

Deutscher Bundestag
Innenausschuss

Ausschussdrucksache
17(4)327 G

ERNST MORITZ ARNDT
UNIVERSITÄT GREIFSWALD



Wissen
lockt.
Seit 1456

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

Rechts- und Staats-
wissenschaftliche Fakultät

Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
Sozial- und Gesundheitsrecht

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

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

Greifswald, den 1.9.2011

Stellungnahme zur Anhörung des Innenausschusses des Deutschen Bundestages am 5.9.2011
zu den Gesetzentwürfen (BT-Drucks. 17/4694, 5895, 5896, 6290)
Änderung des Bundeswahlgesetzes

I. Aufbau der Stellungnahme

Die nachfolgende Stellungnahme zielt auf eine (verfassungs)rechtliche Bewertung der vier vorliegenden Gesetzentwürfe, mit denen der vom BVerfG in der Entscheidung vom 3. Juli 2008 erteilte Regelungsauftrag zur Lösung des Problems sog. negativer Stimmgewichte umgesetzt werden soll.

Angesichts der Komplexität des bundesdeutschen Wahlrechts und der durch das negative Stimmgewicht (NSG) ausgelösten Probleme erscheinen zunächst einige begriffliche und inhaltliche Vorklärungen erforderlich (nachfolgend II).

Sodann wird der Problemkontext ausgeleuchtet und die einschlägigen verfassungsrechtlichen Vorgaben angesprochen (nachfolgend III).

Im vierten Teil werden dann die unterschiedlichen Entwürfe einer verfassungsrechtlichen Analyse unterzogen (nachfolgend IV).

Die Stellungnahme schließt mit einer abschließenden Bewertung (nachfolgend V.).

II. Regelungsauftrag und Begriffsklärungen

1. Regelungsauftrag

Bekanntlich hat das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) dem Gesetzgeber mit Urteil¹ vom 3. Juli 2008 eine Reform des Wahlrechts zum Deutschen Bundestag aufgegeben. Anlass der im Rahmen eines Wahlprüfungsverfahrens ergangenen Entscheidung war, dass es das Zusammenspiel bestimmter Vorschriften des Bundeswahlgesetzes² ermöglicht, dass ein Zuwachs an Zweitstimmen zu einem Verlust an Sitzen der Landeslisten führen kann und dass gleichsam spiegelverkehrt die Verringerung der Anzahl der Zweitstimmen zu einem Mandatsgewinn führen kann. Für den so umschriebenen inversen Erfolgswert von Stimmen wird zumeist der etwas plastischere Begriff des negativen Stimmgewichts³ gewählt. Das BVerfG sieht die mit inversen Erfolgswerten verbundene Paradoxie als Verstoß gegen die in Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG niedergelegten Wahlrechtsgrundsätze der Gleichheit und der Unmittelbarkeit. Es hat den Gesetzgeber aufgefordert, das Wahlrecht so neu zu gestalten, dass negative Stimmgewichte bei Bundestagswahlen künftig nicht mehr – oder jedenfalls nicht mehr in beträchtlichem Ausmaß – auftreten können. In Anbetracht der Komplexität⁴ der Materie und des Gebots richterlicher Selbstbeschränkung hat das BVerfG dem Gesetzgeber keine verbindliche Lösung vorgeschrieben, sondern vielmehr mehrere, nicht abschließend gedachte Lösungsmöglichkeiten aufgezeigt, die den Effekt des negativen Stimmgewichts nach Auffassung des BVerfG verhindern können. Der Gesetzgeber kann hiervon eine auswählen oder aber eigene, weitere Varianten entwickeln⁵.

¹ BVerfG, Urteil v. 3. Juli 2008 – Az: 2 BvC 1/07, 2 BvC 7/07.

² Im konkreten geht es um die Regelungen in § 7 Abs. 3 S. 2 BWahlG i.V.m. § 6 Abs. 4 und 5 BWahlG.

³ Auch Stimmgewichtsumkehrung bzw. Effekt des inversen Erfolgswertes bezeichnet. Die Bezeichnung dieses Effektes als „negatives Stimmgewicht“ ist insofern unpräzise, als das gemeinte Paradoxon in beide Richtungen wirken kann. D.h. zusätzliche Stimmen können für Parteien zu Sitzverlusten im Bundestag führen – für diese also negativ wirken. Ebenso können weniger, also nicht (gültig) abgegebene Stimmen für die Parteien zu Sitzgewinnen führen. Die Bezeichnung als Effekt des „inversen Erfolgswertes“ beschreibt das Paradoxon somit am genauesten. Da das BVerfG in seinem Urteil v. 3. Juli 2008 jedoch ausdrücklich als „negatives Stimmgewicht“ bezeichnet hat und ihn dabei in seinen beiden Richtungen meinte, soll hieran auch im vorliegenden Gutachten festgehalten werden.

⁴ So BVerfG, Urteil v. 3. Juli 2008 – Az: 2 BvC 1/07, 2 BvC 7/07, U.A., S. 44.

⁵ BVerfG, Urteil v. 3. Juli 2008 – Az: 2 BvC 1/07, 2 BvC 7/07, U.A., S. 45.

Das BVerfG hat als Lösungsmöglichkeit insbesondere und ausdrücklich eine Neuregelung in Betracht gezogen, die

1. bei der Entstehung von Überhangmandaten oder
2. bei der Verrechnung von Direktmandaten mit den Zweitstimmenmandaten oder auch
3. bei der Möglichkeit von Listenverbindungen ansetzt.⁶

Nicht ausgeschlossen, sondern entgegen mancher Literaturstimme⁷ ausdrücklich zugelassen hat das BVerfG darüber hinaus auch die Einführung eines reinen Mehrheits-⁸ oder eines reinen Verhältniswahlsystems⁹; auch hat es die Wahl des Deutschen Bundestages nach dem Grabenwahlssystem¹⁰ für verfassungsrechtlich zulässig erachtet. Es hat dem Gesetzgeber eine Frist zur Änderung des BWahlG bis 30. Juni 2011 eingeräumt.

In Ausführung des gerichtlichen Regelungsauftrags liegen derzeit vier Gesetzentwürfe vor, deren (verfassungs)rechtliche Bewertung diese Stellungnahme dient.

2. Begriffsklärungen

Angesichts der Komplexität des bundesdeutschen Wahlrechts und der durch das negative Stimmgewicht ausgelösten Probleme erscheinen zunächst einige begriffliche und inhaltliche Vorklärungen erforderlich.

a) Negatives Stimmgewicht

Das BVerfG kennzeichnet in seiner Entscheidung zur Verfassungswidrigkeit der Mandatszuteilung nach § 7 Abs. 3 S. 2 i.V.m. § 6 Abs. 4 und 5 BWahlG das negative Stimmgewicht (NSG) wie folgt: das genannte Verfahren der Mandatszuteilung könne dazu „führen und bewirken, dass der Gewinn von Zweitstimmen einer Partei zu einem Mandatsverlust bei genau dieser Partei führt“.¹¹ Genau damit ist das NSG beschrieben. Die Unterscheidung zwischen dem gerade definierten sog. absoluten und einem sog. relativen NSG – damit ist eine mit NSG bewirkte Verzerrung im proportionalen Verhältnis der Parteien zueinander gemeint – ist mithin keine aus dem verfassungsgerichtlichen Urteil deduzierbare

⁶ BVerfG, Urteil v. 3. Juli 2008 – Az: 2 BvC 1/07, 2 BvC 7/07, U.A., S. 45 f.

⁷ Vgl. Meyer in HStR II § 45 Rn. 31 ff. m.w.N.

⁸ BVerfG, Urteil v. 3. Juli 2008 – Az: 2 BvC 1/07, 2 BvC 7/07, U.A., S. 28.

⁹ Nachweis in Fn. 8.

¹⁰ BVerfG, Urteil v. 3. Juli 2008 – Az: 2 BvC 1/07, 2 BvC 7/07, U.A., S. 28. Beim Grabensystem würde die Hälfte der Bundestagssitze direkt und die andere Hälfte nach Listen vergeben.

¹¹ BVerfG, Urteil v. 3. Juli 2008 – Az: 2 BvC 1/07, 2 BvC 7/07, U.A., S. 9.

Differenzierung. Nur das sog. absolute NSG ist Gegenstand der bundesverfassungsgerichtlichen Definition und nur auf dasjenige bezieht sich der Regelungsauftrag.

b) Externe und interne Überhangmandate

Überhangmandate (ÜM) sind vom BVerfG – entgegen anderslautender Behauptungen – nicht für verfassungswidrig erklärt worden. Die Entscheidung vom 3. Juli 2008 betrifft allein das sog. NSG. Ein gewisser Zusammenhang besteht insoweit, als NSG – jedenfalls im gegenwärtigen Bundeswahlssystem – zwar an die Existenz von ÜM gebunden sind. Nicht zutreffend ist aber die umgekehrte Aussage, dass ÜM immer zu NSG führten. Anders ausgedrückt: Das Verdikt der Verfassungswidrigkeit und damit auch der durch die Entscheidung ausgelöste Regelungsauftrag an den Gesetzgeber erfasst allein den Effekt des NSG. Weil das Verfahren der Mandatzuteilung zweistufig – getrennt in Ober- und Unterverteilung – verläuft, müssen in der verfassungsrechtlichen Debatte externe und interne ÜM unterschieden werden.

Externe ÜM entstehen, wenn eine Partei bezogen auf das gesamte Bundesgebiet mehr Direktmandate erringt als ihr Mandatssitze nach dem Ergebnis der Zweitstimmen zustehen würden. Interne ÜM entstehen, wenn bezogen auf ein bestimmtes Bundesland eine Partei mehr Direktmandate erringt als ihr nach dem Ergebnis der Zweitstimmenberechnung zustünden.

Interne ÜM stellen eine Folge der Aufstellung unterschiedlicher Landeslisten der Parteien dar. Sie können in der Verbindung mit der Listenverbindung nach § 7 BWahlG und der damit bewirkten Wanderbewegungen von Stimmengewinnen bzw. –verlusten zu NSG führen. Wie schon erwähnt wurde, sind NSG nicht notwendig mit ÜM verbunden, sie können auftreten, indes nur bei sog. internen ÜM auftreten.

c) Ausgleichsmandate

Unter Ausgleichsmandaten versteht man solche Mandate, die eine Partei dann erhält, wenn eine andere Partei ÜM erzielt hat. Sie sollen dabei dazu dienen, Proporzverwerfungen, wie sie durch ÜM ausgelöst werden können, zu korrigieren.

III. Problemkontext und verfassungsrechtliche Vorgaben

Bevor im Folgenden die verfassungsrechtlichen Vorgaben benannt werden, die bei einer Änderung des Bundeswahlrechts zu beachten sind, erscheinen einige Anmerkungen zum Problemkontext, in dem sog. NSG stehen, geboten, weil damit die Reformoptionen sicherer ausgelotet werden können. Zunächst wird kurz auf das geltende Wahlsystem eingegangen und dann die Entstehungsvoraussetzungen NSG erläutert.

1. Überblick über das Wahlsystem

Das bei Bundestagswahlen angewandte Wahlsystem wird üblicherweise mit dem Begriff personalisierte Verhältniswahl umschrieben. Es lässt sich wie folgt skizzieren. Jeder Wähler besitzt 2 Stimmen (§ 4 BWahlG). Mit der Erststimme entscheidet der Wähler über die personelle Zusammensetzung des Parlaments, die Zweitstimme ist für die Kräfteverhältnisse im Parlament entscheidend. Entgegen des vielfach beklagten, anderes suggerierenden, Wortlauts kommt damit nicht der Erst-, sondern der Zweitstimme entscheidende Bedeutung zu. Die derzeit 598 Mandate des Deutschen Bundestages werden nämlich im Verhältnis der (Zweit-)Stimmen verteilt, die für die jeweilige Listenverbindungen der zur Wahl angetretenen Parteien abgegeben wurden. Wegen der vorgeschalteten Personenwahl erfolgt die endgültige Sitzzuteilung allerdings in mehreren Schritten. 299 Mandate werden in Einerwahlkreisen nach relativer Mehrheitswahl direkt vergeben (§ 1 Abs. 2 BWahlG). Die restlichen Mandate werden über die Landeslisten der Parteien (§ 1 Abs. 2 BWahlG) in zwei nacheinander durchzuführenden Rechenoperationen zugeteilt. Zunächst werden aus den Zweitstimmenergebnissen jeder Partei auf Bundesebene die ihr zustehenden Sitzzahlen berechnet (§ 6 Abs. 1 und Abs. 2 BWahlG, sog. Oberverteilung). In einem zweiten Schritt wird die so errechnete Gesamtzahl der Sitze für jede Partei getrennt auf die einzelnen Landeslisten der Partei verteilt (§ 7 Abs. 3 i.V.m. § 6 Abs. 2 BWahlG, sog. Unterverteilung).

Hat eine Partei im jeweiligen Bundesland Direktmandate errungen, werden diese auf die der Landesliste zustehenden Sitzzahl angerechnet (§ 6 Abs. 4 S. 1 BWahlG). Der Rest der Mandate wird mit den Listenbewerbern gemäß ihrer Reihenfolge auf der Liste aufgefüllt (§ 6 Abs. 4 S. 2 BWahlG), wobei Bewerber, die bereits ein Direktmandat errungen haben und zudem auf der entsprechenden Landesliste stehen bei dieser Verrechnung unberücksichtigt bleiben (§ 6 Abs. 4 S. 3 BWahlG).

In wahlssystemischer Perspektive hat sich der (einfache) Wahlgesetzgeber für eine Kombination von Mehrheits- und Verhältniswahl entschieden. Grundlage der mit der

Erststimme verfolgten Personenauswahl ist das Mehrheitsprinzip. Nach § 5 Abs. 1 S. BWahlG ist in den Wahlkreisen gewählt, wer die meisten Stimmen auf sich vereinigt.¹²

Die auf eine Listenverbindung entfallenden Sitze werden nach den Grundsätzen der Verhältniswahl verteilt. Dessen Prinzip ist, dass sich das Stimmverhältnis des Wahlergebnisses in der Sitzverteilung im Parlament widerspiegelt. Trotz der Entscheidung für ein Mischsystem trägt die Bundestagswahl wegen der entscheidenden Bedeutung der Zweitstimme grundsätzlich den Charakter einer Verhältniswahl. Allerdings sind ungeachtet dieser systematischen Grundentscheidung Konstellationen denkbar, in denen nicht ausschließlich die Zweitstimmen die parlamentarischen Kräfteverhältnisse bestimmen. Ursache hierfür ist, dass in bestimmten Fällen die beschriebene Anrechnung der Direktmandate strukturell nicht möglich ist. Dazu gehören – für die vorliegende Fragestellung von besonderer Bedeutung – zum einen die sog. Überhangmandate und zum anderen Fälle der Wahl parteiloser Direktkandidaten sowie die Wahl von Parteibewerbern, deren Listenverbindung nicht in den Bundestag gewählt wird.

2. Entstehungsvoraussetzungen negativer Stimmgewichte

NSG entstehen aufgrund der spezifischen Regelungen des Bundeswahlgesetzes, nach denen die Verteilung der Listenmandate in einem zweistufigen Verfahren zunächst auf die Parteien (Oberverteilung, § 6 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 7 Abs. 2 BWG) und dann auf die verbundenen Landeslisten derselben Partei (Unterverteilung, § 6 Abs. 2 i.V.m. § 7 Abs. 3 BWG) erfolgt. Die auf den genannten Vorschriften beruhende Berechnung der Mandatzuteilung kann zu der Paradoxie des negativen Stimmgewichts führen und bewirken, dass der Gewinn von Zweitstimmen einer Partei zu einem Mandatsverlust bei genau dieser Partei führt¹³. Stehen nämlich der Zahl der gewählten Wahlkreisbewerber einer Partei in einem Land nur ebenso viele oder weniger nach Zweitstimmen auf die Landesliste (unter)verteilte Sitze gegenüber, dann kann es für die Partei günstiger sein, weniger Zweitstimmen in einem Land zu erhalten, wenn dadurch die Sitzzahl in der bundesweiten Oberverteilung zwischen den verschiedenen Parteien nicht beeinflusst wird. Einfluss hat die niedrigere Stimmzahl dann allein auf die Unterverteilung der Sitze auf die einzelnen Landeslisten der betroffenen Partei. Denn eine

¹² Umgesetzt wird das Mehrheitswahlrecht durch die Unterteilung des Wahlgebiets in Wahlkreise. Diese Unterteilung in annähernd gleich große Wahlkreise hat für das Mehrheitswahlrecht eine herausragende Bedeutung.

¹³ Zu den Entstehungsvoraussetzungen und zur Beschreibung inverser Erfolgswerte vgl. BVerfG, Urteil v. 3. Juli 2008 – Az: 2 BvC 1/07, 2 BvC 7/07, U.A., S. 10 f.

niedrigere Anzahl an Zweitstimmen kann bei der Unterverteilung dazu führen, dass eine andere Landesliste vorrangig zum Zuge kommt.

Büßt die Partei in dem Land, in dem sie ein Überhangmandat gewonnen hat, ein Listenmandat in der Unterverteilung ein, so erleidet sie dadurch keinen Nachteil, weil ihre Liste ohnehin nicht zum Zuge kommt und sie die ihr zustehenden Wahlkreismandate nicht verlieren kann. Eine andere Landesliste der Partei erhält hingegen einen Sitz mehr. Damit gewinnt die betroffene Partei bundesweit durch den geringeren Stimmenanteil einen Sitz hinzu.

Auch umgekehrt ist dieser Effekt denkbar. Eine Partei kann durch mehr Zweitstimmen ein Überhangmandat verlieren und somit in der Gesamtmandatszahl schlechter stehen.

3. Der Zusammenhang zwischen Überhangmandaten und negativen Stimmgewichten

Die oben beschriebene Anrechnung der Direktmandate auf die einer Partei nach Proporz eigentlich zustehende Anzahl von Mandaten kann aus strukturellen Gründen ausgeschlossen sein. Kann eine Partei in einem Land mehr direkt gewählte Abgeordnete in den Bundestag entsenden als der Partei nach ihrem Zweitstimmenergebnis eigentlich zustehen, entstehen sog. Überhangmandate. Nach § 6 Abs. 5 BWahlG werden ihr diese „überhängenden“ Mandate belassen und erhöhen die reguläre Sitzzahl im Bundestag (§ 6 Abs. 5 BWahlG). Man spricht hierbei auch von sog. „internen Überhangmandaten“. Weil die Zuteilung der Mandate zweistufig zunächst durch die Verteilung der Listenmandate auf die Parteien und dann auf die verbundenen Landeslisten erfolgt, besteht zwischen Überhangmandaten und inversen Erfolgswerten zwar ein Konnex, Überhangmandate können zwar, müssen aber nicht zu inversen Erfolgswerten führen. Sie sind für diese eine notwendige, aber keine hinreichende Bedingung. Das lässt sich nicht zuletzt in der auch begrifflichen Unterscheidung zu den sog. „externen“ Überhangmandaten verdeutlichen.

Sog. „externe Überhangmandate“ entstehen – wie bereits erwähnt – nur im gesamten Bundesgebiet, wenn die Gesamtzahl der Direktmandate einer Partei die Zahl der ihr nach Zweitstimmen zustehenden Sitze übersteigt. Externe Überhangmandate sind bisher nur bei der Bundestagswahl 2009 aufgetreten. Hier hat die CSU insgesamt 45 Direktmandate erzielt, obwohl ihr nach Zweitstimmen lediglich 42 Listenmandate zugestanden hätten.

Die Unterscheidung zwischen externen und internen Überhangmandaten ist für das Folgende deshalb so wichtig, weil der Effekt des negativen Stimmgewichts allein bei den internen Überhangmandaten auftreten kann, und bei diesen auch nur bei deren derzeitiger

Ausgestaltung im BWahlG, genauer des Zusammenspiels zwischen § 7 Abs. 3 Satz 2 in Verbindung mit § 6 Abs. 4 und 5 BWG.

a) Kein Auftreten des Effektes des negativen Stimmgewichts bei „externen Überhangmandaten“

Hat eine Partei in jedem Bundesland mindestens genau so viele Direkt- wie Listenmandate erzielt (oder im Falle der Regionalpartei CSU: hat eine Partei, die nur in einem Bundesland zur Bundestagswahl antritt, mindestens so viele Direkt- wie Listenmandate erzielt), verbleiben ihr diese Direktmandate in jedem Fall. Erringt diese Partei nun über die ihr insgesamt zustehenden Listenmandate weitere Direktmandate, entsteht ein externer Überhang. Nimmt man jetzt an, diese Partei würde einer beliebigen Zahl von *Zweitstimmen verlustig* gehen, würde sich zwar die Zahl der ihr nach dem oben beschriebenen Verfahren zuzuteilenden Listenmandate entsprechend – evtl. sogar auf Null¹⁴ – reduzieren. An den in den Wahlkreisen durch Erststimmen gewonnenen Direktmandaten würde sich dagegen keine Veränderung ergeben, da diese Sitze der Partei gemäß § 6 Abs. 5 S. 1 BWahlG erhalten bleiben, auch wenn sie die Zahl der ihr nach § 6 Abs. 2 und 3 BWahlG zustehenden Listenmandate übersteigen. Die Zahl der im Bundestag zu vergebenden Sitze erhöht sich einfach um diese Unterschiedszahl (§ 6 Abs. 5 S. 2 HS. 1 BWahlG), ohne dass eine erneute Oberverteilung stattfindet (§ 6 Abs. 5 S. 2 HS. 2 BWahlG). Bei einer Reduzierung der Zweitstimmen kann sich die Zahl der an die Partei zu vergebenden Sitze im Bundestag somit nie erhöhen, was ansonsten einen inversen Effekt dieser nunmehr nicht vergebenen Stimmen bedeutet hätte. Die Sitzzahl dieser Partei stagniert vielmehr auf der Zahl der errungenen Direktmandate.

Nimmt man dagegen an, diese Partei würde *zusätzliche Zweitstimmen* gewonnen haben, würden ihr in der Oberverteilung auch mehr Listenmandate zugeteilt werden. Am Beispiel CSU 2009 würde das so aussehen, dass sich an ihrer Sitzzahl zunächst keine Veränderung ergibt, solange sie nicht mehr als drei zusätzlichen Listenmandaten entsprechenden Zweitstimmen erlangte. Erst ab dem vierten zusätzlichen Listenmandat würde ein Anspruch der CSU auf einen zusätzlichen Sitz im Bundestag entstehen (dann insgesamt 46 Sitze). Auch bei einer Erhöhung des Zweitstimmenergebnisses der CSU würden sich die zusätzlich errungenen Zweitstimmen somit entweder neutral oder lediglich positiv auf die Sitzzahl der CSU im Bundestag auswirken, sie würden in keinem Fall jedoch negativ wirken.

¹⁴ Die 5%-Hürde des § 6 Abs. 6 S. 1 BWahlG hätte keine negativen Auswirkungen, da Direktmandate unabhängig von dieser Sperrklausel in den Bundestag einziehen.

Da im Urteil des BVerfG vom 3. Juli 2008 ausschließlich das Auftreten des Effektes des umgekehrten Erfolgswertes von Zweitstimmen für nicht vereinbar mit dem Grundsatz der Gleichheit und Unmittelbarkeit der Wahl zum Deutschen Bundestag (Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG) erklärt wurde, kann das Auftreten von externen Überhangmandaten bei einer Neuregelung des Wahlrechts im Grunde unberücksichtigt bleiben. Es ist jedoch im Weiteren zu bedenken, ob und wie die in anderen Entscheidungen des BVerfG gemachten Vorgaben zu Überhangmandaten, wie z.B. die allgemeine Grenze für die Zulässigkeit von Überhangmandaten¹⁵ und die Problematik des doppelten Stimmgewichts, bei der Neuregelung des Bundeswahlgesetzes zu berücksichtigen sind.

b) „Interne Überhangmandate“ und negative Stimmgewichte

Bei den sog. „internen Überhangmandaten“ kann der Effekt des umgekehrten Erfolgswertes von Zweitstimmen dagegen auftreten, jedenfalls in der derzeitigen Ausgestaltung der Regelungen im Bundeswahlgesetzes. Dieser paradoxe Effekt kann hier entstehen, wenn eine Landesliste einer Partei Zweitstimmenverluste in einer Größe erleidet, die noch nicht zu einer Änderung der Sitzzahlen der Partei auf Bundesebene (Oberverteilung) führt. Im Rahmen der Unterverteilung kann es dann – unabhängig vom angewandten Sitzzuteilungsverfahren¹⁶ – zu einem „Wandern“ des letzten zugeteilten Sitzes kommen. Eine andere Landesliste der Partei kann so ein Listenmandat mehr zugeteilt bekommen. Hat jedoch die abgebende Landesliste der Partei ausreichend Erststimmen errungen, dass der Verlust an Zweitstimmen sich wegen der Garantie der Direktmandate nicht nachteilig auf sie auswirkt – wenn es also zu (intern) „überhängenden“ Mandaten kommt –, so geht dieser Landesliste real kein Mandat verloren. Auf Bundesebene hat die Partei damit ein Mandat hinzugewonnen, obwohl sie tatsächlich Zweitstimmen eingebüßt hat. Die zuvor für diese Partei abgegebenen und nunmehr verlustig gegangenen Zweitstimmen haben sich also ursprünglich negativ für diese Partei ausgewirkt.

Umgekehrt ist es möglich, dass ein Zugewinn von Zweitstimmen einer Landesliste zu einem Verlust eines Listenmandats einer anderen Landesliste führen kann, nämlich dann, wenn die abgebende Landesliste weniger Direktmandate als Listenmandate und die gewinnende Landesliste mehr Direktmandate als Listenmandate errungen hat.

¹⁵ BVerfGE 95, 335 ff.

¹⁶ Siehe hierzu die umfassende Übersicht der gängigen Sitzzuteilungsverfahren bei Daniel Lübbert, Infobrief des Wissenschaftlichen Dienstes des Deutschen Bundestages, „Sitzzuteilungsverfahren-wahlmathematische Systematik und Stand der Diskussion. Alternativen und ihre Bedeutung für die anstehende Reform des Bundestags-Wahlrechts“, WD 8 – 097/09, 2009, Link: <http://www.bundestag.de/dokumente/analysen/2009/Sitzzuteilungsverfahren.pdf>.

Der breiten Öffentlichkeit ist dieses Paradoxon erst anlässlich der Nachwahl zum 16. Deutschen Bundestag 2005 im Wahlkreis 160 (Dresden I), die wegen des Versterbens der Direktkandidatin der NPD elf Tage vor der Wahl erforderlich wurde, in Erscheinung getreten.¹⁷

4. Der verfassungsrechtliche Maßstab bei Wahlrechtsänderungen

Den bei Wahlrechtsänderungen zur Geltung zu bringenden verfassungsrechtlichen Maßstab habe ich in meiner zur Anhörung im Mai 2009 vorgelegten Stellungnahme (vgl. Innenausschuss A-Drs. 16[4]592 F) erläutert, auf die ich zur Vermeidung von Wiederholungen verweisen darf. Insoweit soll eine kurze Zusammenfassung genügen: Selbstverständlich ist der Gesetzgeber bei jeder Änderung des Wahlrechts an die verfassungsrechtlich in Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG verankerten Wahlrechtsgrundsätze gebunden. Aber, zugleich ist zu betonen, dass das Wahlrecht ein Stück materiellen Verfassungsrechts darstellt, das Wahlrecht in der Verfassungsurkunde also nicht ausführlich oder abschließend kodifiziert ist. Das Grundgesetz beschränkt sich in Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG auf die Anordnung ganz grundsätzlicher und gleichsam allgemein gültiger demokratischer Wahlrechtsgrundlagen und legt in Art. 38 Abs. 3 GG die Ausgestaltung des Wahlrechts und das heißt vor allem auch die Festlegung eines bestimmten Wahlsystems in die Hände des einfachen Gesetzgebers. Das ist deshalb wichtig zu betonen, weil namentlich die an sich einfachrechtlich getroffene Entscheidung für ein Wahlsystem als ein Stück „materiellen“ Verfassungsrechts zwar außerhalb der Verfassungsurkunde angesiedelt, aber gleichwohl von fundamentaler Bedeutung ist¹⁸. Insoweit ist vor allem bedeutsam, dass sich der Gesetzgeber in verfassungsrechtlich zulässiger Weise für ein Mischsystem entschieden hat, was auch für die

¹⁷ Da die Stimmresultate in den übrigen 298 Bundestagswahlkreisen zum Zeitpunkt des Nachwahlkampfes bereits feststanden, war schon vor der Nachwahl am 2. Oktober 2005 im Wahlkreis Dresden I absehbar, dass sich der in Anwendung des Bundeswahlgesetzes ergebende Effekt des inversen Erfolgswertes zu Ungunsten der CDU auswirken konnte: Hätte die CDU im Wahlkreis Dresden I mindestens 41.226 Zweitstimmen bekommen, hätte sie insgesamt einen Sitz im Bundestag verloren. Durch einen gezielt auf die Vermeidung dieses Effekts ausgerichteten Wahlkampf gelang es der CDU jedoch, ihr Ergebnis von 2002 (49.385 Zweitstimmen; 30,45 %) auf 38.202 Zweitstimmen (24,4 %) zu „verschlechtern“ und damit einen Sitzverlust zu vermeiden. Die FDP konnte ihr Ergebnis von 2002 im Wahlkreis Dresden I (11.419 Zweitstimmen; 7,04 %) dagegen mehr als verdoppeln und erreichte sensationelle 26.034 Zweitstimmen (16,63 %) vgl. zum Ganzen http://www.dresden.de/media/pdf/wahlen/Bundestagswahl_2002_-_Ergebnisse_in_Dresden.pdf.

¹⁸ Zur Qualifikation des Wahlrechts als materiellen Verfassungsrecht etwa, dogmatische Aufbereitung bei H.A. Wolff, *Ungeschriebenes Verfassungsrecht unter dem Grundgesetz*, 2000, S. 270.

Auslegung der Wahlrechtsgrundsätze in Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG – namentlich für den Grundsatz der Wahlrechtsgleichheit – Bedeutung erlangt.¹⁹

Dabei muss der Gesetzgeber zwar, wenn er sich für ein Wahlsystem mit mehrheits- und verhältniswahlrechtlichen Elementen entscheidet, zunächst für eine systemkonforme Ausgestaltung innerhalb jedes Abschnitts Sorge tragen. Die prinzipielle Zulässigkeit der Kombination von Verhältnis- und Mehrheitswahl bedingt aber zugleich, dass die Strukturprinzipien beider Systeme zur Geltung gebracht werden dürfen. Friktionen zwischen beiden Teilsystemen sind – im Verfassungsrecht ein gängiges Abwägungsinstrument – durch Konkordanzabwägungen zu bereinigen, d.h. jedes Teilwahlsystem ist soweit als möglich zur Geltung zu bringen und soweit als notwendig einzuschränken. Das schließt einseitige Lösungen, bei denen systemprägende Elemente des je anderen Systems vollständig ausgeschlossen werden, aus. Diese Konkordanzabwägungen dürften auch den Maßstab für die Grenzziehungen von Wahlrechtsgleichheitsbeeinträchtigungen in Mischsystemen darstellen, die das Bundesverfassungsgericht in seiner Rechtsprechung entwickelt hat:

1. Danach sind Durchbrechungen durchaus möglich (Strukturprinzip des mehrheitswahlrechtlichen Teilsystems), bedürfen aber eines zwingenden Grundes (Schutz des Strukturprinzips des verhältniswahlrechtlichen Teilsystems).
2. Durchbrechungen dürfen nicht weiter gehen als es notwendig ist, um das je andere Strukturprinzip zu erhalten, dürfen aber so weit gehen, wie es die Existenz und Ausgestaltung des je anderen Teilsystems erfordern. Das BVerfG hat in der Entscheidung zu den negativen Stimmgewichten zur Feinjustierung der Abwägung einen an die Verhältnismäßigkeitsprüfung angelehnten Maßstab zur Geltung gebracht.

Zwingende Gründe, die eine Beeinträchtigung der Wahlrechtsgleichheit rechtfertigen können, brauchen nicht mit dem Gewicht versehen zu sein, das – in der freiheitsrechtlichen Terminologie – Eingriffe in vorbehaltlos gewährte Grundrechte rechtfertigen kann.²⁰ In Rede stehende wahlrechtliche Differenzierungen müssen sich nicht von Verfassung wegen als zwangsläufig oder notwendig darstellen, es reicht – so die ausdrückliche Formulierung im Urteil zu den inversen Erfolgswerten –, dass sie durch die Verfassung legitimiert und von

¹⁹ Das hat das BVerfG auch in der Entscheidung zum NSG betont, unterschiedliche Ausgestaltung der Wahlrechtsgleichheit in den unterschiedlichen Wahlrechtssystemen, vgl. BVerfG, Urteil v. 3. Juli 2008 – Az: 2 BvC 1/07, 2 BvC 7/07, U.A., S. 28 f.

²⁰ Dort muss eine Einschränkung auf den Schutz verfassungsmäßiger Gegenrechte gegründet sein.

einem Gewicht sind, das der Wahlgleichheit die Waage halten kann.²¹ Das Gericht führt in diesem Kontext etwa die Sicherung der Wahl als eines Integrationsvorgangs bei der politischen Willensbildung des Volkes und die Gewährleistung der Funktionsfähigkeit der zu wählenden Volksvertretung an, an anderer Stelle werden auch föderale Belange genannt.²² Gerade deren Bedeutung für die Ausgestaltung des Wahlrechts erkennt das Gericht durchaus an, lässt freilich im konkreten Fall das Pendel zuungunsten föderaler Aspekte ausschlagen und sieht sie nicht als geeignet an, Wahlgleichheitsbeeinträchtigungen, wie sie mit den inversen Erfolgswerten einhergehen, dem Verdikt der Verfassungswidrigkeit zu entziehen. Föderale Aspekte können damit negative Stimmgewichte nicht rechtfertigen, sie können aber bei anderen Beeinträchtigungen der Wahlrechtsgleichheit sehr wohl in Ansatz gebracht werden.²³

Damit ist der Maßstab benannt, anhand dessen die vorgelegten Entwürfe einer verfassungsrechtlichen Bewertung unterzogen werden sollen.

IV. Die unterschiedlichen Lösungsansätze

1. Vorschlag Bündnis 90/Grüne (BT-Drucks. 17/4694)

a) Ausgestaltung

Der Gesetzentwurf der Fraktion Bündnis 90/Grüne setzt bei der Bekämpfung des NSG an einer möglichen – nicht notwendigen – Bedingung, der Entstehung von ÜM an. Dabei wird entsprechend der o.a. Unterteilung zwischen externen und internen ÜM unterschieden.

aa) Externe ÜM

Sog. externe ÜM, bei denen überhaupt kein NSG entstehen kann, sollen nicht mehr zugeteilt werden, § 7 Abs. 6 S. 6 des Entwurfs.²⁴

²¹ BVerfG, Urteil v. 3. Juli 2008 – Az: 2 BvC 1/07, 2 BvC 7/07, U.A., S. 29.

²² BVerfG, Urteil v. 3. Juli 2008 – Az: 2 BvC 1/07, 2 BvC 7/07, U.A., S. 34.

²³ Der Sache nach wendet das Gericht im Rahmen der gebotenen Abwägung sodann einen an die Verhältnismäßigkeitsprüfung angelegten Prüfungsmaßstab an und untersucht, ob in wahlgleichheitsrechtlicher Perspektive differenzierende gesetzliche Regelungen zur Verfolgung ihrer Ziele geeignet und erforderlich sind (BVerfG, Urteil v. 3. Juli 2008 – Az: 2 BvC 1/07, 2 BvC 7/07, U.A., S. 30.). Die Verfassung erfordert über die Wahlrechtsgrundsätze des Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG mithin keine vollkommen spannungsfreie, etwa die Wahlrechtsgleichheit nicht beeinträchtigende Umsetzung und einfachrechtliche Ausgestaltung. Die Grenze zulässiger Differenzierungen ist erst überschritten, wenn der Gesetzgeber dabei gegen grundsätzliche Diskriminierungsverbote verstieße und/oder die gesetzlichen Bestimmungen sich jenseits dessen als ungeeignet oder nicht erforderlich darstellten (ebda.).

²⁴ Vgl. BT-Drucks. 17/4694, S. 2.

bb) Interne ÜM

Die sog. Unterverteilung, also die Zuteilung der Sitze an die Landeslisten der Parteien wird im Entwurf in § 7a einer eigenen Regelung zugeführt. Die Lösung des Problems interner ÜM wird dabei § 7a Abs. 7 überantwortet. Aufgrund der Vorschrift kommt es zu einer Verrechnung der in einem Land entstehenden ÜM mit Listenmandaten anderer Landeslisten.

b) Verfassungsrechtliche Bewertung und Problemfelder

Der Lösungsvorschlag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen ist unter zwei Aspekte positiv zu beurteilen. Zum einen beseitigt er NSG, zum anderen bewirkt er – im Unterschied zu anderen noch zu diskutierenden Entwürfen – keine Veränderung der gesetzlichen Mitgliederzahl des Deutschen Bundestages oder ein allseits unerwünschtes deutliches Anwachsen der Sitzzahl des Parlaments.

Dem Entwurf stehen aber andererseits verfassungsrechtliche und –politische Bedenken gegenüber. Erstere betreffen vor allem den Weg, den der Gesetzentwurf zur „Bereinigung“ externer ÜM wählt. Die insoweit vorgesehene Streichung eines von einem Direktkandidaten erzielten Mandats ist aus meiner Sicht verfassungsrechtlich nicht haltbar. Oben wurde betont, dass das Wahlrecht ein Stück materiellen Verfassungsrechts darstellt, was auch für die gesetzgeberische Entscheidung zugunsten des personalisierten Verhältniswahlsystems Bedeutung hat.²⁵ Der Entwurf verstößt gegen die Systementscheidung personalisierte Verhältniswahl. Was auch immer diese Systementscheidung mit welcher Reichweite bedeutet, sie bedeutet jedenfalls nicht, dass ein zugeteiltes Mandat wieder entzogen werden darf. Denn nach § 5 S. 2 BWahlG ist in einem Wahlkreis derjenige Bewerber gewählt, der die meisten Stimmen auf sich vereinigt hat. Wird einem derart Gewählten anschließend das Mandat entzogen, weil externe ÜM angefallen sind, ist dies aus meiner Sicht nicht zu rechtfertigen. Bei diesem Modell ist nicht – wie das BVerfG formuliert hat – der Effekt des NSG widersinnig und willkürlich²⁶, sondern die angebotene Lösung. Darüber kann auch die Regelung in § 5 S. 1 des Entwurfs²⁷ nicht hinwegtäuschen.

²⁵ Der Begriff personalisierte Verhältniswahl wird hier beibehalten, weil er sich trotz der Tatsache, dass § 1 Abs. 1 S. 2 BWahlG von einer nach den Grundsätzen einer mit der Personenwahl verbundenen Verhältniswahl spricht, eingebürgert hat und im Übrigen auch nichts von der gesetzlichen Formulierung abweichendes suggeriert.

²⁶ BVerfG, Urteil v. 3. Juli 2008 – Az: 2 BvC 1/07, 2 BvC 7/07, U.A., S. 31.

²⁷ BT-Drucks. 17/4694, S. 2.

Verfassungsrechtlicher Kritik kann die im Entwurf beabsichtigte Streichung gewonnener Direktmandate auch nicht unter Berufung auf eine Entscheidung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs aus dem Jahre 1954 entzogen werden. Zwar hatte der Verfassungsgerichtshof in der Tat eine dem Entwurf vergleichbare Regelung des bayerischen Landeswahlgesetzes nicht als verfassungswidrig angesehen, übrigens trotz seinerzeit existierender ÜM auch keinesfalls als verfassungsrechtlich geboten, doch war und ist das bayerische Wahlsystem von einigen Besonderheiten (etwa kann der Wähler mit der Zweitstimme einen Bewerber auf der Liste einer Partei direkt ankreuzen, auch werden bei der Ermittlung der Sitzverteilung auf die Parteien die Erst- und Zweitstimme zusammengezählt), gekennzeichnet, die einer unbesehene Übernahme der Entscheidung oder der darin angestellten Erwägungen schon aus diesem Grund nicht ratsam erscheinen lassen. Auch mutet es befremdlich an, bei Regelungen vermittelt derer Durchbrechungen des Grundsatzes der Wahlrechtsgleichheit beseitigt werden sollen, ausgerechnet auf eine Verfassungslage zu rekurrieren, nach der etwa eine 10%ige Sperrklausel galt, die nach heutiger wohl allgemeiner Auffassung verfassungsrechtlich vor dem Grundsatz der Wahlrechtsgleichheit keinen Bestand haben könnte. Zudem hat der Bayerische Verfassungsgerichtshof gerade die Regelungen zur personalisierten Verhältniswahl als eine „Verbesserung“ i.S.v. Art. 14 BV²⁸ des „reinen“ Verhältniswahlrechts angesehen und in einer wenige Jahre zuvor ergangenen Entscheidung betont, dass jene Verbesserung gerade darin liege, dass mit dem Mischsystem der personalisierten Verhältniswahl über die Hereinnahme von Elementen des Mehrheitswahlrechts jeder Stimmkreis im Landtag repräsentiert werde.²⁹ Es ist deshalb nachdrücklich darauf hinzuweisen, dass das geltende Bundeswahlrecht zwar den Grundcharakter einer Verhältniswahl trägt, dass aber gerade das personale Element nicht ohne zwingenden Grund derogiert werden darf. Einer solchen Derogation hat namentlich der Bayerische Verfassungsgerichtshof nicht das Wort geredet, der – das sei noch einmal erwähnt – die Streichungsregelung keinesfalls als verfassungsrechtlich gebotenen angesehen hat.

Dass die intendierte Streichung direkt gewonnener Mandate verfassungsrechtliche Probleme aufwirft, klingt im Entwurf an. Auf S. 6 wird nämlich eingeräumt, dass besondere Probleme etwa dann entstehen, wenn die vorgeschlagene Regelung dazu führt, dass ein bestimmter Wahlkreis dann überhaupt nicht mehr vertreten ist. Und auch wenn manche Wahlrechtler entschiedene Gegner des Mehrheitsprinzips bei einer Wahl sind: Dass die Regelung dazu

²⁸ Der Topos verbessertes Verhältniswahlrecht i.S.v. Art. 14 BV ist im Sinne einer Modifikation zu verstehen, die wohl nur aus sprachlichen Gründen eingedeutscht werden sollte, vgl. BayVerfGH VerfGHE 7, 99 Rn. 24.

²⁹ Vgl. dazu BayVerfGH VerfGE 7, 99 Rn. 24.

führen kann, dass in einem Wahlkreis der Sieger infolge der Regelung in § 6 Abs. 7 des Entwurfs das errungene Mandat verliert und der unterlegene Bewerber stattdessen in den Bundestag einzieht („Verlierer in Berlin, Sieger nicht“), dürfte aus meiner Sicht dem Wähler auch dann nur schwer vermittelbar sein, wenn man den Verhältniswahlcharakter des geltenden Wahlrechts betont.

Diskussionswürdig scheint mir auch, welche Bedeutung in diesem Zusammenhang dem Grundsatz der Unmittelbarkeit der Wahl zukommt, den das BVerfG in seiner Entscheidung zum NSG so besonders betont und um einen Transparenzaspekt angereichert hat. Das Gericht hat dort dem verfassungsrechtlichen Wahlrechtsgrundsatz der Unmittelbarkeit auch die Forderung nach Transparenz in dem Sinne entnommen, dass der Wähler vor dem Wahlakt erkennen können müsse, welche Personen sich um ein Abgeordnetenmandat bewerben und wie sich die eigene Stimmenabgabe auf Erfolg oder Misserfolg des Wahlbewerbers auswirken kann³⁰; jede Stimme muss – so das Gericht weiter – bestimmten oder bestimmbar Wahlbewerbern zugerechnet werden.³¹ Dass die beabsichtigte Streichung eines direkt gewonnenen Mandats damit in Übereinstimmung gebracht werden kann, erscheint jedenfalls – vorsichtig ausgedrückt – nicht offensichtlich.

Die sog. internen ÜM sind im Entwurf in § 7a geregelt. Sie werden im Wege länderübergreifender Ausgleichs zu Lasten der Listen anderer Bundesländer weggerechnet. Hinsichtlich dieser „Bereinigung“ interner ÜM vermag es nicht zu überzeugen, dass föderale Belange – im Vergleich zur gegenwärtigen Rechtslage – beeinträchtigt werden. So kann es dazu kommen, ja ist geradezu unabdingbar verbunden mit dem im Entwurf gewählten Weg zur Beseitigung der NSG, dass eine Landesliste einer Partei für das schlechte Abschneiden bei den Zweitstimmen einer anderen Landesliste dieser Partei „büßen“ muss, indem ihr durch Erhöhung des Parteidivisors nach § 7a Abs. 7 letztlich Mandate abgezogen werden und dieser Landesverband somit gleichsam „unverschuldet“ schwächer vertreten ist im Bundestag. Die Rücksichtnahme auf die bundesstaatliche Gliederung und auf die ihr folgende Organisation der Parteien auch im Wahlrecht wurde vom BVerfG in seiner Entscheidung vom 3. Juli 2008 ausdrücklich als verfassungsrechtlich legitimiert angesehen³². Auch dieser Aspekt schien dem BVerfG so bedeutsam, dass der Senat ihn ausdrücklich in die Entscheidung aufgenommen

³⁰ BVerfGE 95, 335/350; BVerfG, Urteil v. 3. Juli 2008 – Az: 2 BvC 1/07, 2 BvC 7/07, U.A., S. 38.

³¹ BVerfG, Urteil v. 3. Juli 2008 – Az: 2 BvC 1/07, 2 BvC 7/07, U.A., S. S. 38.

³² Vgl. BVerfG, Urteil v. 3. Juli 2008 – Az: 2 BvC 1/07, 2 BvC 7/07, U.A., S. 34 unter Verweis auf BVerfGE 95, 335 (350). Das BVerfG hat föderale Belange lediglich als nicht geeignet angesehen, durch das NSG bewirkte Beeinträchtigungen der Wahlrechtsgleichheit verfassungsrechtlich zu legitimieren.

hatte. Föderale Verwerfungen sollten daher nicht ohne Not in Kauf genommen werden. Denn die Berücksichtigung föderaler Elemente im BWahlG entspricht auch einem praktischen Bedürfnis bei der Durchführung der Wahl. Die Aufteilung in Landeslisten fördert zudem eine größere Überschaubarkeit des politischen Diskurses für die wahlberechtigten Bürger³³.

Hinzu tritt ein eher verfassungspolitisches Moment. Das Modell bestraft gerade diejenigen Wahlkreisbewerber, die sich in umkämpfte Wahlkreise wagen und läuft damit Gefahr, längerfristig deren Abhängigkeit von der Partei zu verstärken. Der damit einhergehende Zuwachs des Parteieinflusses kann zu einer Schwächung der Verankerung beim Wähler („Raumschiff Berlin“) führen.

2. Gesetzentwurf der Fraktion der SPD (BT-Drucks. 17/5895)

a) Ausgestaltung

Der Gesetzentwurf der SPD schafft ÜM nicht – wie gelegentlich behauptet wird – ab, sie sollen vielmehr in ihrer Wirkung durch Ausgleichsmandate abgemildert werden. Dazu soll nach der Gesetzesbegründung die Zahl der Abgeordneten soweit angepasst werden, dass ÜM im Verhältnis der Parteien zueinander vollständig ausgeglichen werden.³⁴

Ausgleichsmandaten wohnt allerdings eine Tendenz zur Aufblähung des Bundestags inne. Dem soll nach dem Entwurf dadurch begegnet werden, dass der Anteil der Direktmandate an der Gesamtsitzzahl verringert wird³⁵, die Wahlkreise würden mithin reduziert, aber vergrößert.

b) Verfassungsrechtliche Beurteilung und Problemfelder

Als Vorteil des Entwurfs wird geltend gemacht, dass damit die Wirkung des NSG zurückgedrängt werde³⁶, damit ist indes zugleich auch der entscheidende Nachteil benannt. Denn weil das Verfahren der Mandatzuteilung gleich bleibt und nur die Wirkung des NSG im Verhältnis der Parteien zueinander durch Ausgleichsmandate verändert werden soll³⁷, werden absolute NSG, die allein von der Definition des BVerfG erfasst sind, nicht vermieden. Aus diesem Grund birgt die Lösung ein ganz beträchtliches verfassungsrechtliches Risiko.

³³ BVerfG, Urteil v. 3. Juli 2008 – Az: 2 BvC 1/07, 2 BvC 7/07, U.A., S. 34.

³⁴ BT-Drucks. 17/5895, S. 5.

³⁵ BT-Drucks. 17/5895, S. 5.

³⁶ BT-Drucks. 17/5895, S. 5.

³⁷ BT-Drucks. 17/5895, S. 5.

Dies würde in eine Verfassungswidrigkeit umschlagen, wenn der vorgeschlagene Weg entgegen den Annahmen in der Gesetzesbegründung das NSG nicht auf unvermeidbare Randeffekte der mathematischen Rundung³⁸ begrenzen würde. Insoweit besteht das Bedenken, dass das bisherige Mandatzuteilungsverfahren, das NSG in nach Auffassung des BVerfG nicht tolerierbarer Größe produziert hatte, beibehalten wird. Entscheidend wird für die verfassungsrechtliche Beurteilung sein, in welchem Ausmaß es zu solchen (absoluten) NSG kommt.

Eine zahlenmäßige Reduzierung der Wahlkreise bei gleichzeitiger Vergrößerung verändert den Charakter des personalisierten Verhältniswahlrechts, drängt das personale Element noch weiter zurück und birgt die Gefahr einer Verschiebung der zwischen Wahlkreisbewerber und Partei bestehenden Kräfteverhältnisse zu Lasten der Direktkandidaten.

3. Gesetzentwurf der Fraktion Die Linke (BT-Drucks. 17/5896)

a) Ausgestaltung

Der Gesetzentwurf der Fraktion Die Linke ist von allen Entwürfen der umfangreichste. Er begnügt sich nicht mit der Lösung des Problems des sog. NSG, sondern schlägt, weil das „Wahlrecht in Deutschland (...) seit Langem in der Kritik“³⁹ steht, eine Fülle von Eingriffen in das geltende Wahlrecht vor, die mit erheblichen Modifikationen des Wahlsystems verbunden wären. Im Einzelnen werden die Abschaffung der Sperrklausel des § 6 Abs. 6 BWahlG, Erweiterungen des aktiven und passiven Wahlrechts sowie die Einräumung subjektiven Rechtsschutzes vor Durchführung der Wahl vorgeschlagen. Hinsichtlich des im Zentrum der derzeitigen Debatte stehenden Fragenkreises legt der Entwurf einen Mix aus dem Modell von Bündnis 90/Grüne und dem SPD-Entwurf vor. Danach soll hinsichtlich der internen ÜM bereits bei der Oberverteilung eine Anrechnung der Direktmandate auf das Zweitstimmenergebnis erfolgen; für externe ÜM sollen Ausgleichsmandate in Ansatz gebracht werden.⁴⁰

b) Verfassungsrechtliche Beurteilung und Problemfelder

Hinsichtlich der für externe ÜM in Ansatz gebrachten Ausgleichsmandate besteht vor allem das Bedenken, dass damit eine nach allgemeiner Auffassung unerwünschte Vergrößerung des

³⁸ So die Formulierung in BT-Drucks. 17/5895, S. 5.

³⁹ So der Entwurf BT-Drucks. 17/5896, S. 9.

⁴⁰ BT-Drucks. 17/5896, S. 9.

Parlaments bewirkt werden könnte. In Bezug auf die im Entwurf der Fraktion Die Linke geregelte Behandlung interner ÜM, die an den Vorschlag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen angelehnt ist, kann auf die dazu angestellten Erwägungen verwiesen werden.⁴¹

Die im Entwurf 17/5896 weiter angesprochenen wahlrechtlichen Änderungen erscheinen aus meiner Sicht weitestgehend diskussionswürdig. Sie sind allerdings voraussetzungsvoll, erfordern zudem eine Diskussion, ob sie ohne Verfassungsänderung realisiert werden könnten (das betrifft namentlich die Einführung eines Ausländerwahlrechts sowie die Ausgestaltung eines subjektiven Wahlrechtsschutzes); beiden anspruchsvollen Projekten steht eine in Teilen wenig überzeugende Rechtsprechung gegenüber. Diese jenseits der Beseitigung des NSG vorgeschlagenen Reformen bedürften aus meiner Sicht aber einer umfassenden Diskussion, sie stehen auch in Widerspruch zum aktuell gebotenen minimal invasiven Eingriff in das Wahlrecht.

4. Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und der FDP (BT-Drucks. 17/6290)

a) Ausgestaltung

Ausgehend von der Erkenntnis, dass negative Stimmgewichte ihre Ursache vor allem in den Wanderbewegungen von Stimmengewinnen und -verlusten zwischen den einzelnen verbundenen Landeslisten haben, schafft der Entwurf die Möglichkeit der Listenverbindung ab; dazu wird § 7 BWahlG gestrichen.⁴² Die bewährte personalisierte Verhältniswahl bleibt dabei erhalten. Die Beseitigung der Listenverbindungen wird ergänzt um eine Sitzverteilung auf der Grundlage von Sitzkontingenten der Länder.⁴³ Für diese ist die Anzahl der Wähler im jeweiligen Land relevant. Höhere Wahlbeteiligungen führen mithin zu höheren Sitzkontingenten, geringere Wahlbeteiligungen zu Absenkungen. Eine zweite Ergänzung betrifft die Zuteilung sog. Erfolgswertmandate, sie dienen dazu, länderübergreifend Reststimmen zu sammeln und gfls. zu weiteren Mandaten zusammenzuziehen. Die Regelung dazu findet sich im sprachlich anspruchsvollen, mathematisch aber wohl kaum anders formulierbaren § 6 Abs. 2a des Entwurfs.

⁴¹ Vgl. oben S. 13.

⁴² BT-Drucks. 17/6290, S. 2.

⁴³ BT-Drucks. 17/6290, S. 2.

b) Verfassungsrechtliche Beurteilung und Problemfelder

Im Grundsatz wirft der Lösungsvorschlag keine verfassungsrechtlichen Probleme auf. Der Entwurf wird dem Anliegen einer (weitgehenden) Vermeidung von NSG gerecht. Denn infolge der Aufhebung der Listenverbindungen kann es nicht mehr zu einer länderübergreifenden Verrechnung und demzufolge auch nicht mehr zu NSG auslösenden Wanderbewegungen kommen.

Allerdings werden in dem Entwurf⁴⁴ auch Fallkonstellationen dargestellt, in denen ein NSG nicht sicher ausgeschlossen werden kann. Doch handelt es sich dabei ausweislich der Begründung um abstrakt konstruierte Fallgestaltungen ohne Bezug zur politischen Wirklichkeit⁴⁵, die der Gesetzgeber nicht nur nicht zu berücksichtigen braucht, sondern um solche Konstellationen, an denen sich der Gesetzgeber nach Auffassung des BVerfG sogar nicht orientieren darf. Dies hat das Gericht in der Entscheidung zum NSG ausdrücklich klargestellt. Wörtlich heißt es in der Entscheidung: „Der Gesetzgeber muss sich bei seiner Einschätzung und Bewertung nicht an abstrakt konstruierten Fallgestaltungen, sondern an der politischen Wirklichkeit orientieren“.⁴⁶ Anders gewendet, eine Regelung, die zuvörderst abstrakt konstruierte Fallgestaltungen in den Blick nähme, verfehle die verfassungsrechtlichen Anforderungen.

Trotz der Abschaffung der Listenverbindungen infolge der Streichung von § 7 BWahlG trägt der Entwurf dem unitarischen Charakter der Bundestagswahl hinreichend Rechnung. Zum einen wird im Bundesgebiet auch bisher nach Landeslisten gewählt, zum anderen stellt sich die Frage, worin die Rechtsfolge einer Schmälerung des unitarischen Charakters des Bundestages läge. Zudem beinhaltet der Entwurf unitarische Elemente; so erfolgt etwa die Berechnung der Sperrklausel nach wie vor bundesweit, auch stellt nach wie vor der Bundeswahlleiter das Ergebnis der Bundestagswahl fest.

Als Vorteil dieses Modells kann im Grundsatz und von § 6 Abs. 2a abgesehen – auch dessen Einfachheit und Transparenz für den Wähler genannt werden. Damit wird das Modell einer entsprechenden Forderung des BVerfG gerecht, die es an den Gesetzgeber bei der Reformierung des Bundeswahlgesetzes gestellt hat.⁴⁷ Das Modell des Entwurfs BT-Drucks.

⁴⁴ Vgl. BT-Drucks. 17/6290, S. 16 ff.

⁴⁵ BT-Drucks. 17/6290, S. 17.

⁴⁶ BVerfG, Urteil v. 3. Juli 2008 – Az: 2 BvC 1/07, 2 BvC 7/07, U.A., S. 30, Hervorhebung hinzugefügt..

⁴⁷ Vgl. BVerfG, Urteil v. 3. Juli 2008 – Az: 2 BvC 1/07, 2 BvC 7/07.

17/6290 kann ziemlich genau mit drei Regeln erklärt werden, von denen es keine grundsätzlichen Ausnahmen mehr gäbe:

- (1) Allen Bundesländern werden Sitzkontingente nach der Anzahl der Wähler zugeteilt.
- (2) Die Verteilung der Sitze des jeweiligen Landeskontingentes richtet sich grundsätzlich nach dem Verhältnis der in diesem Bundesland durch die jeweilige Landesliste erzielten Zweitstimmen.
- (3) Gewonnene Direktmandate bleiben stets erhalten und werden mit den errungenen Listenmandaten der Landesliste verrechnet.

Nur § 6 Abs. 2a BWahlG ist demgegenüber außerordentlich anspruchsvoll formuliert; das erscheint angesichts der Komplexität wahlrechtlicher Berechnungen allerdings unvermeidlich, möglicherweise kann insoweit aber auch noch im weiteren Gesetzgebungsverfahren nachgebessert werden.

Ob und in welchem Umfang es bei der sog. Reststimmenverwertung zu NSG kommen kann, bedarf genauerer Berechnungen. Auch insoweit ist daran zu erinnern, dass der Bewertung „typische“ Fallkonstellationen zugrunde zu legen sind. Weder der Gesetzgeber noch die verfassungsrechtliche Kritik darf mehr oder minder absurde Sonderkonstellationen zum Maßstab nehmen, im Zweifel ist hier – ungeachtet eines verfassungsrechtlich unproblematischen Auftretens NSG in atypischen Konstellationen – diejenige Variante in § 6 Abs. 2a BWahlG n.F. zu wählen, die der verfassungsrechtlich gebotenen Vermeidung von NSG am nächsten kommt.

V. Abschließende Bewertung

Eine abschließende Bewertung der vorgelegten Entwürfe hat zunächst zu konstatieren, dass es „die“ – allen verfassungsrechtlichen Zweifeln oder rechtlich und politischen Verwerfungen entzogenen – entzogene Lösung des Problems des NSG nicht gibt. Die sog. ganz großen Reformen (Grabenwahlsystem, Einführung eines reinen Mehrheits- oder reinen Verhältniswahlsystems) sind politisch nicht gewollt bzw. ihrerseits mit erheblichen Verwerfungen, namentlich hinsichtlich der Wahlrechtsgleichheit) verbunden. Von daher ist derjenigen Lösung der Vorzug zu geben, die keine bzw. wenig NSG aufweist und gleichwohl das im Grundsatz bewährte und erprobte Mischwahlsystem des § 1 Abs. 1 S. 2 BWahlG minimal invasiv fortentwickelt. Diesen Anforderungen wird nur der Gesetzentwurf der Fraktionen CSU/CSU und FDP gerecht. Er vermeidet unangemessene und systemverändernde

Eingriffe in ein über Jahrzehnte gewachsenes und bewährtes Wahlrecht. Der Regelungsauftrag des BVerfG wird damit adäquat umgesetzt.

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