

DVB1

DEUTSCHES VERWALTUNGSBLATT

SCHRIFTLÉITUNG

Prof. Dr. Bernhard Stüer, Münster/Osnabrück

HERAUSGEBER

Prof. Dr. Dr. h.c. Thomas von Danwitz,
Luxemburg

Prof. Dr. Dr. Wolfgang Durner, Bonn
Marion Eckertz-Höfer, Leipzig

Prof. Dr. Hans-Günter Henneke, Berlin
Dr. Caspar David Hermanns, Osnabrück

Prof. Dr. Dr. h.c. Wolfgang Kahl, M.A., Heidelberg
Prof. Dr. Christoph Moench, Berlin

Prof. Dr. Hans-Werner Rengeling, Osnabrück

Prof. Dr. Dr. h.c. Klaus Rennert, Leipzig

Prof. Dr. Bernhard Stüer



Heft 7
1. April 2021
Seiten 417–480
136. Jahrgang
Art.-Nr. 56412107
PVSt 2421

7

AUS DEM INHALT

ABHANDLUNGEN

Friedrich Pukelsheim/ Wolfgang Bischof
Bundeswahlgesetz 2020 – Vom Regen in die Traufe S. 417

Christian Hillgruber/Philipp Bender
Hat der ehemalige Kronprinz Wilhelm von Preußen dem
nationalsozialistischen System erheblichen Vorschub
geleistet? – Zur Auslegung und Anwendung von § 1 Abs. 4
Ausgleichsleistungsgesetz – S. 427

Bernd Walter
Kann die für Fälle von besonderer Bedeutung vorgesehene
gegenseitige Polizeihilfe einseitig versagt werden? – Ein Reflex
auf das Berliner Landesantidiskriminierungsgesetz S. 435

BERICHTE

Andrea Windemuth
2. (virtuelle) Fachtagung Eisenbahnrecht und Technik S. 439

RECHTSPRECHUNG

BGH, Urt. v. 27.10.2020 – RiZ(R) 4/20
Anfechtung einer Maßnahme der Dienstaufsicht S. 447

BVerwG, Urt. (7. Senat) v. 04.06.2020 – 7 A 118
Planergänzung zur Fahrrinnenanpassung von Unter- und
Außenelbe – mit Anmerkung Wolfgang Durner S. 451

BVerwG, Urt. (9. Senat) v. 30.11.2020 – 9 A 5.20
Straßenrechtliche Planfeststellung (Ortsumgehung Ummeln) –
mit Anmerkung Bernhard Stüer/Eva Maria Stüer S. 456

OVG NRW, Urt. v. 25.08.2020 – 1 A 889/17
Irrtümliche Erledigung eines Verwaltungsaktes S. 462

Hamburgisches OVG, Beschl. v. 15.10.2020 – 5 Bs 152/20
Keine Datenverarbeitung des bloßen Besitzers körperlicher Akten S. 467

OVG Rheinland-Pfalz, Beschl. v. 09.11.2020 – 10 A 10999/20.OVG
Stadtratswahl S. 472

OVG NRW, Beschl. v. 07.01.2021 – 8 B 548/20
Nachbarschützende Funktion in Baugebieten nach dem
Bundesimmissionsschutzgesetz S. 474

Nds. OVG, Urt. v. 02.09.2020 – 7 KS 17/15
Ausbau einer Wasserstraße – Bewertung des Baustellenverkehrs
und der Schleusenbetriebs nach der 16. BImSchV S. 480

Carl Heymanns Verlag

Schriftleitung und Redaktion:

Prof. Dr. Bernhard Stürer (Schriftleiter: DVBI-aktuell, Abhandlungen, Berichte, Rezensionen und Rechtsprechung), Münster/Osnabrück · Dr. Caspar David Hermanns (Redaktion: DVBI-aktuell und Rechtsprechung), Osnabrück

Herausgeber:

Prof. Dr. Dr. h.c. Thomas von Danwitz, Luxemburg · Prof. Dr. Dr. Wolfgang Durner, Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität, Bonn · Marion Eckertz-Höfer, Präsidentin des Bundesverwaltungsgerichts a.D., Leipzig · Prof. Dr. Hans-Günter Henneke, Geschäftsführendes Präsidialmitglied des Deutschen Landkreistages, Berlin · Dr. Caspar David Hermanns, Rechtsanwalt, FAVwR, Osnabrück · Prof. Dr. Christoph Moench, Rechtsanwalt, Berlin · Prof. Dr. Hans-Werner Rengeling, Osnabrück · Prof. Dr. Dr. h.c. Klaus Rennert, Präsident des Bundesverwaltungsgerichts, Leipzig · Prof. Dr. Bernhard Stürer, Rechtsanwalt, FAVwR, Münster/Osnabrück

Aufsätze

Bundewahlgesetz 2020 – Vom Regen in die Traufe

von Prof. Dr. Friedrich Pukelsheim, Augsburg und Prof. Dr. Wolfgang Bischof, Rosenheim*

Die im Bundestag von der Koalitionsmehrheit im Oktober 2020 durchgedrückte Novellierung des Bundeswahlgesetzes zielt darauf ab, den Aufwuchs des Bundestags über die Sollgröße von 598 Sitzen hinaus wirksam zu dämpfen. Dieses Ziel wird verfehlt. Stattdessen schafft die jetzige Novellierung ein noch undurchdringlicheres Regelungsdickicht als vorher. Darin verborgen sind Unklarheiten, die den Anforderungen hinreichender Normbestimmtheit entgegenstehen, und Regelungselemente, deren Verfassungskonformität zweifelhaft ist. Im Aufsatz werden die neuen Vorschriften im Bundeswahlgesetz 2020 erläutert und ihre Schwachstellen offengelegt.

I. Einleitung

Das Fünfundzwanzigste Gesetz zur Änderung des Bundeswahlgesetzes vom 14.11.2020¹ ist der jüngste Beitrag des Bundestags, das Bundeswahlgesetz dem Wandel der gesellschaftlichen Rahmenbedingungen anzupassen. Beweggrund waren die Erfahrungen mit dem Zweiundzwanzigsten Gesetz zur Änderung des Bundeswahlgesetzes vom 03.05.2013,² dass der Bundestag regelmäßig über die Sollgröße von 598 Sitzen hinaus anwächst. Der 18. Bundestag 2013 konstituierte sich mit 631 Abgeordneten, der 19. Bundestag 2017 mit 709. Hochrechnungen auf der Grundlage von Umfragewerten rücken sogar Bundestage mit über 800 Sitzen ins Blickfeld.

Die Gesetzesbegründung nennt drei Punkte, wie eine Vergrößerung des Bundestags vermindert werden soll.³ Erstens wird die Anzahl der Wahlkreise von derzeit 299 ab 01.01.2024 auf 280 reduziert. Zweitens wird zugelassen, dass bis zu drei Überhangmandate unausgeglichen bleiben. Drittens wird das Sitzzuteilungsverfahren an mehreren Stellen modifiziert, wo Direktmandate in einem Land parteiintern auf Listenmandate in anderen Ländern angerechnet werden.

Die drei Punkte haben unterschiedliches Gewicht. Die Reduzierung der Wahlkreise ist zielführend, wird aber erst 2025 wirksam. Dagegen bewirken Überhangmandate und Verfahrensmodifikationen Eingriffe, die heikler sind, als auf die Schnelle wahrgenommen werden kann.

Schon 2008 hatte das Bundesverfassungsgericht den Gesetzgeber angeregt,⁴

»das für den Wähler kaum noch nachzuvollziehende Regelungsgeflecht der Berechnung der Sitzzuteilung im Deutschen Bundestag auf eine neue, normenklare und verständliche Grundlage zu stellen.«

Die Anregung verpuffte 2013 wie auch 2020. Überhangmandate und Verfahrensmodifikationen machen aus dem BWG 2020 ein undurchdringliches Regelungsdickicht. Für Abgeordnete wie auch für Wähler und Wählerinnen, die keine Zeit für ein penibles Studium der wirren Gesetzesvorschriften aufbringen, wird das BWG 2020 ein Buch mit sieben Siegeln bleiben.

In Sachen Wahlrechtsreform ist der Bundestag ein gebranntes Kind. Auch das Neunzehnte Änderungsgesetz vom 25.11.2011⁵ wurde nur von den Regierungsfractionen getragen und von den Oppositionsfractionen abgelehnt. Nach gerade einmal neun Monaten erklärte das Bundesverfassungsgericht wesentliche Bestimmungen für verfassungswidrig und nichtig.⁶

Ganz anders verlief die Beschlussfassung zum Gesetz zur Änderung des Wahl- und Abgeordnetenrechts vom 17.03.2008.⁷ Mit Art. 1 wurde im Wahlgesetz für die Aufteilung der Wahlkreise auf die Länder und die Zuteilung der Sitze an die Parteien das Divisorverfahren mit Standardrundung (Sainte-

* F.P. ist emeritierter Ordinarius für Stochastik und ihre Anwendungen im Institut für Mathematik der Universität Augsburg. Er war einer der Sachverständigen, die der Ausschuss für Inneres und Heimat am 05.10.2020 zur Novellierung des Bundeswahlgesetzes anhörte. Die anderen Sachverständigen waren Joachim Behnke, Bernd Grzeszick, Sophie Schönberger, Robert Vehrkamp und Ulrich Vosgerau. – W.B. ist Professor für Mathematik an der Fakultät für Angewandte Natur- und Geisteswissenschaften der Technischen Hochschule Rosenheim. – Die Autoren danken Maria Stelz (Rosenheim) für Unterstützung bei den Beispielrechnungen. Für alle Rechnungen wurde das frei verfügbare Programm BAZI benutzt (www.th-rosenheim.de/bazi).

1 BGBl. I 52 (2020) 2395–2396, im Folgenden zitiert als BWG 2020. – Für eine Liste früherer Änderungen siehe Wolfgang Schreiber: Kommentar zum Bundeswahlgesetz, 8. Aufl. 2009. Köln, 2009 [Teil I, Rdnr. 60].
2 BGBl. I 22 (2013) 1082–1083, im Folgenden zitiert als BWG 2013.
3 BT-Drucks. 19/22504 v. 15.09.2020 [5].
4 BVerfGE 121 (2009) 266–317 [Rdnr. 144].
5 BGBl. I 60 (2011) 2313–2314, im Folgenden zitiert als BWG 2011.
6 BVerfGE 131 (2013) 316–376.
7 BGBl. I 10 (2008) 394–398. – Im Folgenden zitiert als BWG 2008.

Laguë/Schepers) neu eingeführt.⁸ Die Gesetzesbegründung erläuterte mit klaren Worten und aussagekräftigen Beispielen, was die Änderung auf sich hatte.⁹ Im Ergebnis fand das Divisorverfahren mit Standardrundung die nachhaltige Zustimmung aller Parteien.¹⁰ Dies beendete jahrzehntelange Diskussionen, welches der Verfahren von D'Hondt, Hare/Niemeyer oder Sainte-Laguë/Schepers am besten mit dem Bundeswahlgesetz harmoniert.

Die Novellierungen der Jahre 2008, 2011, 2013 und 2020 hinterlassen einen zwiespältigen Eindruck. Einerseits werden alte Probleme gelöst, andererseits neue geschaffen. Einerseits wurde 2008 die Frage nach dem Zuteilungsverfahren entschieden, 2011 ein Doppelerfolg der Berliner Zweitstimmen ausgeschlossen, 2013 Überhangmandate abgeschafft und 2020 erstmals die Wechselwirkung von Anzahl der Wahlkreise und Größe des Bundestages bedacht. Andererseits wurde 2008 die Problematik von Überhangmandaten und negativen Stimmgewichten übergangen, 2011 diese Problematik auf eine Art gelöst, die sich als verfassungswidrig entpuppte, 2013 ein beschwerliches Verfahren für die Bestimmung der Bundestagsgröße aufgenommen und 2020 die Mühen dieses Verfahrens gesteigert sowie Überhangmandate wiederbelebt.

Das alte BWG 2013 enthielt einen durchaus gesunden Kern (Abschnitt II), der im neuen BWG 2020 verloren geht (III). Die neuen Regelungen führen dazu, dass die fiktive erste Verteilung nun mit all ihren Einzelergebnissen die endgültige zweite Verteilung mitbestimmt. In die faktische zweite Verteilung fügt das BWG 2020 nicht Direktmandate ein, deren Berücksichtigung man erwartet, sondern die aus der ersten Verteilung hergeleiteten Mindestsitze der Landeslisten und Mindestansprüche der Parteien, deren Auftreten überrascht.

Die Abschnitte IV bis VII wenden sich einer Kritik der Neuerungen zu. Die nun zugelassenen Überhangmandate werden kaum zu einer Reduzierung der Bundestagsgröße beitragen (IV). Auch die Verfahrensmodifikationen, mit denen sich das BWG 2020 vom Vorgängergesetz abhebt, sind wenig zielführend (V). Ein Silberstreif am Horizont ist die Verringerung der Anzahl der Wahlkreise von 299 auf 280 (VI). Dabei sollte die Personenwahlkomponente nicht gleichgesetzt werden mit einer Mehrheitswahl (VII). Abschnitt VIII schließt mit einem Resümee.

II. Gesunder Kern: Mit der Personenwahl verbundene Verhältniswahl

Bevor wir uns dem BWG 2020 zuwenden, hilft es der Orientierung, einen Rückblick auf das BWG 2013 zu werfen. Für die Wahl des 19. Bundestages am 24.09.2017 führte das BWG 2013 bekanntlich zu 709 Gesamtmandaten.¹¹ Sobald die Zahl der Gesamtsitze feststeht reduziert sich das BWG 2013 auf einen gesunden, selbsterklärenden Kern.

Zunächst werden die Sitze im Zweitstimmenproporz auf die Parteien verteilt (Oberzuteilung mit dem Divisorverfahren mit Standardrundung). Bei der Wahl 2017 entfiel auf je 62.300 bundesweite Zweitstimmen rund ein Sitz. Danach werden pro Parteien (außer CSU) die Sitze aus der Oberzuteilung an die Landeslisten weitergereicht (parteiinterne Unterteilungen mit der direktmandatebedingten Variante,

die mit dem Divisorverfahren mit Standardrundung einhergeht). Bei Wahrung der Direktmandate wird nach Proporzregeln mit Listenmandaten ergänzt. So wurden 2017 die 185 CDU-Direktmandate mit 15 Listenmandaten zu 200 Proporzmandaten ergänzt. Auf je 76.000 CDU-Zweitstimmen entfiel rund ein Sitz, außer wenn die Direktmandatsgewinne mehr Sitze erfordern.

Im Ergebnis genügt die *parteiliche Zusammensetzung* des Bundestags uneingeschränkt dem Prinzip der Erfolgswertgleichheit unter allen bundesweiten Zweitstimmen. Bei der *personellen Zusammensetzung* ist der Grundsatz der Erfolgswertgleichheit abgeschwächt, soweit die parteiinterne Einfügung der Direktmandatsgewinne in den Ländern dies verlangt.¹²

Schon im BWG 2013 ist es mühevoll, seinen gesunden Kern zu erkennen. Das Regelungsdickicht des BWG 2020 macht die Erkenntnisarbeit noch mühsamer. Der Übergang vom BWG 2013 zum BWG 2020 führt vom Regen in die Traufe.

III. BWG 2020: Die fünf Stufen des Sitzzuteilungsverfahrens

Abschnitt III erläutert die Technik der Mandatzuteilung im BWG 2020 anhand der Ergebnisse der Wahl zum 19. Bundestag am 24.09.2017. Die Umrechnung von Stimmen in Mandate lässt sich in fünf Stufen gliedern:¹³ Zuordnung der Landessitzkontingente (1), länderweise Ermittlung der Fiktivsitze der Landeslisten (2), Bestimmung von Mindestsitzen der Landeslisten und Mindestansprüchen der Parteien (3), Erhöhung der Bundestagsgröße und Oberzuteilung (4) und parteiinterne Unterteilungen mit Mindestsitzebedingungen (5).

1. Zuordnung der Landessitzkontingente

In der ersten Stufe werden die 598 Sollsitze den sechzehn Bundesländern zugeordnet.¹⁴ Dies geschieht im Proporz zur deutschen Bevölkerung mit dem Divisorverfahren mit Standardrundung. Basis sind die letzten amtlichen Bevölkerungszahlen.¹⁵ Diese werden in der Regel leicht von denen abweichen, die der Wahlkreiseinteilung zugrunde gelegt wurden. Im Ergebnis werden die 598 Sollsitze in sechzehn Landessitzkontingente aufgeteilt.

⁸ Beim Divisorverfahren mit Standardrundung werden alle Stimmzahlen durch einen Divisor – auch Wahlschlüssel genannt – geteilt und die resultierenden Quotienten zur nächstliegenden ganzen Sitzzahl gerundet. Der Divisor wird so bestimmt, dass die Sitzzahlen sich zur vorgegebenen Gesamtzahl an Sitzen aufaddieren.

⁹ BT-Drucks. 16/7641 v. 11.12.2007 [9–15].

¹⁰ BT-Drucks. 16/7814 v. 21.01.2008 [5–6].

¹¹ Bastian Stemmer: Endgültiges Ergebnis der Wahl zum 19. Deutschen Bundestag am 24.09.2017. Statistisches Bundesamt, Wirtschaft und Statistik, 6/2017, 74–94.

¹² Friedrich Pukelsheim: Erfolgswertgleichheit der Wählerstimmen zwischen Anspruch und Wirklichkeit. DÖV 57 (2004) 405–413. – Johannes Grabmeier: Erfolgswertgleichheit und Spiegelbildlichkeitsgebot. Bayerische Verwaltungsblätter 62 (2016) 761–772.

¹³ Die Fünf-Stufen-Gliederung folgt der Musterberechnung des Bundeswahlleiters, siehe www.bundeswahlleiter.de/bundestagswahlen/2021/publikationen.html [Abschnitte 1.1–1.5].

¹⁴ § 6 Abs. 2 Satz 1 erster Halbsatz BWG 2020.

¹⁵ § 78 Abs. 1 Ziffer 7 Bundeswahlordnung.

2. Länderweise Ermittlung der Fiktivsitze der Landeslisten

Die zweite Stufe ist langwierig, sie stellt für jedes der sechzehn Länder eine eigenständige Rechnung an. Das Landessitzkontingent wird den im Land zu berücksichtigenden Parteien zugeteilt, und zwar im Zweitstimmenproporz mit dem Divisorverfahren mit Standardrundung.¹⁶

Die sechzehn länderweisen Verteilungen der Landessitzkontingente werden im BWG 2020 als »erste Verteilung« bezeichnet, weil das Gesetz im weiteren Verlauf noch eine »zweite Verteilung« kennt.¹⁷ Die – fiktive – erste Verteilung ist vorbereitend und vorübergehend, sie nimmt nur die 598 Sollsitze (mit denen der Bundestag *nicht* amtiert) in den Blick. Die – faktische – zweite Verteilung ist die, die alle Gesamtmandate endgültig verteilt. Im Gesetzestext sind die Sitzzahlen der ersten Verteilung nur mit Akribie zu unterscheiden von den Sitzzahlen der zweiten Verteilung. Zur klaren Unterscheidung bezeichnen wir hier die Sitzzahlen der ersten Verteilung als »Fiktivsitze«. Die Sitzzahlen der zweiten Verteilung nennen wir »Proporzmandate«, sie teilen sich auf in Direktmandate und Listenmandate. Proporzmandate zuzüglich etwaiger Überhangmandate ergeben die Zahl der Gesamtmandate im Parlament.

3. Bestimmung von Mindestsitzen und Mindestansprüchen

Ausgehend von 598 Sollsitzen erhöht das BWG 2020 die Zahl der zu vergebenden Sitze, um in der endgültigen Sitzzuteilung alle Direktmandatsgewinne gebührend einfügen zu können.¹⁸ Zu diesem Zweck werden zwei Arten von Mindestbedingungen eingeführt: Mindestsitze für die Landeslisten und Mindestansprüche an Sitzen für die Parteien. Mindestsitze gab es schon im BWG 2013, hier werden sie modifiziert. Die Mindestansprüche der Parteien sind neu.

Die Mindestsitze für eine Landesliste verbinden die Direktmandatsgewinne im Land mit den Fiktivsitzen der Landesliste.¹⁹ Es gibt zwei Fälle. Erstens kann es mehr oder genauso viele Direktmandate wie Fiktivsitze geben; dann wird die Zahl der Mindestsitze gleich der Zahl der Direktmandate gesetzt. Zweitens kann es weniger Direktmandate als Fiktivsitze geben; dann wird die Zahl der Mindestsitze definiert als Mittelwert von Direktmandaten und Fiktivsitzen.²⁰

Der erste Fall generiert so viele »Fiktivüberhänge«, wie die Zahl der Direktmandate größer ist als die Zahl der Fiktivsitze; die Fiktivüberhänge werden später in die faktische zweite Verteilung übertragen. Im zweiten Fall scheint die Bildung des Mittelwerts zu versprechen, dass Direktmandate wie auch Fiktivsitze jeweils zur Hälfte geschützt werden. Der Schein trügt. Das BWG 2020 schützt von den Direktmandaten alle und von den Fiktivsitzen nur wenige. Um diese Asymmetrie zu erfassen, bezeichnen wir mit »fiktive Listensitze« die Anzahl, um die die Zahl der Fiktivsitze größer ist als die Zahl der Direktmandate. Die Fiktivsitze einer Landesliste zerfallen dann in Direktmandate plus fiktive Listensitze. Der Mittel-

wert von Direktmandaten und Fiktivsitzen erweist sich nun als dasselbe wie die Summe aus den Direktmandaten und der Hälfte der fiktiven Listensitze.²¹

Durch die Berücksichtigung nur der Hälfte der fiktiven Listensitze wird vorbereitet, dass die Bundestagsgröße später nicht so stark erhöht werden muss wie im BWG 2013. Im BWG 2013 waren die Mindestsitze gleich der Summe aus den Direktmandaten und *allen* fiktiven Listensitzen. Die kleinere Zahl von Mindestsitzen im BWG 2020 führt bei der späteren Erhöhung tendenziell zu weniger Gesamtmandaten als die größere Zahl von Mindestsitzen im BWG 2013.

Die zweite Art Mindestbedingung ist der Mindestanspruch an Sitzen für eine Partei. Er ist definiert als der höhere Wert²² von der Gesamtzahl der Mindestsitze ihrer Landeslisten²³ und von der Gesamtzahl der Fiktivsitze ihrer Landeslisten.²⁴ Bei der Wahl 2017 hätte gemäß BWG 2020 die CDU einen Mindestanspruch von 194 Sitzen gehabt, weil dies der höhere Wert von 194 Mindestsitzen und 164 Fiktivsitzen ist. Für die spätere Überhangregelung ist dabei vorzumerken, dass im Mindestanspruch der CDU 36 Fiktivüberhänge eingeschlossen sind. Die SPD wäre 2017 auf 131 Sitze als Mindestanspruch gekommen (einschließlich zwei Fiktivüberhänge in Hamburg und ein Fiktivüberhang in Bremen), die AfD auf 83 Sitze (kein Überhang), die FDP auf 65 Sitze (kein Überhang), die LINKE auf 59 Sitze (kein Überhang), die GRÜNEN auf 57 Sitze (kein Überhang) und die CSU auf 46 Sitze (sieben Fiktivüberhänge in Bayern).

Schaubild 1 zeigt, wie sich Fiktivüberhänge und fiktive Listensitze bei der Wahl 2017 für die CDU in Zahlen ausdrücken. Entsprechende Tabellen sind für die anderen Parteien anzufertigen.

16 § 6 Abs. 2 Satz 1 zweiter Halbsatz BWG 2020.

17 § 6 Abs. 5 Satz 1 BWG 2020.

18 § 6 Abs. 5 Satz 1 BWG 2020. – Das Bundeswahlgesetz spricht nicht von »einfügen«, sondern von »abrechnen«. Wir geben der Diktion des Bayerischen Verfassungsgerichtshof den Vorzug, dass Direktmandate in das verhältniswahlrechtliche Verteilungsprinzip »eingefügt« werden; siehe BayVerfGHE 65 (2012) 189–218 [211].

19 § 6 Abs. 5 Satz 2 BWG 2020.

20 Bruchzahlen werden aufgerundet. Zum Beispiel verzeichnet bei der Wahl 2017 die CDU in Niedersachsen 16 Direktmandate und 21 Fiktivsitze. Der Mittelwert $16/2 + 21/2 = 18,5$ wird aufgerundet zu 19 Mindestsitzen.

21 Mindestsitze = $1/2$ (Dir. + Fiktivsitze) = $1/2$ (Dir. + (Dir. + fiktive Listensitze)) = Dir. + $1/2$ fiktive Listensitze, wobei »Dir.« die Direktmandate bezeichnet. – Bruchzahlen werden aufgerundet. In vorstehendem Beispiel, in dem auf die CDU in Niedersachsen 16 Direktmandate und 5 fiktive Listensitze entfallen, wird die Summe $16 + 2,5 = 18,5$ aufgerundet zu 19 Mindestsitzen.

22 § 6 Abs. 5 Ende von Satz 1 BWG 2020. – Im BWG 2013 war der Mindestanspruch einer Partei gleich der Summe der (dortigen) Mindestsitze ihrer Landeslisten.

23 § 6 Abs. 5 Satz 2 BWG 2020.

24 § 6 Abs. 5 Satz 3 BWG 2020.

CDU-Landeslisten, Wahl 2017	Direktmandate	Fiktivsitze	Fiktivüberhänge	Fiktive Listensitze	Mindestsitze
Schleswig-Holstein	10	7	3	0	10
Mecklenburg-Vorpommern	6	4	2	0	6
Hamburg	1	3	0	2	2
Niedersachsen	16	21	0	5	19
Bremen	0	1	0	1	1
Brandenburg	9	6	3	0	9
Sachsen-Anhalt	9	5	4	0	9
Berlin	4	6	0	2	5
Nordrhein-Westfalen	38	43	0	5	41
Sachsen	12	9	3	0	12
Hessen	17	14	3	0	17
Thüringen	8	5	3	0	8
Rheinland-Pfalz	14	11	3	0	14
Baden-Württemberg	38	27	11	0	38
Saarland	3	2	1	0	3
Summe	185	164	36	15	194

Schaubild 1: Mindestsitze der Landeslisten der CDU, Bundestagswahl 2017. Die Unterschiede von Direktmandaten und Fiktivsitzen führen zu Fiktivüberhängen und fiktiven Listensitzen. Die Mindestsitze einer Landesliste sind im BWG 2020 definiert als die Summe von Direktmandaten und der (aufgerundeten) Hälfte der fiktiven Listensitze.

4. Erhöhung der Bundestagsgröße und Oberzuteilung

In der vierten Stufe wird die Bundestagsgröße erhöht, bis jede Partei ihren Mindestanspruch erreicht oder übertrifft.²⁵ Dieses vom BWG 2013 bekannte Vorgehen wird im BWG 2020 ergänzt um den Zusatz, dass bis zu drei Fiktivüberhänge unberücksichtigt bleiben:²⁶

»Bei der Erhöhung bleiben in den Wahlkreisen errungene Sitze, die nicht nach Abs. 4 Satz 1 von der Zahl der für die Landesliste ermittelten Sitze abgerechnet werden können, bis zu einer Zahl von drei unberücksichtigt.«

In der Gesetzesnorm ist unklar, ob der Passus »bis zu einer Zahl von drei« auf jede der Landeslisten einzeln oder auf die Gesamtheit der Landeslisten einer Partei oder auf die Gesamtheit aller Parteien zielt. Die Unklarheit findet ihre Ursache darin, dass die »Zahl der für die Landesliste ermittelten Sitze« das Substantiv »Landesliste« im Singular führt.²⁷

Alle Proberechnungen, von denen wir informell Kenntnis erhalten haben, deuten den Gesetzestext so, dass die Obergrenze sich auf die Gesamtheit der Parteien bezieht. Daher unterstellen wir den Interpretationskonsens, dass bis zu in Summe drei Fiktivüberhänge gemeint sind:

»Bei der Erhöhung bleiben bis zu in Summe drei Fiktivüberhänge unberücksichtigt.«

Die Ergänzung »bis zu« ist wichtig. Sie lässt offen, wie viele Fiktivüberhänge stehen bleiben. Denn die Mindestansprüche von Parteien *ohne* Fiktivüberhänge sind *immer* vollumfänglich zu erfüllen. Oft bewirkt deren Erfüllung, dass im Windschatten jede Partei *mit* Fiktivüberhängen ihren Mindestanspruch erreicht oder übertrifft und damit alle Fiktivüberhänge eingefügt sind.

Im vorliegenden Aufsatz bezeichnen wir mit dem Begriff »Überhangmandat« einen Fiktivüberhang aus der fiktiven ersten Verteilung, der nicht in die Verhältnisrechnung der faktischen zweiten Verteilung eingefügt wird, sondern als eigenständiges Direktmandat hinzugegeben wird.

Bei Anwendung der Erhöhungsregelung auf die Wahl 2017 wäre die Bundestagsgröße auf 686 Gesamtmandate erhöht worden, nämlich auf 683 Proporzmandate zuzüglich ein CDU-Überhangmandat und zwei CSU-Überhangmandate.²⁸ Beides mal können die Überhangmandate als Fiktivüberhänge aus der ersten Verteilung interpretiert werden. Denn der CDU-Mindestanspruch enthält 36 Fiktivüberhänge und die CSU weist sieben Fiktivüberhänge auf.²⁹

Die Oberzuteilung der Sitze an die Parteien regelt § 6 Abs. 6 Satz 1 BWG 2020. Mit den von uns benutzten Begriffen lautet Satz 1:

»Die nach Abs. 5 zu vergebenden Sitze werden in jedem Fall [nach bundesweitem Zweitstimmenproporz im Divisorverfahren mit Standardrundung] auf die ... Parteien verteilt.«

Das Subjekt »die nach Absatz 5 zu vergebenden Sitze« meint die Gesamtmandate abzüglich etwaiger Überhangmandate, also nur die Proporzmandate.³⁰

Bei der Wahl 2017 wären also 683 Proporzmandate im Zweitstimmenproporz verteilt worden, zuzüglich ein CDU-Überhangmandat und zwei CSU-Überhangmandate; siehe Schaubild 2.

25 § 6 Abs. 5 Satz 1 BWG 2020. – Die Erhöhung startet bei den 598 Sollsitzen aus § 1 BWG, jedoch abzüglich der Direktmandate von Bewerbern und Bewerberinnen, die parteilos sind oder deren Partei wegen der Fünf-Prozent-Hürde nicht berücksichtigt wird oder für deren Partei im betreffenden Land keine Landesliste zugelassen ist (§ 6 Abs. 1 Satz 3 BWG 2020). – Bei der Wahl 2017 galt die Ausgangsgröße 598 ohne Abzug.

26 § 6 Abs. 5 Satz 4 BWG 2020.

27 BT-Drucks. 19/22504 v. 15.09.2020.

28 Wenn der Interpretationskonsens falsch liegt und stattdessen pro Partei bis zu drei Fiktivüberhänge unberücksichtigt bleiben, müsste die Bundestagsgröße auf 683 Gesamtmandate erhöht werden, nämlich auf 678 Proporzmandate zuzüglich drei CDU-Überhangmandate und zwei CSU-Überhangmandate.

29 Insgesamt werden die 598 Ausgangssitze um die Unterschiedszahl 85+3 auf 686 Gesamtmandate erhöht, nämlich auf 683 Proporzmandate zuzüglich drei Überhangmandate. In § 6 Abs. 5 Satz 5 BWG 2013 ist unklar, ob »die Unterschiedszahl« etwaige Überhangmandate einschließt oder nicht.

30 Sonst läuft das Verfahren in eine Rekursion, zum Beispiel 2017: bei 683+3 = 686 Gesamtmandaten bleiben noch zwei Überhangmandate (CDU, CSU), bei 686+2 = 688 eines (CSU), bei 688+1 = 689 eines (CSU), ..., bei 700 keines mehr. Die Erhöhung würde also erst bei 700 Gesamtmandaten enden.

Parteien	Zweitstimmen	Quotient	Proporzmandate	Mindestanspruch	Überhangmandate
Oberzuteilung von 683 Proporzmandaten zuzüglich 3 Überhangmandaten					
CDU	12.447.656	192,6	193	194	1
SPD	9.539.381	147,6	148	131	0
AfD	5.878.115	90,9	91	83	0
FDP	4.999.449	77,3	77	65	0
LINKE	4.297.270	66,48	66	59	0
GRÜNE	4.158.400	64,3	64	57	0
CSU	2.869.688	44,4	44	46	2
Summe (Bundesdivisor)	44.189.959	(64.640)	683	635	3

Schaubild 2: Oberzuteilung von 683 Proporzmandaten an die Parteien gemäß BWG 2020, Bundestagswahl 2017. Die 683 Proporzmandate werden im Zweitstimmenproporz auf die Parteien verteilt. Die Befriedigung der Mindestansprüche der Parteien führen zu einem CDU-Überhangmandat und zwei CSU-Überhangmandaten.

5. Parteiinterne Unterteilungen mit Mindestsitzbedingungen

Bei der Regelung der Unterteilungen stolpert das Gesetz wieder in Normierungsmängel. Satz 2 in § 6 Abs. 6 BWG 2020 lautet in unserer Sprache:

»In den Parteien werden die Sitze [nach Zweitstimmenproporz im Divisorverfahren mit Standardrundung] auf die Landeslisten verteilt; dabei wird jeder Landesliste mindestens die [Zahl ihrer Mindestsitze] zugeteilt.«

Das Subjekt »die Sitze« scheint mit Bezug auf den vorhergehenden Satz 1 »die Proporzmandate« der Partei meinen zu wollen. Diese Meinung kann keinen Bestand haben, wie die Wahl 2017 zeigt. Es ist unmöglich, dass die CDU mit 193 Proporzmandaten jeder Landesliste ihre Mindestsitze garantieren, weil letztere sich zu 194 aufaddieren. Ebenso wenig können 44 CSU-Proporzmandaten den Mindestanspruch von 46 Sitzen erfüllen. Das Subjekt »die Sitze« muss verstanden werden als »ihre Proporzmandate zuzüglich etwaiger Überhangmandate«.³¹

Die parteiinternen Unterteilungen an die Landeslisten beruhen auf der mindestsitzbedingten Variante des Divisorverfahrens mit Standardrundung. Sie startet mit den Mindestsitzen und ergänzt die weiteren Listenmandate nach Proporzregeln. In der Wahl 2017 würden die 194 CDU-Mandate durch die 194 Mindestsitze schon voll ausgeschöpft, so dass sich eine ergänzende Rechnung erübrigt. Bei der SPD entfele auf je 65.000 Zweitstimmen rund ein Sitz, außer in Hamburg und Bremen, wo die Zahlen der Mindestsitze bestimmend sind. Bei den anderen Parteien bliebe der Zweitstimmenproporz von den Mindestsitzen unbeeinträchtigt.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass sich die Ober- und Unterteilungen im BWG 2020 undurchsichtig darstellen. Es reicht nicht, die Erststimmenergebnisse in den Wahlkreisen, die Zweitstimmenergebnisse der Landeslisten und die Zahl der Gesamtmandate anzugeben. Man muss auch sagen, wie viele Proporzmandate es sind und wie viele Überhangmandate, wie viele Überhangmandate die Landeslisten aufweisen, wie groß für jede Partei ihr Mindestanspruch an Sitzen ist und wie viele Mindestsitze den 96 Landeslisten³² garantiert werden.

Im Folgenden werden wir die einzelnen Regelungselemente des BWG 2020 auf ihren verfahrenstechnischen Beitrag hin analysieren und ihre verfassungsrechtliche Festigkeit kom-

mentieren, soweit uns das aus unserer Sicht als Mathematiker möglich ist. Zunächst wenden wir uns der Rolle zu, die den im BWG 2020 zugelassenen Überhangmandaten zukommt.

IV. Überhangmandate: Viel Lärm um nichts

Es ist weniger einem Sachargument geschuldet, dass das BWG 2020 bis zu drei Überhangmandate in Kauf nimmt, als vielmehr dem Verhandlungsforgang in der Sitzung des Koalitionsausschusses am 25.08.2020. Im Vorfeld waren bis zu fünfzehn Überhangmandate im Gespräch, dann sieben³³ und danach fünf. Geworden sind es schließlich drei.

Überhangmandate führen zu einer Differenzierung des Grundsatzes der Wahlgleichheit. Differenzierende Regelungen müssen zur Erreichung ihres Ziels geeignet und durch Gründe gerechtfertigt sein, die von mindestens gleichem Gewicht wie die Gleichheit der Wahl sind.³⁴ Gemessen an diesen Vorgaben sehen wir eine Reihe von Problemen.

Die Überhangmandate tragen zu einer Verminderung der Bundestagsvergrößerung kaum bei; aus unserer Sicht sind sie zur Erreichung dieses Ziels nicht geeignet (1). Zudem sind die gesetzlichen Regelungen zum Nachrücken in Überhangmandate mangelhaft (2). Überhangmandate sind begleitet von einem sicheren Auftreten doppelter Stimmerfolge und einem möglichen Auftreten negativer Stimmgewichte (3). Ihnen kommt im BWG 2020 ein anderer Charakter zu als im BWG 2011; es erscheint uns fraglich, ob die verfassungsgerichtliche Duldung von bis zu fünfzehn Überhangmandaten im BWG 2011 sich auch auf das BWG 2020 erstreckt (4).

1. Überhangmandate und die Verminderung der Bundestagsvergrößerung

Die Gesetzesbegründung rechtfertigt Überhangmandate nicht damit, dass sie zur Erreichung der Ziele einer personalisierten Verhältniswahl notwendig seien, sondern dass ihre Zulassung dienlich ist, die Bundestagsgröße zu reduzieren:³⁵

³¹ Mit diesem Verständnis regeln die Sätze 4 und 5 in § 6 Abs. 6 BWG 2020 Inhalte, die schon geregelt sind, und können folgenlos übergangen werden.

³² Für die CDU sind 15 Landeslisten zugelassen, für SPD, AfD, FDP, LINKE und GRÜNE je 16 Landeslisten, und für die CSU eine Landesliste, zusammen also 96.

³³ Joachim Behnke: Bundestag: Ende des Wachstums? APuZ 38/2020, 24–31 [27].

³⁴ BVerfGE 131 (2013) 316–376 [Rdnr. 62f].

³⁵ BT-Drucks. 19/22504 v. 15.09.2020 [6].

»Der Entwurf nimmt nunmehr zur Reduzierung der Bundestagsgröße drei Überhangmandate in Kauf, ...«

Überhangmandate werden zugelassen, um das Wachstum der Bundestagsgröße zu dämpfen.

Dies wirft die Frage auf, ob die Differenzierung der Wahlrechtsgleichheit durch Überhangmandate, die einer Dämpfung des Wachstums der Bundestagsgröße dienen, verfassungskonform ist.³⁶ Die Gesetzesbegründung schweigt dazu, in der Literatur gibt es verneinende Stimmen.³⁷

Zudem ist zu fragen, ob die Zulassung von bis zu in Summe drei Überhangmandaten zur Erreichung des Ziels einer Reduzierung der Bundestagsgröße geeignet ist. Diese Frage muss wohl eher verneint werden, wenn man das BWG 2020 retropektiv auf frühere Wahlen anwendet, siehe Schaubild 3.³⁸

Wahlperiode	Sollgröße	BWG 2013	BWG 2020
19. BT 2017	598	709	683 + 3 = 686
18. BT 2013	598	631	631
17. BT 2009	598	671	633 + 3 = 636
16. BT 2005	598	625	606
15. BT 2002	598	608 + 2 PDS = 610	601 + 1 + 2 PDS = 604
14. BT 1998	656	693	693
13. BT 1994	656	692	692
12. BT 1990	656	718	718
11. BT 1987	496	518	518
10. BT 1983	496	501	501
9. BT 1980	496	510	510
8. BT 1976	496	508	508
7. BT 1972	496	509	509
6. BT 1969	496	515	515
5. BT 1965	496	506	506
4. BT 1961	494	503	503
3. BT 1957	494	511	511

Schaubild 3: Retrospektive Auswertung mit BWG 2013 und BWG 2020. Bei siebzehn Wahlen hätte das BWG 2020 nur viermal einen kleineren Bundestag ergeben als das BWG 2013, nur dreimal wären dabei Überhangmandate angefallen (2017, 2009, 2002).

Mit dem BWG 2020 wären nur bei drei Wahlen Überhangmandate angefallen (2017: CDU, 2 CSU; 2009: 2 CDU, CSU; 2002: SPD). Ohne Überhangmandate hätten die übri- gen Vorschriften nur zweimal zu einigen wenigen Mehrsitzen geführt (2017: 700 Sitze, d.h. vierzehn Mehrsitze; 2009: 641 Sitze, d.h. fünf Mehrsitze) und sonst nie einen Unterschied gemacht.

Behnke belegt anhand von 4.000 Simulationen des BWG 2020 aufgrund aktueller Umfragedaten, dass die Überhangmandate in der Regel zu einem äußerst überschaubaren Einspareffekt von nur sechs bis acht Sitzen führen.³⁹ Auch Vehrkamp legt dar, dass Überhangmandate wenig zur Problemlösung beitragen.⁴⁰ Viel Ärger für nichts.

2. Fehlende Normbestimmtheit der Nachrückerregelung

Im Allgemeinen wird nach Ausscheiden eines Mandatsträgers der freigewordene Sitz aus der Landesliste besetzt, der die

oder der ausgeschiedene Abgeordnete angehörte. Nur Überhangmandate sind von dieser Regelung ausgenommen.⁴¹ Im BWG 2013 konnte die Ausnahmeregelung entfallen, weil es dort keine Überhangmandate gab.

Da das BWG 2020 Überhangmandate neu zulässt, wurde die alte Ausnahmeregel reaktiviert:⁴²

»Dies gilt nicht, solange die Partei in dem betreffenden Land Mandate gem. § 6 Abs. 6 Satz 4 innehat.«

Die alte Regelung verhakt sich im neuen Gesetz gleich doppelt. Der Verweis auf Abs. 6 ist falsch (a). Zudem ist nicht geregelt, wie festzustellen ist, ob die Partei eines ausgeschiedenen Abgeordneten in seinem Land Überhangmandate innehat (b).

a) Betrachten wir zunächst den Verweis auf Abs. 6. In § 6 Abs. 6 lautet Satz 4:

»In den Wahlkreisen errungene Sitze verbleiben einer Partei auch dann, wenn sie die nach Satz 1 ermittelte Zahl übersteigen.«

Die nach Satz 1 in § 6 Abs. 6 ermittelte Mandatszahl einer Partei ist ihr Anteil an den Proporzmandaten, d.h. an den Gesamtmandaten ohne Überhangmandate. Die Wahl 2017 zeigt, dass das nicht gemeint sein kann. Die CDU hätte in den Wahlkreisen 185 Direktmandate errungen. Nach Satz 1 stünden der CDU 193 Proporzmandate zu. Die 185 CDU-Direktmandate würden die 193 CDU-Proporzmandate nicht übersteigen. Weil die CDU keine Mandate gem. § 6 Abs. 6 Satz 4 innegehabt hätte, wäre ein Nachrücken in das CDU-Überhangmandat erlaubt gewesen. Diese Erlaubnis stünde im Widerspruch zum Nachrückerverbot. Überhangmandate werden in Abs. 5 kreiert, nicht in Abs. 6. § 48 muss auf § 6 Abs. 5 Satz 4 verweisen.

b) Das Gesetz enthält keine Regelung, wie beim Ausscheiden eines Abgeordneten zu entscheiden ist, ob seine Partei in seinem Land ein Überhangmandat innehat. Die Problematik zeigt sich am Beispiel der Wahl 2017. Wie wird entschieden, in welchem Land das CDU-Überhangmandat anfiel? Das Gesetz arbeitet unter der Hypothese, dass das Überhangmandat zu den Sitzen gehört, die den CDU-Mindestanspruch ausmachen. Der Mindestanspruch besteht aus 185 Direktmandaten und neun fiktiven Listensitzen. Des Weiteren gilt die

36 Holger Mann/Christian Pohl: Die wahlrechtlichen Gleichheitssätze in der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts 3 (2014) 435–490 [442].

37 Udo Di Fabio: Gutachterliche Stellungnahme zum Vorschlag der SPD-Fraktion zu einer Reform des Bundeswahlgesetzes («Kappung von Direktmandaten») erstellt im Auftrag der CSU im Bundestag, Bonn, 24.06.2020 [Abschnitt B.I.2.(b)]. – Jochen Rauber: Mandatslose Wahlkreissieger. ZG 35 (2020) 149–180 [Abschnitt IV].

38 Für das BWG 2013 siehe Friedrich Pukelsheim/Matthias Rossi: Imperfektes Wahlrecht. ZG 28 (2013) 209–226 [222].

39 Joachim Behnke: Stellungnahme für die Anhörung des Ausschusses für Inneres und Heimat des Deutschen Bundestages am 05.10.2020, Ausschussdrucksache 19(4)584 D [Abschnitt 4.1].

40 Robert Vehrkamp: Stellungnahme für die Anhörung des Ausschusses für Inneres und Heimat des Deutschen Bundestages am 05.10.2020, Ausschussdrucksache 19(4)584 C [Abschnitt 3].

41 BVerfGE 97 (1998) 317–331.

42 § 48 Abs. 1 Satz 2 BWG 2020.

Hypothese, dass das Überhangmandat eines der 185 Direktmandate ist. Die Direktmandate bestehen aus 36 Fiktivüberhängen und den anderen 149 Direktmandaten. Die 36 Fiktivüberhänge entstehen in zehn Ländern: Schleswig-Holstein, Mecklenburg-Vorpommern, Brandenburg, Sachsen-Anhalt, Sachsen, Hessen, Thüringen, Rheinland-Pfalz, Baden-Württemberg und Saarland. Das Überhangmandat gehört in eines der zehn Länder, aber der Hypothesenkette ist nicht zu entnehmen, in welches.

Den Regelungen des BWG 2020 kann nur entnommen werden, dass der ausscheidende Abgeordnete aus *irgendeinem* der Länder kommen muss, die Fiktivüberhänge aufweisen. Gibt es davon viele, so wächst die Wahrscheinlichkeit, dass durch

die Nachrückerregelung die Überhangmandate abschmelzen. Von den sieben Überhangmandaten 2017, 2009 und 2002 wären fünf während den Legislaturperioden weggefallen. Die mittlere Amtsdauer hätte ein Jahr, sieben Monate und vier Tage betragen, siehe Schaubild 4.⁴³

Der Sachverständige Grzeszick hält obige Argumentation für widersinnig:⁴⁴

43 Quelle: www.bundestag.de/dokumente/parlamentsarchiv/datenhandbuch/02/ [Kapitel 2.7].

44 Bernd Grzeszick: Stellungnahme für die Anhörung des Ausschusses für Inneres und Heimat des Deutschen Bundestages am 05.10.2020, Ausschussdrucksache 19(4)584 E [Abschnitt A.II.4.b].

Wahlperiode	Überhang	Ausgeschieden (Land, Wahlkreis)	letzter Amtstag	Amtsdauer
19. BT 2017	CDU	Dr. Stefan Harbarth (BW, WK 277)	30.11.2018	403 Tage
	CSU-1	Marlene Mortler (BY, WK 246)	01.07.2019	616 Tage
	CSU-2			
17. BT 2009	CDU-1	Julia Klöckner (RP, WK 201)	28.05.2011	579 Tage
	CDU-2	–	–	–
	CSU	Karl-T. zu Guttenberg (BY, WK 240)	03.03.2011	493 Tage
15. BT 2002	SPD	Anke Hartnagel (HH, WK 22)	† 17.04.2004	549 Tage

Mittlere Amtsdauer: 579 Tage = 1 Jahr 7 Monate 4 Tage

Schaubild 4: Ausgeschiedene Abgeordnete auf Überhangmandaten. Von den sieben Überhangmandaten wären fünf während der Legislaturperiode frei geworden und frei geblieben, weil § 48 BWG 2020 ein Nachrücken in Überhangmandate ausschließt.

»Damit würde aber der Zweck der unausgeglichene Überhangmandate im Verlauf der Legislaturperiode recht sicher aufgehoben werden; die Überhangmandate wären in diesem Sinne nur »retardierte Kappungsmandate.«

Der Zweck der Überhangmandate ist in der Gesetzesbegründung deutlich genannt. Sie werden zur Reduzierung der Bundestagsgröße in Kauf genommen. Wenn frei gewordene Überhangmandate danach frei bleiben, wird der Zweck nicht aufgehoben, sondern es wird ihm gedient.

Um Überhangmandate vom Odium retardierter Kappungsmandate zu befreien, seien laut Grzeszick auf der Ebene der Rechtsanwendung – womit wohl der Bundeswahlleiter gemeint sein dürfte – die gesuchten Länder durch eine Vergleichsrechnung zu identifizieren. Im Bericht des Innenausschusses macht sich die Fraktion der CDU/CSU diesen Vorschlag zu eigen:⁴⁵

»Ziel dieser Vergleichsberechnung müsse sein, die oder diejenigen Landeslisten der betreffenden Partei zu identifizieren, bei der oder denen die Wahlkreissitze am wenigsten mit Zweitstimmen »unterlegt« seien. Dies könne dadurch erfolgen, dass bei einer Partei mit Überhangmandaten die Sitzzahl fiktiv so lange zu erhöhen sei, bis alle – auch die auf der Anzahl der Wahlkreissitze beruhenden – Mindestsitzansprüche dem Zweitstimmenergebnis entsprechen, bis auf die Anzahl der Überhangmandate.«

Die Sätze 1 und 2 definieren unterschiedliche Vergleichsrechnungen und führen zu unterschiedlichen Ergebnissen. Wir verdeutlichen die Unterschiede am Beispiel der Wahl 2009, bei der zwei CDU-Überhangmandate hätten identifiziert werden müssen.

Satz 1 orientiert sich am Durchschnitt von Zweitstimmen pro Sitz. Die beiden Landeslisten, deren Sitze am wenigsten mit Zweitstimmen unterlegt sind, sind das Saarland mit 44.822 und Mecklenburg-Vorpommern mit 47.914 Zweitstimmen pro Sitz. Ergo kommen die beiden Überhänger aus dem Saarland und Mecklenburg-Vorpommern. Die ersten CDU-Abgeordneten aus dem Saarland und aus Mecklenburg-Vorpommern, die ausscheiden, nehmen ihren Sitz mit.

Satz 2 erhöht die Sitzzahl der CDU und verfolgt, in welcher Reihenfolge die Mindestansprüche der Landeslisten erreicht werden. Bei gedachten 229 CDU-Sitzen verbleiben erstmals nur zwei Länder mit je einen Sitz unter ihrem Mindestanspruch: Baden-Württemberg und Saarland. Ergo kommen die beiden Überhänger aus Baden-Württemberg und dem Saarland. Wenn einer davon ausscheidet, bleibt der Sitz frei.

Was soll der Bundeswahlleiter tun? Eine denkbare Richtigstellung in das Gesetz hineindeuten? Oder die Überhang-Länder mittels des Durchschnitts von Zweitstimmen pro Sitz identifizieren? Oder mittels der Reihenfolge, wie die Mindestsitze bei wachsender Sitzzahl erreicht werden? Es wäre Aufgabe des Gesetzes, hier für Klarheit zu sorgen.

3. Doppelte Stimmerfolge und negative Stimmgewichte

Überhangmandate gehen einher mit doppelten Stimmerfolgen. Denn Wähler, die mit ihren Erststimmen einem Bewerber zu einem Überhangmandat verhelfen, tragen mit ihren Zweitstimmen auch zur Verhältnisrechnung bei. Wollte man

45 BT-Drucks. 19/23187 v. 07.10.2020 [6].

wissen, wie viele Wähler von einem doppelten Stimmerfolg profitieren, müsste man untersuchen, welche Abgeordnete Überhangmandate innehaben. Der Ertrag einer solchen Untersuchung wäre gering, weil das Bundesverfassungsgericht den doppelten Stimmerfolg bei Überhangmandaten »ausnahmsweise« duldet. Die Duldsamkeit des Gerichts erstreckt sich nicht auf Wahlkreissieger, die parteilos sind oder deren Partei wegen der Fünf-Prozent-Hürde nicht berücksichtigt wird oder für deren Partei im betreffenden Land keine Landesliste zugelassen ist. Bei deren Wähler verfällt die Zweitstimme, um eine »regelwidrige Verdoppelung des Stimmgewichts« zu unterbinden.⁴⁶

Die Zulassung von Überhangmandaten im BWG 2020 bietet auch Angriffsflächen für Gegenläufigkeiten von Stimmen und Sitzen, die unter der Überschrift »negative Stimmgewichte« subsummiert werden.⁴⁷ Eine Partei kann bei mehr Zweitstimmen hinterher schlechter dastehen als vorher, denn mehr Zweitstimmen führen tendenziell zu einem Abbau von Überhangmandaten. Weniger Zweitstimmen können bewirken, dass Proporzmandate sich zu Überhangmandaten wandeln. Etwaige Effekte werden verstärkt durch die Veränderlichkeit der Bundestagsgröße und die Unbestimmtheit der Anzahl der Überhangmandate. Angesichts des Bildes, das das BWG 2020 abgibt, dürften Konstrukte, in denen negatives Stimmgewicht sichtbar wird, eine eher nur marginale Rolle spielen.

4. Überhangmandate und personalisierte Verhältniswahl

Die Begründung des Gesetzentwurfs verweist darauf, dass die Ungleichheit verfassungsrechtlich erlaubt sei,⁴⁸ weil das BWG 2020 weit unter der Obergrenze von fünfzehn Überhangmandaten bleibe, die das Bundesverfassungsgericht im Urteil zum BWG 2011 gesetzt habe.⁴⁹ Wie üblich beinhaltet das angesprochene Urteil eine sorgfältige Aufgliederung der Schritte, die zur Konklusion führen. Das Gericht macht klar, von welcher Prämisse es ausgeht:⁵⁰

»Diese Ungleichheit könne nur hingenommen werden, soweit sie notwendig sei, um das Anliegen der personalisierten Verhältniswahl zu verwirklichen; ...«

Die Prämisse, dass die Ungleichheit »notwendig« sei, trifft zu auf das vom Gesetzgeber geschaffene Wahlsystem im BWG 2011. Dort kam es notwendig zu Überhangmandaten in Fällen, in denen im Land mehr Direktmandate anfielen als Sitze für die Landesliste errechnet wurden.

Dagegen sind im BWG 2020 Überhangmandate als fremder Spross den anderen Normen aufgepfropft. Die daraus erwachsene Ungleichheit kann nicht als »notwendig« bezeichnet werden, die frühere Prämisse bricht weg. Das Urteil zum BWG 2011 ist nur bedingt aussagekräftig für das BWG 2020. Natürlich könnte eine andere Prämisse zu derselben Konklusion führen, dass auch im BWG 2020 fünfzehn Überhangmandate verfassungsrechtlich erlaubt wären. Ein alternativer Argumentationsweg wird jedoch in der Gesetzesbegründung nicht aufgezeigt.

Neben Überhangmandaten führt das BWG 2020 andere Modifikationen ein, denen wir uns als nächstes zuwenden.

V. Verfahrensmodifikationen: Herumdoktern im Klein-Klein

Das BWG 2020 modifiziert die Rechenvorschriften des Vorgängergesetzes an mehreren Stellen. Statt die Mindestsitze der Landeslisten wie früher so zu bestimmen, dass die Zahl der Direktmandate um die Gesamtheit der fiktiven Listensitze erhöht wird, begnügt sich das BWG 2020 nun mit einer Erhöhung um die Hälfte der fiktiven Listensitze (1). Die Dämpfung der Erhöhung ist aber so gering, dass das BWG 2020 nie die Sollgröße von 598 Sitzen einhält (2). Zudem wird die direktmandatebedingte Variante des Divisorverfahrens mit Standardrundung, die früher für die parteiinternen Unterteilungen benutzt wurde, nun durch eine mindestsitzebedingte Variante ersetzt, die mit dem Grundsatz der Erfolgswertgleichheit in Konflikt gerät (3).

1. Mindestsitze der Landeslisten

Das BWG 2020 – wie vorher schon das BWG 2013 – beginnt mit einer Überschlagsrechnung, die sicher stellt, dass im weiteren Verlauf die festgestellten Direktmandate in den Verhältnisausgleich eingefügt werden können. Im BWG 2013 wurden am Ende alle Direktmandate eingefügt, im BWG 2020 sind es alle bis in Summe auf drei.

In einem ersten Schritt startet die Überschlagsrechnung pro Land mit den von einer Partei gewonnenen Direktmandaten. Sie addiert dann einen gewissen Aufschlag hinzu, um später auch Listenmandate bereitstellen zu können für Landeslisten, die keine oder nur wenige Direktmandate vorweisen.⁵¹ Beide Gesetze orientieren den Aufschlag an der fiktiven (ersten) länderspezifischen Verteilung von 598 Sollsitzen (Abschnitt III.3). Im BWG 2020 umfasst der Aufschlag die Hälfte der fiktiven Listensitze,⁵² im früheren BWG 2013 umfasste er alle.

Der geringere Aufschlag im BWG 2020 soll zur merklichen Reduzierung der Bundestagsgröße beitragen. Leider geht der Wunsch nicht in Erfüllung. Um den Beitrag des Konzeptes bewerten zu können, muss erst noch der zweite Schritt in der Überschlagsrechnung gemacht werden, die Mindestansprüche an Sitzen für die Parteien zu bestimmen.

2. Mindestansprüche der Parteien

Im zweiten Schritt der Überschlagsrechnung werden pro Partei die Mindestsitze ihrer Landeslisten aufaddiert. Im BWG 2013 hatte es damit sein Bewenden. Der Mindestanspruch an Sitzen einer Partei war dort definiert als die Summe der (dortigen) Mindestsitze ihrer Landeslisten. Im BWG 2020 wird es komplizierter, weil obendrein noch die Summe der Fiktivsitze

46 BVerfGE 7 (1958) 63–75.

47 Sophie Schönberger: Stellungnahme für die Anhörung des Ausschusses für Inneres und Heimat des Deutschen Bundestages am 05.10.2020. Ausschussdrucksache 19(4)584 B [Abschnitt IV.2].

48 Bundestagsdrucksache 19/22504 v. 15.09.2020 [6].

49 BVerfGE 131 (2013) 316–376 [Rdnr. 144].

50 BVerfGE 131 (2013) 316–376 [Rdnr. 117].

51 Ähnlich Richard Peifer/Daniel Lübbert/Kai-Friederike Oelbermann/Friedrich Pukelsheim: Direktmandatorientierte Proporzanpassung: Eine mit der Personenwahl verbundene Verhältniswahl ohne negative Stimmgewichte. DVBl 12/2012, 725–730. Dort beträgt der Aufschlag zehn Prozent der Direktmandate.

52 § 6 Abs. 5 Satz 2 BWG 2020. – Bruchzahlen werden aufgerundet; siehe Fußn. 20 und 21.

aller Landeslisten einer Partei ins Spiel gebracht wird.⁵³ Der Sitzanspruch einer Partei muss mindestens die Summe der Mindestsitze der Landeslisten und gleichzeitig mindestens die Summe der Fiktivsitze der Landeslisten erreichen.⁵⁴

Die Definition zieht skurrile Effekte nach sich. So wäre bei allen Wahlen zwischen 1965 und 1990 sowie auch 2005 und 2013 die CSU als die Partei erschienen, von der die letztendliche Erhöhung der Bundestagsgröße abhängt. Diese Rolle wäre der CSU nicht wegen ihrer Direktmandatsgewinne zugefallen, sondern wegen ihrer übergroßen Zahl an Fiktivsitzen!⁵⁵

Die Gesetzesbegründung versucht, das Herumdoktern im Klein-Klein mit verwickelten Gedanken zur fiktiven ersten Verteilung zu erklären.⁵⁶ Die fiktive erste Verteilung verteilt 598 Sitze, ihr föderaler Ansatz bleibt auf länderweise Erfolgswertgleichheiten beschränkt. All das hat keine abschließende Aussagekraft für die endgültige Sitzzuteilung. Denn im Endergebnis sind alle Gesamtmandate zu verteilen und es gibt nur eine unitarische Erfolgswertgleichheit, nicht sechzehn länderweise Erfolgswertgleichheiten.

Jenseits aller Psychologie erfüllt die an den Mindestansprüchen ausgerichtete Erhöhung der Bundestagsgröße nicht ihren Zweck, den Aufwuchs der Bundestagsgröße wirksam zu dämpfen. Dies wird augenfällig in Schaubild 3. In den meisten Wahlen kommt mit dem neuen BWG 2020 dieselbe Gesamtzahl an Mandaten heraus wie mit dem alten BWG 2013, eine Reduzierung der Bundestagsgröße findet nicht statt. Symptomatisch sind die Dämpfungen bei den Wahlen 2009 und 2017, in denen beides mal die CDU ausschlaggebend für die Erhöhung ist. In 2009 hat die CDU zwanzig fiktive Listensitze, durch die Halbierung (und Rundung) verringert sich der Aufschlag auf dreizehn Sitze. In 2017 hat die CDU fünfzehn fiktive Listensitze, durch die Halbierung (und Rundung) verringert sich der Aufschlag auf neun Sitze. Je kleiner die Gesamtzahl der fiktiven Listensitze wird, desto geringer ist der Reduzierungseffekt.

Schönberger weist auf Umfragedaten hin, bei denen auf die CDU nur vier fiktive Listensitze entfallen (drei in Hamburg, einer in Berlin); die Summe der hälftigen fiktiven Listensitze wäre dann drei.⁵⁷ Die Reduzierung der Bundestagsgröße stellt sich nicht so ein wie gewünscht.

Behnke kommt auf der Grundlage seiner extensiven Simulationen zu dem Schluss, dass der Einspareffekt unter den gegebenen Umständen nahezu ignorierbar ist.⁵⁸ Das Herumdoktern an Mindestsitzen und Mindestansprüchen bringt nichts. Eine nachhaltige Dämpfung des Aufwuchses der Bundestagsgröße wird dadurch nicht bewirkt.

3. Mindestsitzebedingte Variante für die parteiinternen Untertzuteilungen

Die Vorschrift, die das BWG 2020 für die parteiinternen Untertzuteilungen vorsieht, ist ebenfalls verbesserungsbedürftig. Das Gesetz normiert für die Untertzuteilungen die mindestsitzebedingte Variante des Divisorverfahrens mit Standardrundung.⁵⁹ Bei der Wahl 2017 hätte die CDU einen Mindestanspruch von 194 Sitzen gehabt, bestehend aus 185 Direktmandaten und neun fiktiven Listensitzen. Das BWG 2020 garantiert nicht nur die Einfügung der 185 CDU-Direktmandate in den Verhältnisausgleich – was nachvollziehbar und verfassungsrechtlich

erlaubt ist. Es garantiert nun auch die Einfügung von neun fiktiven CDU-Listensitzen aus der ersten Verteilung – was überraschend und verfassungsrechtlich zu prüfen ist.

Die neue Variante verletzt die Erfolgswertgleichheit der Wählerstimmen. Denn würde man nur die Direktmandate sicher einfügen wollen, wäre nicht die mindestsitzebedingte Variante anzuwenden, sondern die direktmandatebedingte Variante. In der Wahl 2017 wäre für die CDU der Sockel der 185 Direktmandate um neun Listenmandate aufzustocken. Diese würden entfallen auf die Landeslisten Hamburg (1. und 3. Sitz), Bremen (2. Sitz), Niedersachsen (4., 6., 7. und 9. Sitz), Berlin (5. Sitz) und Nordrhein-Westfalen (8. Sitz). Die Landesverbände Hamburg und Niedersachsen bekommen also je ein Mandat mehr (3 statt 2 bzw. 20 statt 19) und Nordrhein-Westfalen erhält zwei Mandate weniger (39 statt 41) als gemäß BWG 2020.

Welches Ergebnis ist besser? Die Antwort ist enthalten in den Erfolgswerten der Wählerstimmen, mit denen Sitzzuteilungen in Verhältniswahlssystemen zu beurteilen sind.

Das Bundesverfassungsgericht benutzt als Kennzahlen nicht die eigentlichen Erfolgswerte der Wählerstimmen, sondern die leichter verständlichen Vertretungsgewichte der Mandate, also die Durchschnitte von Zweitstimmen pro Sitz.⁶⁰ Für die mindestsitzebedingte Variante des BWG 2020 berechnen sich die Vertretungsgewichte der CDU-Mandate in Hamburg, Niedersachsen und Nordrhein-Westfalen zu 133.156, 85.446 bzw. 78.391 Stimmen pro Sitz. Für die direktmandatebedingte Variante ergeben sich die Durchschnitte 88.771, 81.174 bzw. 82.411. Es ist mit bloßem Auge zu sehen, dass die direktmandatebedingte Sitzzuteilung dem Ideal der Erfolgswertgleichheit besser gerecht wird als die mindestsitzebedingte Zuteilung.

Das ist nicht nur 2017 für die CDU so, sondern immer. Die direktmandatebedingte Variante des Divisorverfahrens mit Standardrundung ist erfolgswertoptimal unter allen konkurrierenden Sitzzuteilungsmethoden, die die Direktmandatsgewinne einfügen und unangetastet mitführen.⁶¹ Die Regelung im BWG 2020 bedeutet eine Abweichung von der Wahlrechtsgleichheit. Dafür bräuchte es eine Rechtfertigung, die dem Gleichheitsgrundsatz die Waage halten kann.⁶²

53 § 6 Abs. 5 Satz 3 BWG 2020.

54 § 6 Abs. 5 Satz 1 BWG 2020.

55 Dies liegt daran, dass die Wahlbeteiligung in Bayern stets niedriger war als im Bundesdurchschnitt, außer 2005. Bei der Wahl 2005 hatten die Parteien, die an der Fünf-Prozent-Hürde scheiterten, in Bayern einen größeren Stimmanteil als im Bundesdurchschnitt.

56 BT-Drucks. 19/22504 v. 15.09.2020 [8]. – Matthias Rossi: Reform des Wahlrechts: GroKo-Gesetz gefährdet Bundestagswahl. Internet: www.lto.de/persistent/a_id/43083/.

57 Schönberger: Stellungnahme, Fußn. 47 [3f].

58 Behnke: Stellungnahme, Fußn. 39 [21].

59 § 6 Abs. 6 Satz 2 BWG 2020.

60 Friedrich Pukelsheim: Mandatzuteilungen bei Verhältniswahlen: Vertretungsgewichte der Mandate. KritV 83 (2000) 76–103 [78]. – Der Erfolgswert einer für eine Partei abgegebenen Zweitstimme ist gleich dem Quotienten aus Stimmenanteil und Sitzanteil der Partei. Die Auswertungen von Erfolgswerten und Vertretungsgewichten führen allermeist (so wie hier) zu denselben Schlussfolgerungen.

61 Friedrich Pukelsheim: Bundeswahlgesetz – Nächste Etappe. DVBl 14/2008, 889–897 [895].

62 Grzeszick ist gegenteiliger Auffassung und hält die parteiinternen Untertzuteilungen mit Blick auf die Wahlrechtsgleichheit für nicht rechtfertigungsbedürftig; siehe Grzeszick: Stellungnahme, Fußn. 44 [5].

Davon ist in der Begründung des Gesetzentwurfs direkt nichts zu finden. Indirekt wird auf das fürsorgliche Anliegen verwiesen, dass die garantierten Mindestsitze dafür sorgen, dass Landeslisten, die bei den Zweitstimmen erfolgreich waren, aber ohne oder mit nur wenigen Direktmandate dastehen, nicht ganz ohne Listenmandate bleiben.⁶³

Das Fürsorgemotiv dürfte zum Beispiel 2017 der Hamburger CDU gegolten haben, die bei nur einem Direktmandat 266.312 Zweitstimmen aufwies. Gemäß BWG 2020 würde sie zwei Mandate erhalten. Unter dem Schirm der Erfolgswertoptimalität bekäme der Landesverband allerdings drei Mandate. Die erfolgswertoptimale Variante setzt den Fürsorgedrang des Gesetzgebers besser um als das BWG 2020.⁶⁴

VI. Weniger Wahlkreise: Silberstreif am Horizont

Von den Aktionen, die das Änderungsgesetz zur Verminderung der Bundestagsvergrößerung auflistet, lautet der erste Punkt, die Zahl der Wahlkreise ab 01.01.2024 von derzeit 299 auf künftig 280 zu verringern. Diese Aktion wird die beabsichtigte Wirkung zeigen, den Aufwuchs der Bundestagsvergrößerung merklich zu dämpfen.

Behnke kommt in seiner Simulationsstudie zum Ergebnis, dass 280 Wahlkreise eine Bundestagsgröße von 690 Abgeordneten erwarten lassen.⁶⁵ Die simulierten Hausgrößen waren um den Erwartungswert 690 symmetrisch verteilt, eine Hälfte der Simulationsrechnungen führte zu kleineren Bundestagen, die andere zu größeren.

Dieser Befund deckt sich mit unserer »Vierzig-Prozent-Regel«:⁶⁶

»Vierzig Prozent der Gesamtsitze können in Gestalt von Direktmandaten in den Zweitstimmenproporz eingefügt werden.«

Die Regel zielt auf die bundesdeutschen Verhältnisse ab, die in jüngerer Zeit durch eine zunehmende Auffächerung des Parteiensystems geprägt sind. Zahlreiche empirische Untersuchungen kommen zu ähnlichen Schlussfolgerungen und bestätigen die Vierzig-Prozent-Regel.⁶⁷

Durch die Vierzig-Prozent-Regel werden Sollgröße des Bundestages und Anzahl der Wahlkreise miteinander verknüpft. Das BWG 2020 missachtet diese Verknüpfung. Es ist unaufrichtig, gleichzeitig eine Sollgröße von 598 Sitzen und eine Anzahl von 280 Wahlkreisen vorzugeben. Eine mit der Personenwahl verbundenen Verhältniswahl, die bei Wahrung der Direktmandate am Zweitstimmenproporz orientiert ist, kann diese Vorgaben nicht realisieren.

Wird die Sollgröße bei 598 Mandaten belassen, ist die Anzahl der Wahlkreise auf 240 zu senken. Wird die Zahl der Wahlkreise auf 280 reduziert, ist die Sollgröße anzuheben, etwa auf 700. Die im Gesetzentwurf der Fraktionen FDP, DIE LINKE und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN vorgeschlagene Kombination von 630 Gesamtmandaten und 250 Wahlkreisen ist mit der Vierzig-Prozent-Regel verträglich.⁶⁸

VII. Personenwahl pur: Trugbild Mehrheitswahl

Im System einer mit der Personenwahl verbundenen Verhältniswahl wird die Personenwahlkomponente gelegentlich

als »vorgeschaltete Mehrheitswahl« umschrieben.⁶⁹ Die Deutung als Mehrheitswahl ist trügerisch. Würde die Deutung als Mehrheitswahl zutreffen, sollte es Wahlabsprachen von Parteien geben, die sich politisch nahestehen. Beim Ausscheiden eines Mandatsträgers müsste es zu einer Nachwahl kommen. Zudem wären die Maßstäbe für die Unterschiede in den Wahlkreisgrößen enger zu ziehen.⁷⁰ Laut Venedig-Kommission soll der Abstand der Bevölkerungsgröße eines Wahlkreises von der durchschnittlichen Wahlkreisgröße unter 10 % bleiben (Soll-Schranke) und muss die Obergrenze von 15 % einhalten (Muss-Schranke).⁷¹ Stattdessen führt das BWG 2020 die freizügige Tradition seiner Vorgängergesetze fort und setzt die Soll-Schranke auf 15 % und die Muss-Schranke auf 25 %.⁷²

Jenseits dieser technischen Aspekte wäre es vom System her problematisch, wenn die Personenwahl zu dominieren beginnt. Eine solche Entwicklung würde wohl auch Rückwirkungen auf das Wahlverhalten haben. Denn wenn die CSU-Anhänger davon ausgehen können, dass sie für die CSU nicht mehr Gutes tun können, als der Partei ihre Erststimme zu geben, dann werden sie im Gebrauch der Zweitstimme frei und können auf einen doppelten Stimmerfolg hinwirken.⁷³ Zum Beispiel könnten sie die Zweitstimmen der Partei FREIE WÄHLER geben und hoffen, dass diese in den Bundestag einzieht und dort der CSU sekundiert.

Es war Bundesinnenminister Zimmermann (CSU), der solch einer Abwanderung von CSU-Wählern entgegenwirken wollte und für die Stimmzettelgestaltung verfügte, den Hinweis

»– maßgebende Stimme für die Verteilung der Sitze insgesamt auf die Parteien –«

63 BT-Drucks. 19/22504 v. 15.09.2020 [Besonderer Teil, zu Doppelbuchstabe bb, zu Buchstabe a].

64 Die vier Hamburger CDU-Abgeordneten haben sich bei der Schlussabstimmung zum BWG 2020 der Stimme enthalten; siehe Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll 19/183 v. 08.10.2020 [23064C].

65 Behnke: Stellungnahme, Fußn. 39 [15].

66 Friedrich Pukelsheim: Stellungnahme für die Anhörung des Ausschusses für Inneres und Heimat des Deutschen Bundestages am 05.10.2020, Ausschussdrucksache 19(4)584 A [Anlage 2].

67 Friedrich Pukelsheim: Mandatzuteilungen, KritV, Fußn. 60 [97]. – Joachim Behnke: Überhangmandate und negatives Stimmgewicht: Zweimannwahlkreise und andere Lösungsvorschläge. ZParl 41 (2010) 247–260. – Valentin Schröder: Parteienproporz, Länderproporz und Bundestagsgröße im neuen Bundestagswahlrecht. ZParl 45 (2014) 838–858. – Joachim Behnke: Einfach, fair, verständlich und effizient – personalisierte Verhältniswahl mit einer Stimme, ohne Direktmandate und einem Bundestag der Regelgröße. ZParl 50 (2019) 630–654. – Philipp Weinmann/Florian Grotz: Seat enlargements in mixed-member proportional systems. West European Politics 44 (2021) 946–968. – Philipp Weinmann/Florian Grotz: Reconciling parliamentary size with personalized proportional representation? German Politics 30 (2021).

68 BT-Drucks. 19/14672 v. 06.11.2019.

69 BT-Drucks. 19/22504 v. 15.09.2020 [5]. BVerfGE 97 (1998) 317–331 [Rdnr. 25]. – In jüngeren Entscheidungen spricht das BVerfG stattdessen von einer »vorgeschalteten Personenwahl«.

70 BVerfGE 131 (2013) 316–376 [Rdnr. 60f, 121, 138].

71 Europäische Kommission für Demokratie durch Recht (Venedig-Kommission): Verhaltenskodex für Wahlen. Mitteilung Nr. 190/2002 v. 30.10.2002, CDL-AD(2002)023rev2-cor [18]. – Den Empfehlungen der Venedig-Kommission kommt im innerstaatlichen Bereich keine unmittelbare Bindungswirkung zu; siehe BVerfGE 151 (2020) 152–173 [Rdnr. 48]. 72 § 3 Abs. 1 Ziffer 3 BWG 2020.

73 Ein solches Wählerverhalten hätte desaströse Auswirkungen auf das BWG 2020. Der Erhöhungsmechanismus würde die Bundestagsgröße in astronomische Höhen treiben.

dem Aufdruck »Zweitstimme« voranzusetzen.⁷⁴ Rein rechtlich mag die Verfügung nicht mehr gelten als eine leere Versprechung, so wie die Nennung einer gesetzlichen Sollgröße von 598 Sitzen auch nicht allzu ernst gemeint ist. Dem Wahlsystem sind falsche Versprechungen allerdings überaus abträglich. Ein Wahlsystem sollte halten, was es dem Wahlvolk verspricht.

VIII. Resümee

Zusammenfassend finden wir, dass es beim BWG 2020 an unnötig vielen Stellen hakt und klemmt. Eine mit der Personenwahl verbundene Verhältniswahl will von ihrem Anspruch her die Direktmandate der Wahlkreissieger prominent in den Vordergrund stellen. Das BWG 2020 versteckt die Direktmandate in einem undurchsichtigen Gefüge von Mindestsitzen der Landeslisten und Mindestansprüchen der Parteien, die in einer ersten Verteilung erzeugt werden. Die erste Verteilung bleibt unverbindlich, weil sie auf fiktive 598 Sollsitze beschränkt ist und die faktische Zahl der Gesamtmandate nicht erfasst.

Die erste Aufgabe, die dem fiktiven Vorlauf zukommt, ist die Bestimmung einer Bundestagsgröße, die hinreicht, um alle Direktmandatsgewinne in den Zweitstimmenproporz des faktischen Verhältnisausgleichs einfügen zu können. Das BWG 2013 verfuhr hier zu großzügig und bewirkte einen übermäßigen Aufwuchs, der zukünftig gedämpft werden soll. Die ein-

zig spürbare Dämpfung, die das BWG 2020 beiträgt, ist die Verringerung der Anzahl der Wahlkreise auf 280. Im Blick auf 598 Sollsitze fällt die Reduzierung zu schwach aus, zudem wird sie erst ab der übernächsten Wahl realisiert werden.

Dem fiktiven Vorlauf kommt noch eine zweite Aufgabe zu, nämlich die Kreation von Überhangmandaten. Weil im BWG 2020 die faktische zweite Verteilung frei ist von Überhangmandaten, müssen sie anderswo erzeugt werden. Der Ort dieses Anderswo ist die fiktive erste Verteilung. Wir meinen, dass Überhangmandate entbehrlich sind.

Das System einer mit der Personenwahl verbundenen Verhältniswahl des Bundeswahlgesetzes ist ein Exportschlager des demokratischen Deutschlands. In der Literatur wird es als das Beste beider Welten diskutiert – der Welt der Personenwahl und der Welt der Verhältniswahl, wenn auch mit abschließendem Fragezeichen.⁷⁵ Was überzeugt ist der symbolische Gehalt des Systems, die beiden Welten miteinander zu verbinden. Woran es hapert, ist die Anpassung technischer Einzelheiten an den gesellschaftlichen Wandel.

74 BGBl. I 47 (1985) 1769–1869 [1844]. – Hans Meyer: Der Überhang und anderes Unterhaltsames aus Anlass der Bundestagswahl 1994. *KritV* 77 (1994) 312–362 [326].

75 Matthew Soberg Shugart/Martin P. Wattenberg (Hgg.): *Mixed-Member Electoral Systems – The Best of Both Worlds?* Oxford, 2001.