich aus den Entscheidungen des EGMR für das grundgesetzliche Streikverbot ergeben. Die neue Judikatur des EGMR und das ihr zugrunde liegende veränderte Verständnis des Art. 11 EMRK wirft Probleme auch für das Streikverbot nach deutschem Verfassungsrecht auf, die es nahelegen, über rechtliche und praktische Optionen für die deutsche Gesetzgebung, Exekutive und Rechtsprechung zu diskutieren. Insbesondere die Vorgabe des Bundesverfassungsgerichts für ein »konventionsfreundliches Staatshandeln« bildet in diesem Kontext den Schwerpunkt der Betrachtungen auf die mögliche weitere Entwicklung in Sachen Streikverbot für Beamte.

I. Einleitung

Das Streikverbot für Beamte zählt nach ganz überwiegender Meinung in Rechtsprechung und Literatur zu den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums nach Art. 33 Abs. 5 GG.¹ Dieses Streikverbot wird abgeleitet »aus dem Beamtenverhältnis als öffentlich-rechtlichem Dienst- und Treueverhältnis«², denn die daraus sich ergebenden Pflichten zur Hingabe an das Amt und zur gewissenhaften Amtsausübung seien unvereinbar mit einem Streikrecht.³ Das BVerfG formuliert prägnant: »Der Beamte ist dem Allgemeinwohl und damit zur uneigennütigen

* Der Verfasser, Dr. Ralf Brinktrine, ist Universitätsprofessor an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg und Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Deutsches und Europäisches Umweltrecht und Rechtsvergleichung.

- 1 Siehe aus der Judikatur etwa BVerfGE 8, 1 (17); 44, 249 (264); BVerwGE 53, 330 (331); 73, 97 (102); aus dem Schrifttum (ohne Anspruch auf Vollständigkeit) Jachmann, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG-Kommentar, Band 2, 6. Aufl. 2010, Art. 33 Rn. 44; Masing, in: Dreier (Hrsg.), GG-Kommentar, Band 2, 2. Aufl. 2006, Art. 33 Rn. 84; Pieper, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Hofmann/Hopfauf, GG, 12. Aufl. 2011, Art. 33 Rn. 156; Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 12. Aufl. 2012, Art. 9 Rn. 46. Ausführliche Darstellung bei Di Fabio. Das beamtenrechtliche Streikverbot, S. 31 ff.
- 2 Schubert, AÖR 137 (2012), 92 (95) unter Hinweis auf BVerwGE 53, 330 (331); ebenso Jachmann, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 1), Art. 33 Rn. 44. Das BVerfG leitet das Streikverbot vor allem aus der Treuepflicht ab, siehe BVerfGE 119, 247 (264). Nach anderer Lesart ergibt sich das Verbot aus der Verbindung zum Alimentationsprinzip, so etwa Pieper, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Hofmann/Hopfauf (Fn. 1), Art. 33 Rn. 156.
- 3 Näher Schubert, AÖR 137 (2012), 92 (95).