

Prof. Dr. Jelena v. Achenbach, Justus-Liebig-Universität Gießen
Prof. Dr. Florian Meinel, Georg-August-Universität Göttingen
Prof. Dr. Christoph Möllers, Humboldt-Universität zu Berlin

Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Inneres und Heimat zum Gesetzentwurf der Fraktionen SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP „Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Bundeswahlgesetzes und des Fünfundzwanzigsten Gesetzes zur Änderung des Bundeswahlgesetzes“ (BT-Drucksache 20/5370) und weiterer Vorlagen

I. Vorüberlegung

Indem der Gesetzgeber das Bundeswahlrecht ausgestaltet, schafft er die Grundlage für den entscheidenden Wahlakt in der parlamentarischen Demokratie des Grundgesetzes. An diese Ausgestaltung werden zwei grundlegende Anforderungen gestellt: Zum einen muss sie politisch einen plausiblen Repräsentationsmechanismus schaffen; zum anderen muss sie verfassungsrechtlich den Vorgaben des Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG – das heißt insbesondere der Gleichheit der Wahl – entsprechen.

Politische Repräsentation funktioniert im deutschen Verfassungsrecht seit dem Beginn der Weimarer Republik und durchgehend im System des Grundgesetzes als verhältnismäßige Parteienrepräsentation. Das bedeutet: Eine politische Partei oder eine Parteienkoalition, die die Mehrheit der abgegebenen Stimmen errungen hat, muss in die Lage versetzt werden, mithilfe einer parlamentarischen Mehrheit die Regierung zu bilden. Verfassungsrechtlich bildet sich dieses Erfordernis in der Rechtsprechung als verhältniswahlspezifischer Maßstab der Erfolgswertgleichheit ab. Dieser drückt sich in dem Gebot aus, dass sich die für eine Parteiliste abgegebenen Stimmen verhältnismäßig in der Zusammensetzung des Bundestages wiederfinden. Der Entwurf der Regierungskoalition setzt diesen Gedanken konsequent um.

Sicher sind viele andere Formen der Ausgestaltung denkbar, aber wohl keine alternative Repräsentationsform für das Wahlrecht der Bundesrepublik Deutschland. Weder ein reines Mehrheitswahlrecht noch ein Wahlrecht, das Verhältniswahl und Mehrheitswahl mischt, schüfen eine politisch nachvollziehbare Repräsentation. Damit aber ermöglichten sie auch keine politisch legitime Regierungsbildung. Die Entscheidung für die Verhältniswahl schließt es zudem aus verfassungsrechtlichen Gründen aus, auf andere, vermeintlich evidente Maßstäbe zurückzugreifen. Deren Evidenz wird, namentlich im Fall nicht durch die Wahlkreisstimme besetzter Wahlkreise, in der Regel recht isoliert behauptet. Dabei wird

die entscheidende Frage, wie sie auf das Gesamtergebnis zurückwirken würden, in der Regel nicht gestellt.

Zur Verfassungsmäßigkeit des Entwurfs haben die Stellungnahmen von Frau Professorin Schönberger und Herrn Professor Volkmann bereits das Wesentliche ausgeführt. Tatsächlich haben nach unserer Beobachtung auch die kritischen Stimmen bisher zwar teilweise die Verfassungswidrigkeit des Entwurfs der Regierungskoalition behauptet, diese Behauptung aber nicht weiter mit verfassungsrechtlichen Argumenten unterlegt. Aus diesem Grund schließen wir uns den beiden Stellungnahmen im Grundsatz an und beschränken uns auf einige aus unserer Sicht für die weitere Beratung des Gesetzentwurfs maßgebliche Gesichtspunkte.

II. Ausgangslage und Grundidee

Die Reform des Bundestagswahlrechts, die der Gesetzentwurf vorschlägt, löst die Problematik – nämlich: dass der Bundestag sich stetig wie erheblich vergrößert hat – systemimmanent. Der Entwurf greift zunächst die bestehende Struktur des Wahlrechts zum Deutschen Bundestag auf, die die Wahl nach Landeslisten mit der lokalen, im Wahlkreis erfolgenden Aufstellung von Kandidierenden verbindet. Weiter stellt der Entwurf sicher, dass sich – dem Grundcharakter der Verhältniswahl entsprechend – die Sitzverteilung am Bundesproporz der Parteien orientiert. Zugleich führt der Entwurf mit der Wahl nach Wahlkreisvorschlägen das Recht der lokalen Ebene fort, Bewerber auswählen zu können. Er wahrt schließlich auch die föderale Struktur des Wahlrechts und des Parteiensystems in der Wahl nach Landeslisten der Landesparteien.

Das Problem des bisherigen Wahlrechts war darauf zurückzuführen, dass es systematisch auf ein Parteiensystem mit zwei dominierenden „Volksparteien“ zugeschnitten war. Demgegenüber ermöglicht das vorgeschlagene Modell es auch in einem zunehmend fragmentierten Parteiensystem, jedes beliebige Wahlergebnis parlamentarisch egalitär und ohne Behelfskonstruktionen wie die Ausgleichsmandate zu repräsentieren.

Die Verhältniswahl bildet schon nach dem geltenden Recht den Grundcharakter der Wahl, wie das Bundesverfassungsgericht anerkannt hat.¹ Sie wird bislang aber unvollständig durchgeführt, indem der Gewinn von Wahlkreismandaten nicht an die Verhältniswahl angebunden ist: Es fallen dann die sog. Überhangmandate an. Diese müssen grundsätzlich ausgeglichen werden, um das Stärkeverhältnis der Parteien in der Besetzung des Deutschen

¹ BVerfGE 131, 316, 2. Ls., 359 ff. [2012].

Bundestages zu gewährleisten. Das sich wandelnde Wählerverhalten sowie die Fragmentierung der Parteienlandschaft führen im bisher geltenden Wahlrecht in der Folge dazu, dass die Einhaltung der Regelgröße des Bundestages nicht mehr gelingt.

1. Die Mehrheitsregel bei der Sitzzuteilung

Das vorgeschlagene Wahlrechtsmodell basiert demgegenüber auf dem Grundsatz der Hauptstimmendeckung. Demnach erhalten wahlkreiserste Bewerber einer Partei nur dann ein Mandat, wenn für sie nach dem Parteienproporz im Land ein Sitz zur Verfügung steht. Dieser Grundsatz der Hauptstimmendeckung gewährleistet effektiv die Regelgröße des Deutschen Bundestages von 598 Sitzen. Die mit dem Gesetzentwurf vorgeschlagene Neuregelung schafft damit ein konsequentes Verhältniswahlrecht, ohne aber die räumliche Strukturierung des Wahlvorschlagsrechts der Parteien nach Ländern und Wahlkreisen zu verändern, die das Parteiensystem prägt.

2. Sicherung der Arbeits- und der inneren Reformfähigkeit des Parlaments

Den Deutschen Bundestag auf seine gesetzliche Regelgröße zurückzuführen, ist kein Selbstzweck. Vielmehr dient dies dem verfassungsunmittelbaren Zweck, die Arbeitsfähigkeit des Deutschen Bundestages als Gesetzgeber zu sichern. Auch hängt die Wahrnehmung der inneren Reformfähigkeit des politischen Systems inzwischen entscheidend davon ab, ob es dem gewählten Bundestag gelingt, seine eigene Größe nachhaltig zu korrigieren. Es geht also nicht zuletzt darum, das institutionelle Vertrauen in den demokratischen Gesetzgeber zu erhalten. Auch deswegen muss eine Reform daran orientiert sein, in der vorfindlichen Parteienlandschaft keine verzerrenden Effekte zu zeitigen. Eine Reform hat also den notwendigen Abbau von Mandaten gleichmäßig zwischen den im Parlament vertretenen Parteien zu verteilen; sie darf hingegen nicht einzelne Parteien absehbar „aus dem Spiel nehmen“ oder strukturell benachteiligen. Dies gelingt mit dem vorgeschlagenen Modell.

3. Keine institutionelle Garantie der bisherigen Personenwahl mit relativen Mehrheiten in den Wahlkreisen

Ein Recht von wahlkreisersten Bewerbern auf ein Mandat besteht anerkanntermaßen nicht. Die Wahl im Wahlkreis durch den Grundsatz der Hauptstimmendeckung an die Verhältniswahl anzubinden, verletzt auch nicht das Mehrheitsprinzip als Grundprinzip der Demokratie. Das Erringen eines Mandats folgt nämlich nicht *naturgemäß* aus dem Mehrheitsgewinn im Wahlkreis, sondern richtet sich ausschließlich nach der gesetzlichen Regelung des Wahlerfolgs.

Nach dem Grundsatz der Hauptstimmendeckung ist der Gewinn eines Mandats im Wahlkreis künftig von zwei kumulativen Bedingungen abhängig: erstens dem Erringen der relativen Stimmenmehrheit im Wahlkreis, zweitens der Verfügbarkeit eines Sitzes der Partei nach dem Landesproporz der Parteien, die im Verfahren der Hauptstimmendeckung bestimmt wird. Der Gesetzgeber modifiziert damit, um die Verhältniswahl konsequent durchzuführen, gegenüber dem geltenden Recht die gesetzlichen Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, um nach der Kreiswahl einen Sitz zu erringen.

– In diesem Zusammenhang empfiehlt sich im BWG-E aus unserer Sicht eine Klarstellung, da der Begriff der Mehrheit anerkanntermaßen mehrdeutig ist. Es ist zwar völlig konsentiert und von niemandem anders interpretiert worden, dass mit der Stimmenmehrheit in § 6 Abs. 1 und Abs. 2 BWG-E die relative Mehrheit gemeint ist. Gleichwohl bringt die Formulierung das bislang nicht eindeutig zum Ausdruck. Vorzugswürde wäre es daher, wie im bisher geltenden § 5 BWG, schlicht von den „meisten Wahlkreisstimmen“ zu sprechen. Das bringt auch die Abhängigkeit der Wahlkreiswahl vom Verfahren der Hauptstimmendeckung noch besser zum Ausdruck (s. Anhang).

In diesem Verfahren der Hauptstimmendeckung werden zunächst die wahlkreisersten Bewerber einer Partei in einem Land nach abfallendem Stimmenanteil gereiht. Anschließend werden die für die Landesliste verfügbaren Sitze in dieser Reihenfolge zugeteilt. Dass nicht die absolute Stimmenzahl, sondern die relative Stärke der Bewerber im Wahlkreis für die Reihung herangezogen wird, ist aus Gründen der Chancengleichheit der Bewerber geboten: Die Größe der Wahlkreise kann nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 BWahlG um bis zu 25% von der durchschnittlichen Bevölkerungszahl der Wahlkreise nach oben oder unten abweichen. Ein Vergleich der Bewerber nach absoluten Stimmenzahlen verbietet sich daher; eine Vergleichbarkeit besteht nur anhand der Stimmenanteile.

Das vorgeschlagene Wahlmodell gewährleistet die Gleichheit der Wahl nach Art. 38 Abs. 1 GG. Dass Wahlkreise nach dem Grundsatz der Hauptstimmendeckung unbesetzt bleiben können (nämlich im Überhangfall), beeinträchtigt die Wahlgleichheit nicht. Vielmehr ist es Teil der konsequenten Umsetzung der Erfolgswertgleichheit im Rahmen der Verhältniswahl, die darin zum Ausdruck kommt, dass Hauptstimmenanteile der Parteien bei der Sitzzuteilung effektiv wiedergegeben werden. Der Maßstab der Erfolgswertgleichheit findet im Rahmen der Mehrheitswahl im Wahlkreis nach allgemeiner Ansicht keine Anwendung.

III. Stärkung der Sonderstellung von unabhängigen Bewerbern

1. Ausnahmecharakter der Einbeziehung parteiunabhängiger Bewerber

Der mit dem Gesetzentwurf vorgeschlagene Übergang hin zu einem im Übrigen reinen Verhältniswahlrecht behält die Wahlkreiskandidatur Unabhängiger als einzige Ausnahme von diesem Grundprinzip bei. Dies trägt der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Rechnung ((BVerfGE 41, 399, 416 f. [1976]), wonach der Wahlvorgang für bürger-schaftliche, parteiunabhängige Politik offenzuhalten ist, um die passive Wahlrechtsfreiheit und -gleichheit zu stärken. Das ist nicht möglich ohne eine differenzierte Behandlung von parteigebundenen und parteiunabhängigen Bewerbern im Verfahren der Sitzzuteilung. Die Unabhängigen müssen von der Notwendigkeit der Hauptstimmendeckung freigestellt werden (Drucksache 20/5370, S. 11).

Die Rechtfertigung der Ungleichbehandlung von Parteiunabhängigen gegenüber parteigebundenen Bewerbern liegt zunächst in der Sicherung der passiven Wahlrechtsgleichheit. Sie liegt jedoch auch und vor allem in der strukturellen Überlegenheit von Parteibewerbern in der Wahlkreiskandidatur. Diese hat nämlich dazu geführt, dass bei Bundestagswahlen seit der ersten Bundestagswahl keine unabhängigen Bewerber mehr im Wahlkreis erfolgreich gewesen sind.

Allerdings erscheint es sinnvoll, die bisher bestehende Möglichkeit einer gleichzeitigen Kandidatur als parteigebundener Listenkandidat und als parteiunabhängiger Wahlkreisbewerber auszuschließen. Eine solche Regelung würde die Wahlkreiskandidatur von Parteiunabhängigen mit noch größerer Eindeutigkeit als systematischen Sonderfall markieren. Es empfiehlt sich daher aus unserer Sicht, in den Entwurf eine Regelung aufzunehmen, wonach Wahlkreisbewerber, die nicht von einer Partei vorgeschlagen wurden, nicht bei derselben Wahl auf der Landesliste einer Partei kandidieren dürfen. Eine solche Regelung könnte als § 27 Abs. 4 S. 3 ergänzt werden und vorsehen, dass ein Bewerber, der nach § 20 Absatz 3 vorgeschlagen ist, nicht als Bewerber auf einer Landesliste vorgeschlagen werden darf (s. Anhang).

2. Kein relevantes Missbrauchsrisiko

Eine missbräuchliche Handhabung der Möglichkeit von parteiunabhängigen Wahlkreis-kandidaturen durch Parteien ist nicht zu befürchten. In der öffentlichen Diskussion haben allerdings manche Stellungnahmen eine solche Missbrauchsmöglichkeit angeführt. Sie bezogen sich auf das Szenario, in dem Bewerber nach § 20 Abs. 3 BWG als Parteilose kandidieren, aber faktisch von der lokalen Parteibasis ausgewählt werden. Diese Parteibasis ver-

richtet in dem Szenario ihrerseits auf Aufstellung eines Parteikandidaten; die parteiunabhängigen Bewerber treten dann nach erfolgreicher Wahl der ihr nahestehenden Fraktion bei.

Obwohl diese Unabhängigen keine Hauptstimmendeckung aufweisen müssen, dürfte die skizzierte Strategie nicht zu einer Verzerrung des Parteienproporz führen. Maßgeblich ist dafür vor allem die der Sache nach aus dem bisherigen Wahlrecht übernommene Regelung des § 4 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BWG-E. Nach dieser Regelung werden die Hauptstimmen derjenigen Wähler, die ihre Wahlkreisstimme für einen Bewerber abgegeben haben, der gemäß § 6 Absatz 2 erfolgreich ist, nicht berücksichtigt. Diese Regelung ist aus verfassungsrechtlichen Gründen zwingend geboten, um einen doppelten Erfolgswert der Stimmen dieser Wählerinnen und Wähler zu vermeiden. Sie führt dazu, dass die Partei, die eine solche Strategie wählen würde, in der Verhältniswahl auf der Ebene der Ober- und Unterverteilung wesentliche Anteile dessen einbüßen würden, was sie mit den nur scheinbar unabhängigen Wahlkreisbewerbern gewinnen könnte.

IV. Zur Beibehaltung der Grundmandatsklausel

Der Entwurf behält die Grundmandatsklausel in ihrer bisherigen Form bei. Dadurch wird – unter der Fortgeltung der politisch unumstrittenen 5 %-Sperrklausel – Parteien mit einem in dieser Größenordnung liegenden Stimmenanteil weiterhin die Chance gegeben, durch eine Clusterung regionaler Hochburgen in den Bundestag einzuziehen. Dies betrifft mit Blick auf das Zweitstimmenergebnis der letzten Bundestagswahl 2021 namentlich die darin nah beieinander liegenden Parteien CSU (5,2 %) und Die Linke (4,9 %). Indem die Grundmandatsklausel beibehalten wird, hängt das bundespolitische Schicksal beider Parteien weiterhin nicht allein an ihrem Hauptstimmenanteil. Verfassungsrechtlich ist dieser Schritt unbestritten möglich, aber ebenso klar nicht geboten.

Dass der vorliegende Entwurf die Chancenverteilung im politischen Wettbewerb nicht verändert, kann politisch aus den oben entwickelten Gründen nur dadurch sichergestellt werden, dass die Grundmandatsklausel beibehalten wird. Allein diese politische Ergebnisneutralität des Entwurfs stellt sicher, dass die dem Entwurf zustimmenden Parteien mit diesem allein das staatspolitische Ziel der Verkleinerung des Deutschen Bundestages, nicht auch ihre eigenen politischen Interessen verfolgen. Die Grundmandatsklausel beizubehalten, ist für die Glaubwürdigkeit des Entwurfs damit unabdingbar. Die Schwelle der zu erringenden Wahlkreise auf fünf anzuheben, wie vom Antrag BT-Drucks. 20/5353 vorgesehen, würde mit Blick auf das Wahlergebnis nur die Chancen einer der beiden Parteien, nämlich die der CSU, nicht verkleinern.

Die Fortschreibung der Grundmandatsklausel steht auch nicht im Widerspruch zum System der Verhältniswahl. Die mögliche Ungleichbehandlung zwischen einer Partei, die drei relative Wahlkreismehrheiten vorzuweisen hat, und einer anderen Partei mit demselben Hauptstimmenanteil, aber ohne wenigstens drei Wahlkreismehrheiten ist verfassungsrechtlich auch künftig gut zu rechtfertigen. Der rechtfertigende Grund hing auch bisher nicht an der Personenwahl als solcher. Stattdessen lässt die besondere regionale Bedeutung einer Partei, wie sie in den drei relativen Wahlkreismehrheiten zum Ausdruck kommt, es gerechtfertigt erscheinen, die bundesweite 5 %-Sperrklausel auf diesen Fall nicht anzuwenden.

Gießen, Hamburg und Berlin, den 6. Februar 2023

(gez.) Jelena v. Achenbach, Florian Meinel, Christoph Möllers

Anhang: Vorgeschlagene Änderungen und Ergänzungen im Gesetzentwurf

Änderungsvorschlag zu § 1 Abs. 3

Wir schlagen vor, § 1 Abs. 3 wie folgt zu fassen:

(3) Für die Vergabe der auf die Landeslisten entfallenden Sitze werden vorrangig Bewerber berücksichtigt, die in einer Wahl nach Kreiswahlvorschlägen in 299 Wahlkreisen ermittelt werden. Jede Partei erhält in jedem Land für diejenigen ihrer Bewerber, die in den Wahlkreisen in diesem Land *die meisten Wahlkreisstimmen* erhalten haben, die Sitzzahl, die von den auf die Partei entfallenden Hauptstimmen gedeckt ist (Hauptstimmendeckung).

Begründung: § 1 soll die Grundprinzipien des Wahlrechts in konzentrierter und leicht verständlicher Form niederlegen. Die Funktionsweise des Wahlsystems soll in ihren Grundzügen durch die Lektüre des § 1 ohne weiteres erschließbar sein. Der eingefügte Normverweis auf die komplexe operative Regelungen des § 6 ist nicht erforderlich. Er durchbricht zudem den grundsätzlichen Charakter und stört die Verständlichkeit des § 1. Daher sollte auf den Verweis verzichtet werden.

Zur Formulierung „... die meisten Wahlkreisstimmen ...“ siehe oben im Text.

Änderungsvorschlag zu § 6 Abs. 1 und Abs. 2

Sinnvoll erscheint uns folgende Fassung von § 6 Abs. 1 und Abs. 2

(1) Ein Wahlkreisbewerber einer Partei (§ 20 Absatz 2) ist dann als Abgeordneter gewählt, wenn er *die meisten Wahlkreisstimmen* auf sich vereinigt *und im Verfahren der Hauptstimmendeckung (Satz 4) einen Sitz erhält*. In jedem Land werden die Bewerber einer Partei, die in den Wahlkreisen die *meisten* Wahlkreisstimmen erhalten haben, nach fallendem Wahlkreisstimmenanteil gereiht. Der Wahlkreisstimmenanteil ergibt sich aus der Teilung der Zahl der Wahlkreisstimmen des Bewerbers durch die Gesamtzahl der gültigen Wahlkreisstimmen in diesem Wahlkreis. Die nach § 4 Absatz 3 für die Landesliste einer Partei ermittelten Sitze werden in der nach Satz 2 gebildeten Reihenfolge an die Wahlkreisbewerber vergeben (Verfahren der Hauptstimmendeckung).

(2) Ein Bewerber, der nach § 20 Absatz 3 vorgeschlagen ist, ist als Abgeordneter eines Wahlkreises dann gewählt, wenn er *die meisten Wahlkreisstimmen* auf sich vereinigt.

Begründung: Zur Formulierung „... die meisten Wahlkreisstimmen ...“ siehe oben im Text.

Die Formulierung „wenn [...] sein Sitz von den auf seine Partei entfallenden Hauptstimmen gemäß Satz 4 gedeckt ist“ ist problematisch, weil sie nahelegt, der Bewerber habe einen Sitz („sein Sitz“), der dann bei fehlender Hauptstimmendeckung wieder entzogen werde. Die Regelung wird daher dem Grundsatz der Hauptstimmendeckung nicht gerecht und sollte dringend angepasst werden, um eine inkonsequente, sachlich falsche Regelung zu vermeiden: Da § 6 Abs. 1 S. 1 die beiden kumulativen Bedingungen für die Sitzzuteilung an den Direktbewerber einer Partei regelt, verfügt dieser nicht über einen Sitz, über den im Verfahren des Satz 4 entschieden würde.

Ergänzungsvorschlag zu § 27 Abs. 4 S. 3

Neu aufgenommen werden sollte folgender § 27 Abs. 4 S. 3:

Ein Bewerber, der nach § 20 Absatz 3 vorgeschlagen ist, darf nicht als Bewerber auf einer Landesliste vorgeschlagen werden.

Begründung: siehe oben im Text.