

An das Bundesverfassungsgericht
– Zweiter Senat –

Im Verfahren **2 BvF 3/11** folgt eine

**Kurze Stellungnahme
zu den umfangreichen Äußerungen der Äußerungsberechtigten**

I. Prüfungsintensität und Charakter der Wahlrechtsnovelle

Zu dem verständlichen Versuch, einer „strengen verfassungsrechtlichen Prüfung“ der Wahlrechtsnovelle auszuweichen (*Grzeszick* S. 22 - 34, *Lang* S. 48 - 54), sei auf die erst kürzlich (24. 11. 2011) erlassene Entscheidung BvC 15/10 (Rn. 66) verwiesen:

„Die Einhaltung der verfassungsrechtlichen Grenzen des Gestaltungs- und Beurteilungsspielraums unterliegt jedenfalls einer strengen verfassungsrechtlichen Überprüfung, soweit mit Regelungen, die die Bedingungen der politischen Konkurrenz berühren, die parlamentarische Mehrheit gewissermaßen in eigener Sache tätig wird und die Gefahr besteht, dass die jeweilige Parlamentsmehrheit sich statt von gemeinwohlbezogenen Erwägungen vom Ziel des eigenen Machterhalts leiten lässt.“

Nach der entsprechenden Passage schon im Urteil zur 5%-Sperrklausel des Europawahlgesetzes vom 9. November 2011 (2 BvC 4, 6, 8/10, Rn. 92) scheint es sich um eine – unmittelbar einleuchtende – konzeptionelle Festlegung des Senats zu handeln.

Beide Entscheidungen betonen den Charakter des Wahlrechts als einer Konkurrenzregelung. Daher ist die in den Stellungnahmen verfochtene Beschränkung des negativen Stimmgewichts lediglich auf die Wirkung einer Stimme für eine Partei unmittelbar zu deren Lasten ohne Einbezug einer Wirkung zu Gunsten der Konkurrenz mit der Rechtsprechung nicht vereinbar.

Die Behauptung des bisher nicht als Wahlrechtler hervorgetretenen Stuttgarter Mathematikers *Hesse* (S. 8) in einem von der Unionsfraktion erst nach dem Gesetzesbeschluss erbetenen und nicht in den Prozess eingeführten Gutachten, bei der Wahl 2009 hätte sich nach dem neuen Recht nicht Wesentliches verändert (übernommen von *Grzeszick*, S. 8 u. *Schorkopf*, S. 26), stützt mein Diktum vom „Überhangsicherungsgesetz“, weil *Hesse* dabei die 24 Überhangmandate der Union mitzählt.

II. Zum Prüfungsmaßstab

Prüfungsmaßstab der Normenkontrolle ist das Grundgesetz und nicht nur die Entscheidung zum negativen Stimmgewicht (so aber *Lang*, S. 95 sub 1, *Hesse*, S. 2 sub h, *Kluth*, S. 3/4, ähnlich *Schorkopf*, S. 28).

1. Selbst die Entscheidung stellt nicht auf die vorherige Erkennbarkeit der negativen Wirkung einer Stimmabgabe und also auf die Möglichkeit taktischer Stimmabgabe ab, wie z. B. *Grzeszick* (S.40; ähnlich *Schorkopf*, S. 33) suggeriert. Feststellen lässt sich eine negative Wirkung in aller Regel erst ex post. Die Berechnung erfolgt nach den vom Gesetz in Anspruch genommenen Regeln der Mathematik und nicht wegen des „Selbststandes“ des Verfassungsrechts (z. B. *Lang*, S. 31, *Grzeszick*, S. 33) nach Gutdünken von Verfassungsrechtlern. Dasselbe gilt auch für eventuell notwendige Berechnungen von Wahrscheinlichkeiten, zu denen *Hesse* im Übrigen keine eigenen Berechnungen ausweist. Die in den Stellungnahmen inflationär benutzten Begriffe wie „hypothetisch, abstrakt, theoretisch konstruiert“ sind daher nicht zum negativen Nennwert zu nehmen.

2. Dreimal nennt der Senat im Urteil zum negativen Stimmgewicht dieses „willkürlich“ oder „widersinnig“. Widersinnig würde auch das Votum eines CDU-Wählers sein, dessen Zweitstimme zu einem Mandat der SPD führen würde und umgekehrt. *Grzeszick* (S. 98), *Lang*, S. 98, *Schorkopf*, S. 29 und *Hesse*, Anm. 23) beharren darauf, dass nur die *unmittelbare* Schädigung der gewählten (eigenen) Partei selbst gemeint sei, obwohl der Tenor die Frage offen lässt und die Begründung dagegen spricht. Aber selbst, wenn man das Urteil in diesem engen Sinne interpretieren könnte, bedeutet das keinen verfassungsrechtlichen Segen für das, was die Autoren bei der Parlamentsanhörung noch ein zulässiges „relatives negatives Stimmgewicht“ genannt haben. Die Schädigung der gewählten Partei durch Wirkung einer für sie abgegebenen Stimme zugunsten einer konkurrierenden Partei verkehrt in dem Konkurrenzverhältnis (s. oben sub I) die Intention des Wählers ebenso in ihr Gegenteil wie bei einer unmittelbaren Wirkung zu Lasten der gewählten Partei, ist also ebenso „willkürlich und widersinnig“. Den Regelungen „wohnt die Gefahr, dem eigenen Wahlziel zu schaden, inne“ (BVerfGE 121, 266, 301). Sie verstoßen im Sinne des Urteils gegen die Wahlgleichheit wie gegen die Unmittelbarkeit der Wahl.

III. Widerlegung der Klageschrift?

Während die Äußerungen sich im Allgemeinen durch Opulenz bis Redundanz auszeichnen, werden sie bei der Entgegnung zu den erhobenen Einzelvorwürfen der Verfassungswidrigkeit oft sehr zurückhaltend bis schmallippig. Der Eindruck drängt sich auf, dass die Äußerungen in der Hoffnung ein so überbordendes Maß angenommen haben, auf diese Weise den doch etwas dürftigen Versuch der Widerlegung der Klagegründe zu überspielen.

1. Dass die Verbindung der an sich durch die Novelle getrennten Landeswahlgebiete durch die Verteilung der Sitze auf die Länder nach der Wahlbeteiligung in den einzelnen Ländern zu neuen Formen negativer Stimmgewichte führen kann, wird mit dem Hinweis begegnet, Veränderungen der Stimmenzahlen der einzelnen Parteien würden durch Gewinne bei den anderen aufgewogen und im Übrigen schwanke die Wahlbeteiligung zwischen den Ländern im Gleichschritt. Letzteres war auch die Annahme des nicht rechtzeitig vor der Parlamentsanhörung vorgelegten „Gutachtens“ des Bundesamtes und ist auch die Basis der Behauptung des Gutachtens *Hesse* (S. 19 f., 23). Der wartet aber mit einer anderen Begründung auf, dass man nämlich die Auswirkung eines Elements einer Regelung auf das Ergebnis nur isoliert betrachten könne. Erst das Zusammenspiel der Elemente ist aber für das Wahlergebnis entscheidend. Schwankungen der Wahlbeteiligung von Wahl zu Wahl sind im Bundesdurchschnitt natürlich einheitlich, zwischen den einzelnen Ländern aber keineswegs immer gleich; das allein aber ist entscheidend (*Meyer*, S. 23 Anm. 42).

2. Dass die Novelle den ungültig Wählenden, den nur Erststimmen-Wählern und den Wählern einer an der Sperrklausel gescheiterten Partei ein Stimmgewicht gibt, weil sie die Anzahl der Listen-Mandate eines Landes mitbestimmen, wird nicht in der Sache, sondern nur mit dem Argument begegnet, das sei beim novellierten Recht ebenso gewesen. Das trifft nicht zu. Beim alten Recht wurde diesen Stimmen ein Einfluss auf die Verteilung der Sitze abgesprochen: sie zählten bei der Mandatverteilung nicht mit. In § 6 Abs. 1 Satz 1 der Novelle wird ihnen dagegen durchaus ein Stimmgewicht zugebilligt, nämlich in der Konkurrenz der Länder um die zu verteilenden Sitze. Wenn die Wahlstimme für eine an der Sperrklausel gescheiterte Piratenpartei zu einem zusätzlichen SPD- oder CDU-Mandat in dem Land führt oder eine entsprechende ÖDP-Stimme zu einem CSU-Mandat, lässt sich wohl nicht bezweifeln, dass wir es mit einem inversen Stimmgewicht zu tun haben. Weitere Beispiele finden sich bei *Klecha*, *ZfP* 2011, 324, 341 f.

3. Dass die splittenden Wähler, die für ein Überhangmandat kausal waren, ein auch von der Novelle selbst für verfassungswidrig gehaltenen „doppeltes Stimmgewicht“ hatten, wird mit dem Hinweis „erledigt“, dass ein CDU-Wähler ein solches nicht habe (*Lang*, S. 78/79, *Kluth*, S. 18). Dabei wird vergessen, dass es nur um splittende Wähler geht. Ein doppeltes Stimmgewicht entsteht bei ihm nur, wenn er seine Erststimme einem Direktkandidaten einer anderen Partei gibt und damit dieser Partei zu einem Überhangmandat verhilft. Praktisch wäre das nur beim Erstvotum für einen SPD-Kandidaten denkbar, das zudem zu einem Überhang führte, dürfte also aus einem doppelten Grund praktisch nicht auftreten. Es geht aber gar nicht um die CDU-Wähler. Nimmt man die Wahl 2009 so geht es um die zehntausende splittende FDP-Wähler, die über die Hälfte der Überhangmandate für die CDU und CSU erst geschaffen haben und mit ihrer Zweitstimme bei ihrer Partei geblieben sind, dort also zusätzlich mandatswirksam votiert haben. Das „doppelte Stimmgewicht“ hat übrigens mit dem Problem des negativen Stimmgewichts im Sinne der verfochtenen Reduzierung der unmittelbaren Wirkung auf die eigene Partei nichts zu tun, wie das aber offenbar *Lang*, der allein auf den CDU-Wähler abstellt, und *Kluth* annehmen .

4. Die Verteidigung der „Reststimmenverwertung“ musste besondere Schwierigkeiten machen. *Lang* (S. 104 ff.) erspart sich daher eine Analyse des Gesetzestextes und verweist für die Auslegung des § 6 Abs. 2a der Novelle auf den Mathematiker *Hesse*, was schon seinen Spruch vom „Selbststand des Verfassungsrechts“ vor allem gegenüber den Mathematikern (S. 31, ähnlich *Grzeszick*, S. 33) Hohn spricht. *Hesse* (S. 7) spielt lieber selbst Gesetzgeber, als die bestehende Norm zur Kenntnis zu nehmen. Diese bringt den Bundes-Hare-Quotienten nur für die letzte Rechenoperation in Ansatz, für die „Reststimmenzahl“ spricht sie aber „von dem im jeweiligen Land für die errungenen Sitze erforderlichen Zweitstimmen“. Diese wiederum legt § 6 Abs. 2 bis 7 der Novelle abschließend fest. Sie sind nach dem Gesetz ausschließlich nach Sainte-Laguë/Schepers zu bestimmen. *Grzeszick* (S. 91 - 93) glaubt, dass ein Divisorverfahren „Reststimmen“ ergibt und sieht sie, wenn ich ihn richtig verstehe, in der kaufmännischen Rundung versteckt. Damit wird der Sinn dieser Rundung, die nur ein Zwischenschritt ist, verkannt (s. *Meyer*, S. 17/18) und zugleich das Problem nicht gelöst, weil diese Rundung auf dem Divisor beruht, der weiterhin keine feststehende Größe ist. So einfach lässt sich der Verstoß gegen die Unmittelbarkeit der Wahl nicht widerlegen. *Schorkopf* (S. 74 f.) behauptet, § 6 Abs. 2a mache eine ganz eigenständige Rechnung auf, obwohl die Norm die Hare-Methode erst anzuwenden befiehlt, wenn die „Reststimmen“ schon feststehen.

Dass man selektiv Wahlstimmen zweimal und mit unterschiedlichen Methoden in Mandate umrechnet und das über Zusatzmandate nicht ohne weiteren Gleichheitsverstoß organisieren kann, interessiert offensichtlich nicht. Es wird auch keine „genauere Abbildung der Zweitstimmenverhältnisse ermöglicht“ (Lang, S. 106), sondern eine höchst verzerrte, weil das „Restepech“ nicht zunächst mit dem „Resteglück“ der jeweiligen Partei verrechnet wird. Dass das „für die kleinen Parteien günstiger ist“ (Grzeszick, S. 42), mag zwar politisch erhofft sein, ist aber unter Gleichheitsgesichtspunkten kein valides Argument.

5. Was die Überhangmandate angeht, so wird eine Strategie auf dem hier und da für das Wahlrecht benutzten Begriff „Mischsystem“ aus Verhältnis- und Mehrheitswahl aufzubauen versucht. BVerfGE 121, 266, 296 spricht korrekt von einem Verbundsystem, von dem es verlangt, dass „die Systeme sachgerecht zusammenwirken“ Selbst die überhangfreundlichste und nur vom halben Senat getragene Entscheidung sieht das nicht anders und will Überhangmandate beschränken, um den Charakter als Verhältniswahl zu bewahren (BVerfGE 95, 335, 361, 365). Das Wahlgesetz ist viel präziser: Es legt das System selbst auf eine „Verhältniswahl“ fest, die lediglich mit einer „Personenwahl“ „verbunden“ ist. Wenn eine satte „bürgerliche“ Mehrheit im Jahr 1956 sich mit der oppositionellen SPD auf eine solche Formulierung verständigt und den Begriff der „Mehrheitswahl“ meidet, darf man wohl annehmen, dass es ernst gemeint und keine „sprachliche Petitesse“ (Lang, S. 22) ist. Nebenbei darf darauf verwiesen werden, dass die Ermittlung des Wahlkreissiegers nach relativer Mehrheit bei Anwendung der Regeln der Verhältniswahl nicht anders ausgehen würde. Die jetzt als externe Überhangmandate anfallenden Überhänge zeichnen sich dadurch aus, dass die vom Gesetz vorausgesetzte „Verbindung“ aufgehoben ist. Sie stehen gerade außerhalb der verhältnismäßigen Verteilung. Daher gibt es einen guten Grund, warum das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung restriktiv gegenüber Überhangmandaten ist. Die neuere Rechtsprechung weist insgesamt darauf hin, dass die Grundsatzfrage in diesem Prozess zu klären ist, also noch nicht geklärt ist.

S. BVerfGE 122, 304, 310 f. (15. 1. 2009); BvC 15/10 Rn. 11: nur „grundsätzlich“ verfassungsmäßig (24. 9. 2011) und BvC 3 Rn. 57 (31. 1. 2012): „Hinsichtlich der Verteilung der Wahlkreise auf die Länder folgt das Erfordernis möglichst gleich großer Wahlkreise auch aus dem Bestreben, die Zahl von Überhangmandaten – ungeachtet der mit diesen grundsätzlich verbundenen Fragen – möglichst gering zu halten“.

Dem ist nichts hinzuzufügen.